



CONCURSO NACIONAL
DE DECISÕES JUDICIAIS
E ACÓRDÃOS EM

DIREITOS HUMANOS



**Presidente**

Ministra Rosa Weber

Corregedor Nacional de Justiça

Ministro Luís Felipe Salomão

Conselheiros

Luiz Philippe Vieira de Mello Filho

Mauro Pereira Martins

Richard Pae Kim

Salise Monteiro Sanchotene

Marcio Luiz Coelho de Freitas

Jane Granzoto Torres da Silva

Giovanni Olsson

Sidney Pessoa Madruga

João Paulo Santos Schoucair

Marcos Vinícius Jardim Rodrigues

Marcello Terto e Silva

Mário Henrique Aguiar Goulart Ribeiro Nunes Maia

Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho

Secretário Geral

Gabriel Matos

Secretário Especial de Programas

Ricardo Fioreze

Diretor-Geral

Johaness Eck

DEPARTAMENTO DE MONITORAMENTO E FISCALIZAÇÃO DO SISTEMA CARCERÁRIO E DO SISTEMA DE EXECUÇÃO DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS (DMF)**Supervisor do DMF e da UMF**

Conselheiro Mauro Pereira Martins

Coordenador

Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi

Juizes Auxiliares da Presidência

Karen Luise Vilanova Batista de Souza

Edinaldo Cesar Santos Junior

Jonatas dos Santos Andrade

João Felipe Menezes Lopes

Diretora Executiva

Natália Albuquerque Dino de Castro e Costa

Chefe de Gabinete

Renata Chiarinelli Laurino

UNIDADE DE MONITORAMENTO E FISCALIZAÇÃO DAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**Coordenador Institucional**

Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi

Coordenadora Executiva

Andréa Vaz de Souza Perdigão

Coordenadora Científica

Flávia Cristina Piovesan

EQUIPE UMF/DMF

Andrea Vaz de Souza Perdigão, Luiz Victor do Espírito Santo Silva, Camila Curado Pietrobelli, Natália Faria Resende Castro, Alcineide Moreira Cordeiro.

EQUIPE DMF

Alessandra Amâncio Barreto, Alexandre Padula Jannuzzi, Alisson Alves Martins, Anália Fernandes de Barros, Camilo Pinho da Silva, Caroline Xavier Tassara, Carolini Carvalho de Oliveira, Danielle Trindade Torres, Emmanuel de Almeida Marques Santos, Gabriel Richer Oliveira Evangelista, Helen dos Santos Reis, Joaquim Carvalho Filho, Isadora Brandão, Joseane Soares da Costa Oliveira, Karla Marcovecchio Pati, Karoline Alves Gomes, Larissa Lima de Matos, Lino Comelli Junior, Luana Alves de Santana, Luana Gonçalves Barreto, Mariana Py Muniz, Marcus Vinicius Barbosa Ciqueira, Melina Machado Miranda, Nayara Teixeira Magalhães, Rayssa Oliveira Santana, Rogério Gonçalves de Oliveira, Sirlene Araújo da Rocha Souza, Thaís Gomes Ferreira, Valter dos Santos Soares, Wesley Oliveira Cavalcante, Isabelle Cristine, Rodrigues Magalhães, Thandara de Camargo Santos, Winnie Alencar Farias.

EXPEDIENTE**SECRETARIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL****Secretária de Comunicação Social**

Cristine Genú

Chefe da Seção de Comunicação Institucional

Rejane Neves

Projeto gráfico, capa e diagramação

Jeovah Herculano Szervinsk Junior

2022

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

SAF SUL Quadra 2 Lotes 5/6 - CEP: 70070-600

Endereço eletrônico: www.cnj.jus.br



CONCURSO NACIONAL
DE DECISÕES JUDICIAIS
E ACÓRDÃOS EM

DIREITOS HUMANOS



C755c

Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Concurso nacional de decisões judiciais e acórdãos em direitos humanos / Conselho Nacional de Justiça; Coordenação Mauro Pereira Martins, Luís Geraldo Sant'ana Lanfredi. - Brasília: CNJ, 2023.

314 p.

ISBN: 978-65-5972-088-0 (Sistema Interamericano de Direitos Humanos)

1. Concurso de Sentenças 2. Direitos humanos 3. Decisões judiciais 4. Sistema Interamericano de Direitos Humanos I. Título

CDD: 340

Sumário

APRESENTAÇÃO	7
INTRODUÇÃO	9
CATEGORIA 1	
Direitos da Criança e do Adolescente	13
CATEGORIA 2	
Direitos das Pessoas Privadas de Liberdade	25
CATEGORIA 3	
Direito das Mulheres	76
Menção honrosa	99
CATEGORIA 4	
Direitos da População Lésbica, Gay, Bissexual, Transexual, Queer, Intersexo e Assexual – LGBTQIAP+	111
CATEGORIA 5	
Direito dos Afrodescendentes	135
CATEGORIA 6	
Direitos dos Povos Indígenas e Comunidades Tradicionais	148
CATEGORIA 7	
Direitos da Pessoa com Deficiência	186
CATEGORIA 8	
Direitos de Grupos em Situação de Vulnerabilidade	211
Menção honrosa	237

APRESENTAÇÃO

Com grande satisfação, o Conselho Nacional de Justiça promove a publicação das decisões e acórdãos premiados no **Concurso Nacional de Decisões Judiciais e Acórdãos em Direitos Humanos 2022**.

Essa iniciativa corresponde a uma das ações do **Pacto Nacional do Judiciário pelos Direitos Humanos**, lançado em março de 2022, contemplando medidas que simbolizam o compromisso institucional do Judiciário com a efetiva proteção e a promoção dos direitos humanos em todas as esferas jurisdicionais.

Cumpre destacar que o Pacto Nacional do Judiciário pelos Direitos Humanos representa um avanço histórico na afirmação de uma política institucional do Judiciário vocacionada à proteção dos direitos humanos, do Estado Democrático de Direito e da promoção da cultura do controle de convencionalidade entre os atores do sistema de justiça brasileiro.

No campo normativo, a iniciativa se inspira na *Recomendação CNJ n. 123, de 7 de janeiro de 2022*, que adverte os órgãos do Poder Judiciário à observância dos tratados internacionais de Direitos Humanos e o uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, bem como a necessidade de controle de convencionalidade.

Nesse escopo, o Concurso Nacional de Decisões Judiciais e Acórdãos em Direitos Humanos premiou juízes e juízas que proferiram decisões e acórdãos que efetivaram a proteção a múltiplas diversidades e vulnerabilidades, com ênfase na observância dos tratados e convenções internacionais ratificadas pelo Brasil, da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e das recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

A avaliação realizada contou com a valorosa contribuição de especialistas com expressiva atuação na área do Direito Internacional dos Direitos Humanos dentre representantes do Conselho Nacional de Justiça, da Corte Interamericana, da Comissão Interamericana, de atores parceiros do Sistema de Justiça, da academia e da sociedade civil, aos quais agradeço nominalmente:

Comissão de Pré-Seleção

- **Luiz Philippe Vieira de Mello Filho**, Conselheiro do CNJ
- **José Henrique Rodrigues Torres**, Desembargador do TJSP
- **Natália Albuquerque Dino de Castro e Costa**, Diretora Executiva DMF/CNJ
- **Patrícia Carlos Magno**, Defensora Pública do RJ
- **Luiz Victor Espírito Santo Silva**, Servidor UMF/CNJ
- **Isadora Brandão Araújo da Silva**, Defensora Pública e Assessora Técnica DMF/CNJ
- **Marcos Alexandre Coelho Zilli**, Desembargador do TJSP
- **Isabel Penido de Campos Machado**, Defensora Pública da União e então Coordenadora Executiva UMF/CNJ
- **Melina Girardi Fachin**, Advogada e Professora da UFPR
- **Renata Chiarinelli Laurino**, Chefe de Gabinete DMF

- **Fabíola Geoffroy Veiga Corte Real**, Representante ACNUDH
- **Thenisson Santana Dória**, Desembargador do TRT 20ª
- **Cíntia Menezes Brunetta**, Juíza Federal do TRF 5ª
- **André de Carvalho Ramos**, Procurador da República de SP
- **César de Oliveira Gomes**, Defensor Público Federal e Diretor da ENADPU

Comissão Julgadora

- **Maria Thereza Rocha de Assis Moura**, Presidente do STJ e então Corregedora Nacional de Justiça;
- **Mauro Pereira Martins**, Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça e Supervisor do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF);
- **Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi**, Juiz Auxiliar da Presidência do CNJ e Diretor do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF).
- **Flávia Piovesan**, Coordenadora Científica da Unidade de Monitoramento e Fiscalização das Deliberações da Corte Interamericana no CNJ;
- **Rodrigo Mudrovitsch**, Juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos;
- **Silvio José Albuquerque e Silva**, Embaixador do Brasil no Quênia;
- **Julissa Mantilla Falcón**, Comissária da Comissão Interamericana de Direitos Humanos;
- **Mariela Morales Antoniazzi**, Coordenadora do Projeto Ius Constitutionale Commune na América Latina (Rede ICCAL) no Max-Planck-Institute for Comparative Public Law and International Law.

Na avaliação, foram observados os critérios de fundamentação pautada em atos normativos nacionais e internacionais, na utilização da jurisprudência do Sistema Interamericano e no impacto transformador alcançado pelas decisões judiciais.

Felicitó, por fim, as magistradas e os magistrados premiadas e premiados, e convoco toda a magistratura brasileira a aderir às ações do Pacto Nacional do Judiciário pelos Direitos Humanos, bem como a observar a Recomendação CNJ n. 123, para aplicação de tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil e do controle de convencionalidade nas decisões judiciais internas, sob a inspiração do princípio maior da prevalência da dignidade humana.

Ministra Rosa Weber

Presidente do Conselho Nacional de Justiça



Assista à íntegra do anúncio dos resultados do [Concurso Nacional de Decisões Judiciais e Acórdãos em Direitos Humanos](#), realizado em 30 de agosto de 2022.

INTRODUÇÃO

O **Concurso Nacional de Decisões Judiciais e Acórdãos em Direitos Humanos 2022** premiou magistrados(as) que proferiram decisões e acórdãos que efetivaram a promoção dos Direitos Humanos e a proteção às diversidades e às vulnerabilidades, com ênfase na observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil, da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e das recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

A iniciativa inspira-se em ação análoga realizada, em novembro de 2016, pelo Conselho Nacional de Justiça e pela Secretaria Especial de Direitos Humanos do Ministério da Justiça e Cidadania (SEDH/MJC), ocasião em que foram premiados(as) magistrado(as) em 13 categorias temáticas voltadas à proteção dos direitos humanos.

Com a nova edição, gestada no marco do Pacto Nacional do Judiciário pelos Direitos Humanos, enfatiza-se o controle de convencionalidade e a utilização da jurisprudência interamericana. A avaliação das decisões judiciais e acórdãos vencedoras observou a atribuição de pontuação aos seguintes critérios, conforme Edital de 18 de fevereiro de 2022:

- a. **Fundamentação e Utilização de normativas sobre DHs:** critério para avaliar a qualidade da fundamentação da decisão, com foco especial na proteção às diversidades e vulnerabilidades dos grupos de cada categoria e na utilização de normativas nacionais e internacionais que versam sobre Direitos Humanos.
- b. **Utilização de Jurisprudência oriunda do Sistema Interamericano:** critério para avaliar a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e das recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) como balizas na fundamentação da decisão judicial ou acórdão;
- c. **Impacto na Efetivação dos Direitos Humanos:** critério para avaliar a relevância/ impacto transformador da decisão na promoção de direitos dos grupos correspondentes a cada categoria.

Por decisão da Comissão Julgadora, dentre as 3 (três) decisões/acórdãos finalistas em cada categoria, elegeram-se as seguintes melhores decisões/acórdãos no Concurso Nacional de Decisões Judiciais e Acórdãos em Direitos Humanos 2022:

Na categoria **Direitos da Criança e do Adolescente**, premiou-se Acórdão oriundo do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de relatoria do Exmo. Desembargador Marcelo Semer, em que se reconhece responsabilidade civil decorrente de erro médico no processo de parto, à luz das normativas internacionais protetivas do direitos da criança e do adolescente.

Na categoria **Direitos das Pessoas privadas de liberdade**, premiou-se decisão oriunda do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, proferida pelo Exmo. Juiz de Direito Flávio Oliveira Lauande, na qual é prestigiado o relevante tema da compensação penal com base na jurisprudência interamericana sobre o instituto.

Na categoria **Direitos das Mulheres**, premiou-se decisão oriunda do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, proferida pela Exma. Juíza Federal Ana Lucia Petri Betto, em que se discutem os temas da liberdade de expressão e do discurso de ódio contra as mulheres, à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Na categoria **Direitos da População Lésbica, Gay, Bissexual, Transexuais, Queer, Intersexo e Assexuais – LGBTQIA+**, premiou-se decisão oriunda do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, proferida pela Exma. Juíza Federal Ana Carolina Vieira de Carvalho, na qual se articulam o tema de reintegração de pessoa transexual ao serviço ativo de força militar brasileira.

Na categoria **Direitos dos Afrodescendentes**, premiou-se acórdão oriundo do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de relatoria da Exma. Desa. Maria Fernanda de Toledo Rodvalho, no qual se reconhece a manutenção de multa administrativa aplicada à Rede de TV por veicular conteúdo de cunho discriminatório contra religiões de matriz afro-brasileira.

Na categoria **Direitos dos Povos Indígenas e Comunidades Tradicionais**, premiou-se decisão oriunda do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, proferida pelo Exmo. Juiz Federal Fabiano Henrique de Oliveira, na qual se reconhece o caráter originário dos direitos territoriais dos povos indígenas, à luz da jurisprudência interamericana, para assegurar a proteção das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas contra tentativas de grilagem e conflitos fundiários.

Na categoria **Direitos das Pessoas com deficiência**, premiou-se decisão oriunda do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, proferida pela Exma. Juíza do Trabalho Karina Mavromati de Barros e Azevedo, na qual se concede redução da carga horária sem redução salarial para acompanhamento de filho menor com deficiência.

Na categoria **Direitos de grupos em situação de vulnerabilidade**, premiou-se acórdão oriundo do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, de relatoria do Exmo. Des. Federal André Nabarrete, na qual se discute o tema do direito à memória e à verdade dos parentes de vítimas da ditadura militar à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Conforme previsão editalícia, concedeu-se também Menção Honrosa a duas decisões não contempladas na premiação principal, mas que apresentam impacto relevante para proteção das populações a que se endereçam.

Na categoria **Direito das Mulheres**, concedeu-se **menção honrosa** à decisão oriunda do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, proferida pela Exma. Juíza Federal Raffaella Cássia de Sousa, acerca da temática da violência obstétrica em articulação com a jurisprudência interamericana.

Na categoria **Direitos dos grupos em situação de vulnerabilidade**, concedeu-se **menção honrosa** à decisão oriunda do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferida pelo Exmo. Juiz de Direito Fernando Antônio de Lima, na qual se confere proteção a oficiais e oficiais de Justiça no contexto da pandemia de Covid-19, à luz *corpus iuris* interamericano.

A íntegra das decisões premiadas, além das demais decisões finalistas e das decisões vencedoras do I Concurso Nacional de Decisões Judiciais e Acórdãos em Direitos Humanos (2016), podem ser acessadas na página institucional do Conselho Nacional de Justiça.



Acesse a página do Concurso Nacional de Decisões Judiciais e Acórdãos em Direitos Humanos



CATEGORIA 1

Direitos da Criança e do Adolescente

Acórdão premiado

Processo nº 1001936-59.2015.8.26.0053
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Des. Relator Marcelo Semer



Confira as outras duas decisões finalistas da categoria



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2019.0000367549

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001936-59.2015.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados/apelantes ROXANA KATHY AJHUACHO (REPRESENTADO(A) POR SUA MÃE) e CLARIVEL ROCIO MAMANI AJHUACHO (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)).

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Recurso do Estado e remessa necessária desprovidos, recurso da autora provido. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores TERESA RAMOS MARQUES (Presidente) e PAULO GALIZIA.

São Paulo, 13 de maio de 2019.

MARCELO SEMER
RELATOR
Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Apelação Cível nº 1001936-59.2015.8.26.0053

Apelante/Apelado: Estado de São Paulo

Apdos/Aptes: Roxana kathy Ajhuacho e Clarivel Rocio Mamani Ajhuacho

Comarca: São Paulo

Voto nº 12470

**APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL.
ERRO**

MÉDICO. Deficiência no acompanhamento do processo de parturição. Coautora que padece de paralisia cerebral, decorrente das condições de nascimento. Prova pericial que aponta para a deficiência na conduta médica que retardou o parto para data que superava 41 semanas de gestação, quando se recomendava internação e indução de parto. Negligência constatada. Nexo de causalidade presente. Necessidade de majoração da quantia fixada para R\$ 100.000,00. Dano ao projeto de vida. Dano material devido. Pensão vitalícia mantida. Termo inicial dos juros de mora. Data do evento danoso. Manutenção, consoante teor da Súmula nº 54 do STJ. Recurso do Estado e remessa necessária desprovidos, recurso da autora provido.

Trata-se de recursos de apelação interpostos contra a r. sentença de fls. 920/933, que julgou procedente em parte o pedido formulado na inicial, para condenar a ré ao pagamento de R\$ 50.000,00, acrescido de juros e correção desde a data do evento danoso, bem como ao pagamento de pensão em caráter vitalício a Clarivel Rocio Mamani Ajhuacho, no valor de um salário mínimo, com termo inicial de pagamento a data em que completar 14 anos.

Pela sucumbência recíproca, determinou o rateio proporcional das despesas, além de honorários recursais a cada um dos patronos no importe de 5% do valor da condenação, ressalvada a gratuidade da parte autora.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Inconformado, o Estado apelou (fls. 935/945). Em suas razões, aduz, em apertada síntese, o seguinte: i) que o evento danoso pode ter outras causas, sendo precipitado atribuir-se a falhas da equipe médica; ii) a atividade médica é de meio, não tendo havido erro médico; iii) inoportunidade de demonstração de dolo ou culpa; iv) inexistência de direito à pensão mensal, pela sua natureza de indenização material e a autora é criança, não desempenhando atividade remunerada; v) o termo inicial dos juros moratórios deve ser a data em que a obrigação se tornou conhecida, e não o evento danoso.

Igualmente irresignadas, recorrem as autoras (fls. 961/973). Em suas razões, asseveraram, em resumo, a necessidade de majoração do valor fixado a título de danos morais, a valor não inferior a 200 salários mínimos, especialmente diante do parâmetro jurisprudencial para casos assemelhados.

Foram apresentadas contrarrazões pelo Estado e pelas autoras, respectivamente, a fls. 978/983 e 986/993.

O Ministério Público e a Procuradoria Geral de Justiça manifestaram-se pelo desprovimento do recurso do Estado e pelo provimento do recurso das autoras, respectivamente a fls. 996/997 e 1012/1019.

É O RELATÓRIO.

Recursos tempestivos e dispensados de preparo, merecem ser recebidos em seus regulares efeitos.

Trata-se de hipótese de remessa necessária, nos termos do art. 496, inciso I, do Código de Processo Civil.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Cuida-se de ação indenizatória movida por Roxana Kathy Ajhuacho e sua filha Clarivel Rocio Mamani Ajhuacho em face do Estado de São Paulo, em decorrência de erro médico verificado no parto da segunda coautora, que lhe teria resultado diversas sequelas.

A primeira coautora narra ter feito o acompanhamento de sua gestação na UBS Engenheiro Trindade, sem que fosse constatada qualquer anormalidade, e se dirigiu ao Hospital Leonor Mendes, no final de março de 2012, sentindo muitas dores, mas foi orientada a retornar para sua residência, pois não seria o momento adequado para a realização do parto.

Destaca que passou a ir a cada dois dias ao mesmo hospital, angustiada com suas dores, e continuaram insistindo não ser o momento adequado ao parto.

Em 09.04.2012, foi submetida a uma cesariana de emergência e sua filha nasceu sem vida, tendo sido submetida a diversos procedimentos, como massagem cardíaca e injeção de doses de adrenalina até que recuperasse os batimentos cardíacos. Foi encaminhada para a UTI, onde ficou por 15 dias, dois deles respirando por aparelhos, tendo sido posteriormente transferida para o setor de cuidados intermediários, alimentada por sonda por dois meses.

Clarivel recebeu alta em 18.06.2012, sem que fosse prestado a Roxana qualquer informação, laudo ou diagnóstico a respeito do quadro de sua filha. Com o passar do tempo, percebeu que sua filha possuía dificuldade para se alimentar, mover os braços, pernas, não ficava sentada nem emitia sons.

Em 25.06.2014, após consulta na UBS Cidade Patriarca, Clarivel recebeu o diagnóstico de paralisia cerebral (CIDG 80).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Entendem que a demora excessiva no encaminhamento da gestante para o trabalho de parto decorreu da conduta negligente do hospital e da falta de monitoramento adequado do quadro clínico da gestante, razão por que pleiteiam a condenação do Estado ao pagamento de indenização moral não inferior a 200 salários mínimos, além da prestação de alimentos mensais.

A ação foi julgada parcialmente procedente para condenar o Estado ao pagamento de R\$ 50.000,00, a título de danos morais, bem como ao pagamento de pensão em caráter vitalício a Clarivel Rocio Mamani Ajhuacho, no valor de um salário mínimo, com termo inicial de pagamento a data em que completar 14 anos.

Entendeu-se demonstrado o dano, o nexo causal e a culpa, sendo essa última evidenciada pelas conclusões da perícia judicial, que destacou haver sido realizado tardiamente o exame de ultrassom, com equívoco de até três semanas, ter havido indicação de internação da autora desde 03.04.2012, embora só foi realizada em 09.04.2012, além de assistência médica não condizente com os protocolos médicos, concluindo que o sofrimento fetal e as complicações neonatais poderiam ter sido evitadas caso a conduta obstétrica fosse diversa.

Contra a sentença recorrem ambas as partes.

O Estado argumenta que o evento danoso poderia ter outras causas, sendo precipitado atribuir-se a falhas da equipe médica; que a atividade médica é de meio, não tendo havido erro médico; que não houve demonstração de dolo ou culpa; e, subsidiariamente, que inexistente de direito à pensão mensal, pela sua natureza da indenização material, e a autora é criança, não desempenhando atividade remunerada; e que o termo inicial dos juros moratórios deve ser a data em que a obrigação se tornou conhecida, não o evento danoso.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

A autora pleiteia a majoração dos danos morais.

O Estado, em sua defesa, apenas negou genericamente o erro médico, asseverando a falta de evidência do nexo causal, pois poderiam ser “outras tantas causas”, o que não infirma a conclusão pericial pela presença de sua culpa no evento danoso. Deixou, contudo, de explicar o porquê da demora de internação de Roxana e realização do parto, sendo que estava com fortes dores, havia se apresentado no nosocômio quando já era recomendada a indução e na ocasião a paciente e o feto estavam saudáveis.

Dessa forma, não trouxe aos autos prova que inferisse a perícia judicial conclusiva no sentido de que as sequelas de Clarivel decorreram da negligência médica.

Segundo se depreende da perícia médico-legal, realizada pelo IMESC, juntada às fls. 876/885, concluiu-se pelo seguinte quanto à pericianda Roxana Kathy Ajhuacho:

“(...) a pericianda estava grávida de 41 semanas e 6 dias (pós-data) no dia 09/04/2012.

Havia indicação de internação e indução no dia 03/04/2012.

A assistência não foi condizente com os protocolos médicos.

O sofrimento fetal agudo e as complicações neonatais



TRIBUNAL DE JUSTIÇA PODER JUDICIÁRIO

São Paulo

poderiam ter sido evitadas caso a conduta obstétrica fosse diversa.”

E quanto a Clarivel Rocio Mamani Ajhuacho (fls. 886/894):

“A menor Clarivel Rocio Manani Ajhuacho apresenta diagnóstico atual de déficit no desenvolvimento neuropsicomotor (F84) e déficit auditivo (H90) em decorrência de asfixia perinatal grave (P21.1) e encefalopatia hipóxico-isquêmica (P91.6)

Há nexo de causalidade entre a anóxia neonatal e o quadro clínico atual.

A menor deve fazer acompanhamento multidisciplinar constante, para que tenha aquisições em seu desenvolvimento neuropsicomotor e melhor qualidade de vida.” (fls. 890).

Em sede de discussão, esclareceu-se o seguinte:

“A duração da gestação é de 280 dias em média, isto é, 40 semanas contadas a partir do primeiro dia da última menstruação, podendo chegar até as 42 semanas de gestação. Acima de 40 semanas denomina-se pós-datismo e acima de 42 semanas, gestação prolongada.

(...)

Se não houver objeção por parte da mulher, deve ser realizado descolamento das membranas amnióticas, entre 38 e 41 semanas, para diminuir a probabilidade de indução do parto.

A indução do parto deve ser realizada a partir de 41 semanas de gestação, após a concordância da mulher.

(...)

A autora estava grávida, realizou pré-natal tardio com exames laboratoriais e um exame de ultrassonografia no terceiro trimestre, sem complicações.

Evoluiu com gestação pós-data (acima de 40 semanas), sendo acompanhada para avaliação do bem estar fetal no PS a cada três dias, conforme doutrina médica.

Foi atendida nos dias 03, 07 e 09/04/2012 no Hospital eMaternidade Leonor Mendes Barros para a avaliação da vitalidade fetal. Verificada boa vitalidade no dia 03/04/2012. (...)

Em relação a conduta obstétrica prestada, as diretrizes médicas orientam internação e indução do trabalho de parto com 41 semanas de gestação, considerando os riscos aumentados de complicações fetais e neonatais.

No caso em discussão, o melhor preditor da idade gestacional era a data da última menstruação, pois a pericianda apresentava ciclos menstruais regulares, e o ultrassom foi verificado tardio, com erro estimado de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

até três semanas.

Portanto, havia indicação de internação no dia 03/04/2012, quando a pericianda estava com 41 semanas. A assistência não foi condizente com os protocolos médicos. As gestações acima de 41 semanas estão associadas com o aumento da morbimortalidade fetal e neonatal. O sofrimento fetal agudo e as complicações neonatais deste caso poderiam ter sido evitados caso a conduta fosse diversa, com a internação e indução anterior (fls. 880/881).” (grifos nossos)

Como facilmente se deduz da prova pericial, incontestemente o erro médico que deixou de observar o protocolo médico recomendado para o caso. Roxana compareceu no hospital quando estava com 41 semanas de gestação, no dia 03/04/2012, ocasião em que foi verificada boa vitalidade do feto, e a orientação padrão seria de interna-la na ocasião para que fosse evitado o aumento de risco para o feto.

Entretanto essa não foi a conduta médica, e não houve justificativa para o comportamento que eximisse a sua responsabilidade pelas consequências deletérias e definitivas para as autoras.

Assim, em virtude ato exclusivamente imputável ao Estado, consistente na desídia de seus prepostos, resultando a Clarivel deficiências e sequelas irreversíveis, as quais deverá suportar por toda sua sofrida existência.

Por tais motivos, presentes os elementos para configuração da responsabilidade civil, salutar o dever indenitário.

No que tange ao dano moral, consigna-se que tal dever não deve advir da prova da dor que acomete as autoras, já que o sofrimento de ver um filho bem como de ser alguém restrito de todas as potencialidades da vida é presumido.

É possível dizer, inclusive, em relação às diversas limitações



TRIBUNAL DE JUSTIÇA PODER JUDICIÁRIO

São Paulo

impostas à coautora Clarivel, que estas desbordam da incapacidade laborativa e dos evidentes sofrimentos físicos e dispêndios financeiros, indo muito além, pelo dano que causou ao seu projeto de vida, como discorre abalizada doutrina:

“Já o projeto de vida refere-se a toda realização de um indivíduo considerando, além dos futuros ingressos econômicos, todas as variáveis subjetivas, como vocação, aptidão, potencialidades e aspirações diversas, que permitem razoavelmente determinar as expectativas de alcançar o projeto em si. Assim, os fatos violatórios de direitos humanos interrompem o previsível desenvolvimento do indivíduo, mudando drasticamente o curso de sua vida, impondo muitas vezes circunstâncias adversas que impedem a concretização de planos que uma pessoa formula e almeja realizar. A existência de uma pessoa se vê alterada por fatores estranhos a sua vontade, que lhe são impostos de modo arbitrário, muitas vezes violento e invariavelmente injusto, com violação de seus direitos protegidos e quebrando a confiança que todos possuem no Estado (agora violador de direitos humanos), criado justamente para a busca do bem-comum de toda a sociedade. Por tudo isso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos considerou perfeitamente admissível a pretensão de uma vítima de que seja reparada, através de todos os meios possíveis, pela perda de opções de vida ocorrida devido ao fato internacionalmente ilícito” (André de Carvalho Ramos. Responsabilidade Internacional por Violação de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p 257-258).

A tese foi aplicada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Sebastián Claus Furlán e familiares vs. Argentina*, cuja decisão foi prolatada em 31 de agosto de 2012¹. Na hipótese, Sebastián, jovem de 14 anos, foi atingido na cabeça por uma viga em local de treinamento militar abandonado, pertencente ao Exército argentino, desprovido de proteção, cerca ou obstáculo que impedisse o ingresso de crianças, resultando-lhe sequelas físicas cognitivas irreversíveis, além de depressão.

Pelos sofrimentos, aflições, angústia, ansiedade e frustração que afetaram Sebastián, ainda na adolescência, bem como pela restrição ao desenvolvimento pessoal, familiar, social e laboral, e ainda pela privação da possibilidade de construir um projeto de vida próprio, autônomo e independente, a Argentina foi condenada a pagar, a título de danos materiais e

¹ Disponível em http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia/ficha.cfm?nId_Ficha=210&lang=es.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

morais, US\$ 90.000,00 a Sebastián, US\$ 36.000,00 ao seu pai, US\$ 18.000,00 a sua mãe e US\$ 15.000,00 a cada um dos seus dois irmãos.

Assim, em vista da gravidade dos fatos e das consequências geradas pela incapacidade absoluta e definitiva de Clarivel, cujas sequelas a impedem de exercer qualquer atividade laborativa, com limitação de aprendizado e desfrute da sua vida, a condenação ao pagamento de danos morais no importe de R\$50.000,00 mostrou-se diminuto, merecendo majoração para R\$ 100.000,00, razão por que comporta provimento o apelo da parte autora, que pleiteava a majoração do *quantum* indenizatório.

Valendo-me dos ensinamentos doutrinários, tenho que a majoração da quantia operou-se com moderação, mantendo proporcionalidade com o grau de culpa e ao porte econômico das partes envolvidas. Ademais, servirá para desestimular condutas de descaso com a saúde pública que permeiam o país, em níveis federal, estadual e municipal.

O pensionamento mensal de um salário-mínimo em favor de Clarivel, a partir de seus 14 anos, justifica-se na medida em que nunca poderá exercer qualquer função laborativa e sempre dependerá de Roxana, de familiares e equipe de profissionais para sua sobrevivência. Não há que se falar em limitação de idade ao pagamento, uma vez que a sua deficiência é definitiva.

Desta feita, muito embora a condenação não possa reparar o sofrimento, as lesões sofridas, a dor e a aflição suportadas, certamente proporcionará uma vida mais digna às autoras.

No mais, o termo inicial dos juros moratórios foi corretamente fixado na data da ocorrência do evento danoso, visto que em consonância com o teor da Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual *os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual*.

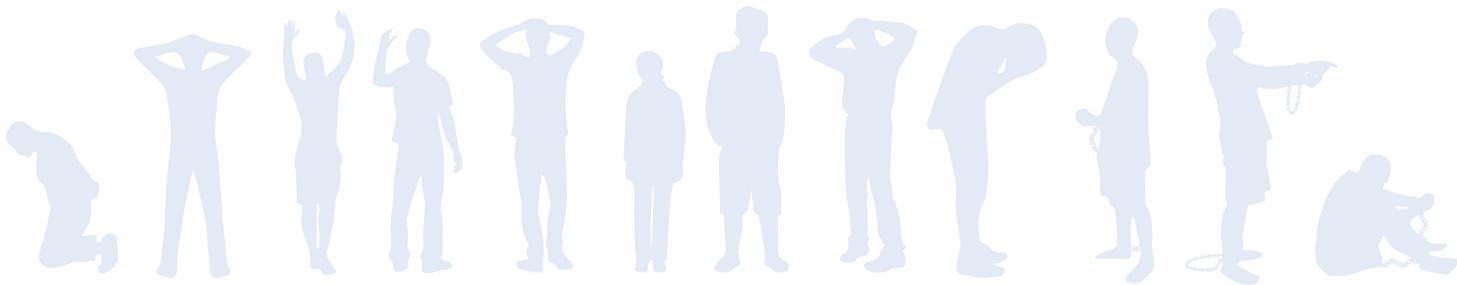


TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Por fim, ante o desprovimento do recurso do Estado e o provimento do recurso da autora, afasto a sucumbência recíproca, de modo que os ônus sucumbenciais deverão ser integralmente suportados pela parte ré, arbitrando-se honorários advocatícios, por equidade, em favor do patrono da parte autora no valor de R\$ 3.000,00, majorados em R\$ 500,00, a título de honorários recursais.

Ante todo o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso do Estado e à remessa necessária e dou provimento ao recurso da parte autora.

MARCELO SEMER
RELATOR



CATEGORIA 2

Direitos das Pessoas Privadas de Liberdade

Decisão premiada

Processo nº 0014681-88.2019.8.14.0051
Tribunal de Justiça do Estado do Pará
Juiz de Direito Flávio Oliveira Lauande



Confira as outras duas decisões finalistas da categoria

SEEU - Processo: 0014681-88.2019.8.14.0051 - Assinado digitalmente por FLAVIO OLIVEIRA LAUANDE - 149063
[40.1] CONCEDIDO O PEDIDO - Deferimento - Cômputo em dobro da pena cumprida em 19/10/2021

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO PARÁ
COMARCA DE SANTARÉM
VARA DE EXECUÇÃO DE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE DE SANTARÉM -
SEEU
Av. Mendonça Furtado, s/n - Prainha - Santarém/PA

Autos nº. 0014681 88.2019.8.14.0051

Processo: 0014681-88.2019.8.14.0051
Classe Processual: Execução da Pena
Assunto Principal: Tráfico de Drogas e Condutas Afins
Data da Infração: Data da infração não informada
Polo Ativo(s): Estado do Pará
Polo Passivo(s): DARLEN ALMEIDA MENDONCA

I. RELATÓRIO

Vistos e examinados.

Trata-se de pedido de análise de possibilidade de concessão de contagem em dobro dos dias de penacumpridos.

O Ministério Público do Estado do Pará, em judicioso parecer, reconhece a situação degradante de cumprimento de pena, contudo, no mérito, entende que devem ser adotadas medidas para equalizar a situação degradante, sem especificar quais medidas seriam essas. Ademais, alegou que o Pará ainda não foi condenado na CIDH, entendendo pela impossibilidade de aplicação dos precedentes invocados. Acrescenta que não se pode ser presumida a toda e qualquer unidade do Brasil, sob pena de violar o sistema de progressão de regime.

É o relatório. Decido.

II. FUNDAMENTAÇÃO

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Verifico que o pedido da defesa se amparou no precedente do STJ, no RHC 136961.

Documento assinado digitalmente, conforme MP nº 2.200-2/2001, Lei nº 11.419/2006, resolução do Projudi, do TJPR/OE/Validação deste em <https://seeu.pje.jus.br/seeu/> - Identificador: PJDLF YYLRS WNDSM 2HPPY



SEEU - Processo: 0014681-88.2019.8.14.0051 - Assinado digitalmente por FLAVIO OLIVEIRA LAUANDE - 149063
[40.1] CONCEDIDO O PEDIDO - Deferimento - Cômputo em dobro da pena cumprida em 19/10/2021

O caso concreto do precedente invocado é o seguinte:

“A hipótese dos autos diz respeito ao notório caso do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho no Rio de Janeiro (IPPSC). A referida unidade prisional foi objeto de inúmeras Inspeções que culminaram com a Resolução da Corte IDH de 22/11/2018, que ao reconhecer referido instituto inadequado para a execução de penas, especialmente em razão de os presos se acharem em situação degradante e desumana, determinou no item n. 4, que se computasse "em dobro cada dia de privação de liberdade cumprido no IPPSC, para todas as pessoas ali alojadas, que não sejam acusadas de crimes contra a vida ou a integridade física, ou de crimes sexuais, ou não tenham sido por eles condenadas, nos termos dos Considerandos 115 a 130 da presente resolução”

No caso, foi proferida decisão monocrática, ocasião em que se determinou:

“Logo, os juizes nacionais devem agir como juizes interamericanos e estabelecer o diálogo entre o direito interno e o direito internacional dos direitos humanos, até mesmo para diminuir violações e abreviar as demandas internacionais. É com tal espírito hermenêutico que se deduz que, na hipótese, a melhor interpretação a ser dada, é pela aplicação a Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 2018 a todo o período em que o recorrente cumpriu pena no IPPSC.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso ordinário em habeas corpus, para que se efetue o cômputo em dobro de todo o período em que o paciente cumpriu pena no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, de 09 de julho de 2017 a 24 de maio de 2019.”

Houve ratificação da decisão monocrática por intermédio do Pleno do Colendo STJ.

Observa-se que, de fato, existe determinação no sentido de que o Juiz deve agir como um Juiz Interamericano, estabelecendo o diálogo entre o direito interno e o direito internacional, **prevenindo-se** violações a Direitos Humanos e condenações da República Federativa do Brasil a nível internacional. Portanto, não se trata de elasticar o conteúdo axiológico da decisão convalidando-a em efeitos *erga omnes*, mas sim o reconhecimento de que os Juizes nacionais podem e devem agir em casos semelhantes.

Logo, para correta aplicação do precedente, hei de avaliar se é caso de reconhecimento ou não de condições degradantes nas Casas Penais de Santarém, se é ou não caso de se deferir o cômputo em dobro dos dias de pena, e, por fim, eventuais limitações a esse direito.

2. DAS CONDIÇÕES IDEAIS PARA CUMPRIMENTO DE PENA

Em primeiro lugar, antes da análise estrutural das casas penais de Santarém, há que se fixar balizas mínimas de aceitabilidade, tanto a nível legislativo quanto a nível estrutural e arquitetônico



SEEU - Processo: 0014681-88.2019.8.14.0051 - Assinado digitalmente por FLAVIO OLIVEIRA LAUANDE - 149063
[40.1] CONCEDIDO O PEDIDO - Deferimento - Cômputo em dobro da pena cumprida em 19/10/2021

A primeira de todas as orientações sobre o cumprimento de pena é a prevista na Constituição da República Federativa do Brasil, que em seu artigo 5º, incisos XLVII, “e” e XLIX, que preconizam:

XLVII - não haverá penas:
(...)
e) cruéis;

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

No que se refere as balizas legislativas, vejamos os dispositivos constantes na Lei de Execuções Penais:

Art. 88. O condenado será alojado em **cela individual** que conterà **dormitório**, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;

b) área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados).

Art. 89. Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa. (Redação dada pela Lei nº 11.942, de 2009)

Parágrafo único. São requisitos básicos da seção e da creche referidas neste artigo: (Incluído pela Lei nº 11.942, de 2009)

I – atendimento por pessoal qualificado, de acordo com as diretrizes adotadas pela legislação educacional e em unidades autônomas; e (Incluído pela Lei nº 11.942, de 2009)

II – horário de funcionamento que garanta a melhor assistência à criança e à sua responsável. (Incluído pela Lei nº 11.942, de 2009)

(...)

Art. 91. A Colônia Agrícola, Industrial ou Similar destina-se ao cumprimento da pena em regime semi-aberto.

Art. 92. O condenado poderá ser alojado em compartimento coletivo, observados os requisitos da letra a, do parágrafo único, do artigo 88, desta Lei.

Parágrafo único. São também requisitos básicos das dependências coletivas:

a) a seleção adequada dos presos;

b) o limite de capacidade máxima que atenda os objetivos de individualização da pena.



SEEU - Processo: 0014681-88.2019.8.14.0051 - Assinado digitalmente por FLAVIO OLIVEIRA LAUANDE - 149063
 [40.1] CONCEDIDO O PEDIDO - Deferimento - Cômputo em dobro da pena cumprida em 19/10/2021

De acordo com o artigo 5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, toda pessoa privada da liberdade tem os seguintes direitos:

ARTIGO 5

Direito à Integridade Pessoal

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

3. A pena não pode passar da pessoa do delinqüente.

4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, a ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoal não condenadas.

5. Os menores, quando puderem ser processados, deve ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento.

6. As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

Ainda sobre o tema, sobreleva ressaltar as regras de Mandela, Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos.

Apesar de o Governo Brasileiro ter participado ativamente das negociações para a elaboração das Regras Mínimas e sua aprovação na Assembleia Geral das Nações Unidas, em 2015, até o momento, essa normativa não vem repercutindo em políticas públicas no país, sinalizando o quanto carece de fomento a valorização das normas de direito internacional dos direitos humanos no Brasil.

As Regras de Mandela levam em consideração os instrumentos internacionais **vigentes** no Brasil, tais como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção contra Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e buscam assegurar a dignidade e respeito não só às pessoas privadas de liberdade, como também a seus familiares. Tais regras também têm como finalidade principal a reinserção social e a prevenção da reincidência dos presos, assegurando-lhes o princípio da dignidade da pessoa humana.

Destaco as seguintes delas:

“Princípios básicos
Regra 1



SEEU - Processo: 0014681-88.2019.8.14.0051 - Assinado digitalmente por FLAVIO OLIVEIRA LAUANDE - 149063
[40.1] CONCEDIDO O PEDIDO - Deferimento - Cômputo em dobro da pena cumprida em 19/10/2021

Todos os presos devem ser tratados com **respeito**, devido a seu valor e dignidade inerentes ao ser humano. **Nenhum preso** deverá ser submetido a tortura ou tratamentos ou sanções cruéis, **desumanos ou degradantes** e deverá ser protegido de tais atos, não sendo estes justificáveis em qualquer circunstância. A segurança dos presos, dos servidores prisionais, dos prestadores de serviço e dos visitantes deve ser sempre assegurada.

(...)

Regra 3

O encarceramento e outras medidas que excluam uma pessoa do convívio com o mundo externo **são aflitivas pelo próprio fato de ser retirado destas pessoas o direito à autodeterminação ao serem privadas de sua liberdade**. Portanto, **o sistema prisional não deverá agravar o sofrimento inerente a tal situação**, exceto em casos incidentais, em que a separação seja justificável, ou nos casos de manutenção da disciplina.

Regra 4

1. Os objetivos de uma sentença de encarceramento ou de medida similar restritiva de liberdade são, prioritariamente, de proteger a sociedade contra a criminalidade e de reduzir a reincidência. Tais propósitos só podem ser alcançados se o período de encarceramento for utilizado para assegurar, na medida do possível, a reintegração de tais indivíduos à sociedade após sua soltura, para que possam levar uma vida autossuficiente, com respeito às leis.

2. Para esse fim, as administrações prisionais e demais autoridades competentes **devem oferecer educação, formação profissional e trabalho**, bem como outras formas de assistência apropriadas e disponíveis, inclusive aquelas de natureza reparadora, moral, espiritual, social, esportiva e de saúde. Tais programas, atividades e serviços devem ser oferecidos em consonância com as necessidades individuais de tratamento dos presos

(...)

Acomodações

Regra 12

1. As celas ou quartos destinados ao descanso noturno **não devem ser ocupados por mais de um preso**. Se, por razões especiais, tais como superlotação **temporária**, for necessário que a administração prisional central faça uma exceção à regra, **não é recomendável que dois presos** sejam alojados em uma mesma cela ou quarto.

2. Onde houver dormitórios, estes deverão ser ocupados por presos cuidadosamente selecionados como sendo capazes de serem alojados juntos. Durante a noite, deve haver vigilância regular, de acordo com a natureza do estabelecimento prisional.

Regra 13

Todos os ambientes de uso dos presos e, em particular, todos os quartos, celas e dormitórios, **devem satisfazer as exigências de higiene e saúde**, levando-se em conta as condições climáticas e, particularmente, o conteúdo volumétrico de ar, o espaço mínimo, iluminação, o **aquecimento e a ventilação**.

Regra 14

Em todos os locais onde os presos deverão viver ou trabalhar:

(a) As janelas devem ser grandes o suficiente para que os presos possam ler ou trabalhar com luz natural e devem ser construídas de forma a permitir a entrada de ar fresco mesmo quando haja ventilação artificial;

(b) Luz artificial deverá ser suficiente para os presos poderem ler ou trabalhar sem prejudicar a visão.



SEEU - Processo: 0014681-88.2019.8.14.0051 - Assinado digitalmente por FLAVIO OLIVEIRA LAUANDE - 149063
 [40.1] CONCEDIDO O PEDIDO - Deferimento - Cômputo em dobro da pena cumprida em 19/10/2021

Regra 15

As instalações sanitárias devem ser adequadas para possibilitar que todos os presos façam suas necessidades fisiológicas quando necessário e com **higiene e decência**.

(...)

Regra 42

As condições gerais de vida expressas nestas Regras, incluindo aquelas relacionadas à iluminação, à ventilação, à temperatura, ao saneamento, à nutrição, à água potável, à acessibilidade a ambientes ao ar livre e ao exercício físico, à higiene pessoal, aos cuidados médicos e ao espaço pessoal adequado, devem ser aplicadas a todos os presos, sem exceção.

(...)

Trabalho

Regra 96

1. Os presos condenados devem ter a oportunidade de trabalhar e/ou participar ativamente de sua reabilitação, sendo esta atividade sujeita à determinação, por um médico ou outro profissional de saúde qualificado, de sua aptidão física e mental.
2. Trabalho suficiente de natureza útil deve ser oferecido aos presos de modo a conservá-los ativos durante um dia normal de trabalho.

(...)

Regra 104

1. Instrumentos devem ser criados para promover a educação de todos os presos que possam se beneficiar disso, incluindo instrução religiosa, em países onde isso é possível. A educação de analfabetos e jovens presos deve ser compulsória, e a administração prisional deve destinar atenção especial a isso.
2. Na medida do possível, a educação dos presos deve ser integrada ao sistema educacional do país, para que após sua liberação eles possam continuar seus estudos sem maiores dificuldades.

Cumpra-se destacar que, em 2016, o **Conselho Nacional de Justiça**, preocupado com a humanização do sistema prisional brasileiro, lançou a Série Tratados Internacionais de Direitos Humanos, composta pelas Regras de Pequim (1985), Regras de Tóquio (1990), Regras de Bangkok (2010), Regras Internacionais para o Enfrentamento da Tortura e Maus-Tratos e as **Regras de Mandela (2015)**. Como destaque para as ações em relação ao sistema carcerários, as regras de Mandela vão ao encontro de medidas que passaram a ser adotadas no Brasil, como as audiências de custódia.

Sobre a obrigatoriedade do cumprimento das Regras de Mandela, assevero que o Brasil já foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, conforme **Resolução CIDH datada de 23 de novembro de 2016**. Nessa Resolução, ficou determinado que o Estado brasileiro **deve** dar fim às violações de direitos humanos, utilizando-se das condições dignas que estão previstas no documento da ONU, senão vejamos:

“12. A este respeito, a Corte recorda que, de acordo com as Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos das Nações Unidas (Regras de Mandela), **os locais de**

Documento assinado digitalmente, conforme MP nº 2.200-2/2001, Lei nº 11.419/2006, resolução do Projudi, do TJPR/OE/Validação deste em <https://seeu.pje.jus.br/seeu/> - Identificador: PJDLF YYLRS WNDMSM 2HPYPY



SEEU - Processo: 0014681-88.2019.8.14.0051 - Assinado digitalmente por FLAVIO OLIVEIRA LAUANDE - 149063
[40.1] CONCEDIDO O PEDIDO - Deferimento - Cômputo em dobro da pena cumprida em 19/10/2021

alojamento, e especialmente os dormitórios, deverão cumprir todas as normas de higiene, em particular no que se refere às condições climáticas e, em concreto, ao volume de ar, superfície mínima, iluminação, calefação e ventilação (Regra 13). Essas regras incluem janelas suficientemente grandes para a entrada de ar fresco, a garantia de luz artificial (Regra 14), instalações sanitárias (Regra 15), banheiros e chuveiros (Regra 16) adequados e limpos (Regra 17). Ademais, serão fornecidos aos reclusos água e artigos indispensáveis para sua saúde e higiene (Regra 18), bem como roupa de cama individual (Regras 19 e 21), alimentação de boa qualidade (Regra 22), serviços médicos (Regra 24) e tratamento apropriado para doenças contagiosas durante o período de infecção (Regra 30, d). Igualmente, os Princípios e Boas Práticas sobre a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas, 6 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, prescreve que toda pessoa privada de liberdade terá direito à saúde (Princípio X), e a espaço e instalações sanitárias higiênicas e suficientes (Princípio XII).” Resolução datada de 23 de novembro de 2016 da Corte Interamericana de Direitos Humanos. (Grifo nosso)

Assevere-se que o §1º do artigo 5º da CF estabelece que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm **aplicação imediata** e o § 3º estabelece que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, **serão equivalentes às emendas constitucionais.**

Logo, seja pela Constituição de 1988, seja pelo Pacto de San José da Costa Rica, seja pelas Regras de Mandela ou pela própria Lei de Execuções Penais, temos um *standard* mínimo de **decência e dignidade obrigatórios** aos cárceres, delineados em normas cogentes, de responsabilidade da República Federativa do Brasil a nível internacional.

Observa-se, portanto, que o cumprimento da pena privativa de liberdade não pode se dar em descompasso com os documentos supracitados, sob pena do próprio Estado albergar práticas inconstitucionais e ilegais na fiscalização e execução das penas privativas de liberdade.

3. DEFINIÇÃO DE CONDIÇÕES DEGRADANTES DE CUMPRIMENTO

Estabelecido o *standard* mínimo de legalidade, dignidade e decência, previsto nos dispositivos constitucionais, legais e internacionais acima citados, passaremos à análise do conceito de condição degradante de cumprimento de pena.

Ao analisar a ADPF 347, o STF entendeu que, “Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, **deve** o **sistema penitenciário nacional** ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”.

SEEU - Processo: 0014681-88.2019.8.14.0051 - Assinado digitalmente por FLAVIO OLIVEIRA LAUANDE - 149063
[40.1] CONCEDIDO O PEDIDO - Deferimento - Cômputo em dobro da pena cumprida em 19/10/2021

Observa-se em primeiro lugar que se trata de decisão do próprio STF, em sede de ADFP, de caráter vinculante não só a este Juízo, mas a todo o Poder Judiciário Nacional. Ademais, trata-se de decisão com efeito erga omnes, posto que proferida em sede de ADFP.

E qual seria essa decisão? Justamente a do reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional decorrente da indignidade no cumprimento de penas condições existentes nas casas penais do território nacional, entre as quais obviamente se incluem as casas penais de Santarém.

Dados da Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados (2007-2009), do Conselho Nacional de Justiça – CNJ e da Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Clínica UERJ Direitos, confirmam o cenário descrito na ADFP 347, **confirmados também nesta Comarca**. Segundo as investigações realizadas, a população carcerária, maioria de pobres e negros, alcançava, em maio de 2014, 711.463 presos, incluídos 147.397 em regime domiciliar, para 357.219 vagas disponíveis. Sem levar em conta o número de presos em domicílio, o déficit é de 206.307, subindo para 354.244, se computado. A deficiência de vagas poderia ser muito pior se não fossem os 373.991 mandados de prisão sem cumprimento. Considerando o número total, até mesmo com as prisões domiciliares, **o Brasil possui a terceira maior população carcerária do mundo**, depois dos Estados Unidos e da China.

A maior parte desses detentos está sujeita às seguintes condições: **superlotação** dos presídios, **torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas**, comida imprestável, **falta** de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à **educação, à saúde e ao trabalho**, bem como amplo domínio dos cárceres por **organizações criminosas**, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual.

No Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados, formalizado em 2009, concluiu-se que **“a superlotação é talvez a mãe de todos os demais problemas do sistema carcerário**. Celas superlotadas ocasionam insalubridade, doenças, motins, rebeliões, mortes, degradação da pessoa humana. A CPI encontrou homens amontoados como lixo humano em celas cheias, se revezando para dormir, ou dormindo em cima do vaso sanitário”

Diante de tais relatos, a conclusão deve ser única: **no sistema prisional brasileiro, nesse cenário inclusas as casas penais de Santarém, ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica**. É conclusão a que se chega obrigatoriamente com base na decisão vinculante do STF na ADFP 347, mas também percebidas a cada visita carcerária efetivada por este magistrado.

A superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica correspondente, configuram **tratamento degradante, ultrajante e indigno** a pessoas que se encontram sob custódia. As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas. Os presos tornam-se “lixo digno do pior

Documento assinado digitalmente, conforme MP nº 2.200-2/2001, Lei nº 11.419/2006, resolução do Projudi, do TJPR/OE/Validação deste em <https://seeu.pje.jus.br/seeu/> - Identificador: PJDLF YYLRS WNDSM 2HIPPY



SEEU - Processo: 0014681-88.2019.8.14.0051 - Assinado digitalmente por FLAVIO OLIVEIRA LAUANDE - 149063
[40.1] CONCEDIDO O PEDIDO - Deferimento - Cômputo em dobro da pena cumprida em 19/10/2021

tratamento possível”, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre. Daí o acerto do Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, na comparação com as “masmorras medievais”.

Nesse contexto, diversos dispositivos, contendo normas nucleares do programa objetivo de direitos fundamentais da Constituição Federal, são ofendidos: o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III); a proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante de seres humanos (artigo 5º, inciso III); a vedação da aplicação de penas cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e”); o dever estatal de viabilizar o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (artigo 5º, inciso XLVIII); a segurança dos presos à integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX); e os direitos à saúde, educação, alimentação, trabalho, previdência e assistência social (artigo 6º) e à assistência judiciária (artigo 5º, inciso LXXIV).

Outras normas são afrontadas, igualmente reconhecedoras dos direitos dos presos: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Também a legislação interna é transgredida: a Lei nº 7.210, de 1984, a chamada “Lei de Execução Penal”, na qual são assegurados diversos desses direitos, inclusive o alusivo a cela individual salubre e com área mínima de seis metros quadrados, e a Lei Complementar nº 79/94, por meio da qual foi criado o Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, cujos recursos estão sendo contingenciados pela União, impedindo a formulação de novas políticas públicas ou a melhoria das existentes e contribuindo para o agravamento do quadro.

Nas casas penais do Município de Santarém a situação não é diferente.

3.1. SUPERLOTAÇÃO E PROBLEMAS ESTRUTURAIS

O Brasil é o país com a terceira maior população carcerária do mundo, registrando um total de 755.274 pessoas privadas de liberdade em 2019 e uma taxa de superlotação de 170,74%. Ao mesmo tempo, a taxa de presos provisórios, que chega a 229.823, ou seja 30,43% do total da população carcerária. Do total dessa população privada de liberdade baixo esse regime, 94,16% são homens e 5,83% são mulheres. A CIDH destaca o fato de que entre 2000 e 2019, a população carcerária aumentou 224,5%.

A CIDH observa que o aumento da população carcerária e os altos níveis de superlotação decorrem principalmente de uma política criminal que tenta solucionar problemas de segurança privilegiando o encarceramento. A CIDH reitera que não há evidências empíricas que demonstram que políticas baseadas em maiores restrições ao direito à liberdade pessoal tenham um impacto real na redução do crime e na violência ou que resolvam, num sentido mais amplo, os problemas da insegurança cidadã.



SEEU - Processo: 0014681-88.2019.8.14.0051 - Assinado digitalmente por FLAVIO OLIVEIRA LAUANDE - 149063
[40.1] CONCEDIDO O PEDIDO - Deferimento - Cômputo em dobro da pena cumprida em 19/10/2021

Quando as condições do estabelecimento se deterioram como resultado da superlotação e outras violações daí decorrentes, o conteúdo afilativo da penalidade ou privação de liberdade preventiva é aumentado a ponto de que se torna ilegal ou antijurídica.

Houve melhoria da lotação atual após as mudanças implementadas nos dois últimos meses, em especial a transferência dos presos definitivos que estavam no CTMS para o CRASHM. Contudo, a situação ainda está longe de ser a ideal. O principal problema que encontramos é a superlotação.

Segundo o último levantamento, verificamos que não haviam camas suficientes para todos os internos, havendo necessidade de compartilhamento. Outrossim, conforme levantado pela Defensoria Pública, não haviam colchões para todos os internos, fato solucionado há pouco tempo. Ademais, as celas não possuem iluminação e ventilação suficientes, o ambiente é escuro, úmido, abafado, e todos os internos compartilham a mesma latrina. A configuração descrita, insalubre, favorece o surgimento de doenças, principalmente as de pele, que são as de maior ocorrência no cárcere.

Não raro durante as inspeções são constatados os fatos narrados pela Defensoria Pública, em especial surtos de doenças, em especial doenças de pele, mas também outras, como catapora, o que constatei nas visitas prisionais de fevereiro, março e abril de 2021. Também é comum a existência de doenças infectocontagiosas como tuberculose.

No CTMS tal fato era ainda mais evidente, eis que até o mês de maio de 2021, antes da transferência dos presos definitivos, a ocupação da casa era de 590 internos para 316 vagas, fato que trataremos novamente mais adiante. Contudo, a situação não é muito diferente no CRF e no CRASHM.

Inspeção de Agosto de 2021 (após realocação dos presos do CTMS para o

CRASHM) CRASHM: 952 presos para 827 vagas (115,11%)

CTMS: 313 presos para 316 vagas (99,05%)

CRF: 99 presos para 86 vagas (115,11%)

Inspeção de Julho de 2021 (após realocação dos presos do CTMS para o

CRASHM) CRASHM: 952 presos para 827 vagas (115,11%)

CTMS: 313 presos para 316 vagas (99,05%)

CRF: 99 presos para 86 vagas (115,11%)

Documento assinado digitalmente, conforme MP nº 2.200-2/2001, Lei nº 11.419/2006, resolução do Projudi, do TJPR/OE Validação deste em <https://seeu.pje.jus.br/seeu/> - Identificador: PJDLF YYLRS WNDMSM 2HPYPY



SEEU - Processo: 0014681-88.2019.8.14.0051 - Assinado digitalmente por FLAVIO OLIVEIRA LAUANDE - 149063
[40.1] CONCEDIDO O PEDIDO - Deferimento - Cômputo em dobro da pena cumprida em 19/10/2021

Inspeção de Junho de 2021 (após realocação dos presos do CTMS para o CRASHM)CRASHM: 931 presos para 827 vagas (112,57%)

CTMS: 314 presos para 316 vagas (99,36%)

CRF: 103 presos para 86 vagas (119,76%)

Inspeção de Maio de 2021 (após a realocação dos presos do CTMS para o CRASHM)CRASHM: 935 presos para 827 vagas (113,05%)

CTMS: 328 presos para 316 vagas (103,79%)

CRF: 89 presos para 86 vagas (103,48%)

Inspeção de abril de 2021 (antes da realocação de presos CTMS para o CRASHM)CRASHM: 622 presos para 575 vagas (108,17%)

CTMS: 579 presos para 316 vagas (183,22%)

CRF: 103 presos para 86 vagas (119,76%)

Inspeção de março de 2021 (antes da realocação de presos CTMS para o CRASHM)CRASHM: 710 presos para 575 vagas (123,47%)

CTMS: 551 presos para 316 vagas (174,36%)

CRF: 105 presos para 86 vagas (122,09%)

Contudo, não há que se esquecer que estamos tratando da lotação em termos absolutos. Se formos considerar a lotação por regime prisional verificamos que mesmo depois da realocação de presos o regime fechado, em todas as casas penais, PERMANECE em ocupação superior à capacidade projetada.

Exemplo: CRASHM – AGOSTO DE 2021:

OCUPAÇÃO TOTAL DO CRASHM: = 952 PPLs

CAPACIDADE PROJETADA TOTAL ATUAL = 827

VAGASPERCENTUAL DE OCUPAÇÃO: 115,11%

OCUPAÇÃO DO FECHADO DO CRASHM: = 654 PPLs

CAPACIDADE PROJETADA DO FECHADO DO CRASHM: 452 VAGAS

PERCENTUAL DE OCUPAÇÃO: 144,69%

Documento assinado digitalmente, conforme MP nº 2.200-2/2001, Lei nº 11.419/2006, resolução do Projudi, do TJPR/OEValidação deste em <https://seeu.pje.jus.br/seeu/> - Identificador: PJDLF YYLRS WNDMSM 2HPYP



SEEU - Processo: 0014681-88.2019.8.14.0051 - Assinado digitalmente por FLAVIO OLIVEIRA LAUANDE - 149063
[40.1] CONCEDIDO O PEDIDO - Deferimento - Cômputo em dobro da pena cumprida em 19/10/2021

Pelos dados de amostragem acima, observa-se que existe um quadro generalizado de superlotação nas casas penais desta Comarca, que só teve uma leve melhora a partir de junho de 2021, com as ações tomadas por este Juízo em conjunto com a direção das Casas Penais, mas que ainda está longe do ideal.

Em relação ao **CTMS**, de 2008 (data da liminar concedida nos autos de número 0006586-19.2008.814.0051) até junho de 2021, haviam presos definitivos, do semiaberto e do fechado, cumprindo pena em estabelecimento para presos provisórios. Trata-se de condição indigna de cumprimento de pena.

Em relação ao **CRF**, até 6/4/2018, data de inauguração do CRF, haviam apenas duas celas, em que se concentravam TODAS as apenadas do sexo feminino. Trata-se de condição indigna de cumprimento de pena.

No **CRASHM**, constata-se em especial no regime fechado a absoluta falta de vagas, com um déficit de aproximadamente 105 vagas, de acordo com a última contagem.

O confinamento prolongado nas prisões brasileiras também tem sido motivo de preocupação para o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, o qual ressalta que a falta de agentes penitenciários suficientes é contrária aos regulamentos brasileiros. Em particular, a Resolução Nº. 1/2009 do Conselho Nacional de Política Penal e Penitenciária estipula que **cada agente de segurança deve ter apenas cinco pessoas encarcerada sob custódia.**

A violação aos Direitos Humanos traz como consequência a situação de inconstitucionalidade, pelo descumprimento de próprias normativas nacionais acerca do cárcere, não só pelos altos níveis de superlotação existentes, mas também por diversos outros problemas, tais como: falta de acesso aos banheiros, inexistência de camas para todos os presos e até pelo risco à vida e a integridade das pessoas privadas de liberdade, para citar apenas alguns exemplos de práticas reprováveis.

No Estado de coisas inconstitucional, relativo ao desrespeito de Direitos Fundamentais dos presos, percebe-se que as Casas Penais desta Comarca se encontram em situação de inconstitucionalidade, pela superlotação de seus recintos penitenciários e diversas situações que ocorrem em decorrência disso.

A relação entre o número de pessoas ocupantes de uma cela e a respectiva fração de metragem destinada a cada indivíduo ocupante resultará no critério da qualificação de superlotação. A situação da superlotação de presídios é uma verdadeira afronta aos direitos e garantias individuais do recluso, mais do que isso, os presos não são respeitados dentro ou fora do ambiente carcerário, não são tratados como pessoas humanas pela sociedade, são sim coisas amontoadas em um verdadeiro campo de concentração.

A superlotação é, portanto, uma violação aos direitos humanos, já que pode chegar a constituir uma forma de trato cruel, desumano e degradante, vulnera o direito à integridade pessoal e outros direitos humanos reconhecidos internacionalmente, conforme dita a Análise da Jurisprudência da Corte Interamericana de

SEEU - Processo: 0014681-88.2019.8.14.0051 - Assinado digitalmente por FLAVIO OLIVEIRA LAUANDE - 149063
[40.1] CONCEDIDO O PEDIDO - Deferimento - Cômputo em dobro da pena cumprida em 19/10/2021

Direitos Humanos em matéria de integridade pessoal e privação de liberdade do ano 2010. A Corte apontou que a detenção em condições de superlotação, com falta de ventilação e luz natural, sem cama para o descanso, nem condições adequadas de higiene, em isolamento e sem comunicação, com restrições ao regime das visitas constitui uma violação a integridade pessoal do detento.

Na resolução da ADPF 347, do ano 2005, conforme voto do Exmo. Min. Marco Aurélio ficou delineado que:

“Diante de tais relatos, a conclusão deve ser única: no sistema prisional brasileiro ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, a higidez física e a integridade psíquica. A superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância pelo Estado da ordem jurídica correspondente, configuram tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia. As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas. Os presos tornam-se “lixo digno do pior tratamento possível”, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre. Daí o acerto do Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, na comparação com as “masmorras medievais”.

A superlotação nas prisões gera tensões constantes entre os presos, aumenta os níveis da violência carcerária, impede que se disponha de mínimas condições de habitabilidade, facilita a propagação de enfermidades, constitui um fator de risco para a ocorrência de situações de emergência, dificulta o acesso a oportunidades de estudo, capacitação e trabalho, favorece a corrupção, convertendo-se assim num obstáculo difícil de superar para o cumprimento dos fins que a pena privativa da liberdade se propõe. As pessoas privadas de liberdade são vulneráveis devido ao desequilíbrio de poderes criados pela própria detenção. E por isso que dentro do ambiente prisional, as torturas e maus tratos são facilitados.

Portanto, notório que estamos além da capacidade projetada, o que convola o cumprimento da pena em CRUEL e DEGRADANTE.

3.2. DESCUMPRIMENTO DA LEP – cela individual de 6m²

Corroborando com a superlotação, temos a segunda irregularidade constatada nas Casas Penais de Santarém.

De acordo com a Lei de Execução Penal, as celas devem ser individuais e com 6m².

Equivale dizer que a LEI DE EXECUÇÃO PENAL, aprovada pelo Poder Legislativo e promulgada pelo Poder Executivo, dá aos internos da República Federativa do Brasil o DIREITO de cumprir pena em celas individuais de 6m².

Documento assinado digitalmente, conforme MP nº 2.200-2/2001, Lei nº 11.419/2006, resolução do Projudi, do TJPR/OE/Validação deste em <https://seeu.pje.jus.br/seeu/> - Identificador: PJDLF YYLRS WNDMSM 2HPY



SEEU - Processo: 0014681-88.2019.8.14.0051 - Assinado digitalmente por FLAVIO OLIVEIRA LAUANDE - 149063
[40.1] CONCEDIDO O PEDIDO - Deferimento - Cômputo em dobro da pena cumprida em 19/10/2021

Não se trata de opinião deste julgador. Não se trata de ter “pena” dos presos. Não se trata de “gostar de bandido”. É simplesmente o cumprimento da lei.

Não cabe ao Poder Judiciário manifestar nesses casos outro tipo de decisão que não aquela que vá ao encontro do texto legislativo.

Repito. Não se trata aqui de opinião de como a lei deveria ser. Se trata de determinar o seu cumprimento total qual ela existe.

Eventuais discussões quanto a justeza ou não do teor do artigo 88 da Lei de Execuções Penais deve se dar no seio das casas legislativas, não ao Poder Judiciário, em especial se tratando de lei cuja constitucionalidade é presumida, até decisão em sentido contrário.

Se a lei é para todos, gostando ou não seu intérprete, ela deve ser cumprida. E quanto a isso não há argumento jurídico.

Constatado que as celas do complexo penitenciário estão em desconformidade com o artigo 88 da LEP (**celas com menos de 6m² por preso**), há que se considerar como ilegais e indignas as penas nele cumpridas.

Se formos considerar o tamanho médio de uma cela de 11m² para o número médio de 12 presos por cela, significa que cada preso tem em média direito a sobreviver em apenas **0,91 m², menos que um sexto do tamanho previsto em lei para cada preso.**

Ainda sobre as acomodações, vejamos o que dispõe as regras de

Mandela: Acomodações
Regra 12

1. As celas ou quartos destinados ao descanso noturno **não devem ser ocupados por mais de um preso**. Se, por razões especiais, tais como superlotação **temporária**, for necessário que a administração prisional central faça uma exceção à regra, **não é recomendável que dois presos** sejam alojados em uma mesma cela ou quarto.

2. Onde houver dormitórios, estes deverão ser ocupados por presos cuidadosamente selecionados como sendo capazes de serem alojados juntos. Durante a noite, deve haver vigilância regular, de acordo com a natureza do estabelecimento prisional.

Regra 13

Todos os ambientes de uso dos presos e, em particular, todos os quartos, celas e dormitórios, **devem satisfazer as exigências de higiene e saúde**, levando-se em conta as



SEEU - Processo: 0014681-88.2019.8.14.0051 - Assinado digitalmente por FLAVIO OLIVEIRA LAUANDE - 149063
[40.1] CONCEDIDO O PEDIDO - Deferimento - Cômputo em dobro da pena cumprida em 19/10/2021

condições climáticas e, particularmente, o conteúdo volumétrico de ar, o espaço mínimo, iluminação, o **aquecimento e a ventilação**.

Regra 14

Em todos os locais onde os presos deverão viver ou trabalhar:

- (a) As janelas devem ser grandes o suficiente para que os presos possam ler ou trabalhar com luz natural e devem ser construídas de forma a permitir a entrada de ar fresco mesmo quando haja ventilação artificial;
- (b) Luz artificial deverá ser suficiente para os presos poderem ler ou trabalhar sem prejudicar a visão.

Regra 15

As instalações sanitárias devem ser adequadas para possibilitar que todos os presos façam suas necessidades fisiológicas quando necessário e com **higiene e decência**.

(...)

Regra 42

As condições gerais de vida expressas nestas Regras, incluindo aquelas relacionadas à iluminação, à ventilação, à temperatura, ao saneamento, à nutrição, à água potável, à acessibilidade a ambientes ao ar livre e ao exercício físico, à higiene pessoal, aos cuidados médicos e ao espaço pessoal adequado, devem ser aplicadas a todos os presos, sem exceção

A regra 12 corrobora a determinação do artigo 88 da LEP, de celas individuais e vem sendo diuturnamente descumprida na República Federativa do Brasil, em especial nesta Comarca de Santarém.

Por haverem mais de um preso por cela, igualmente as regras 13, 14 e 15 acabam sendo também violadas, na medida em que as latrinas coletivamente utilizadas, em uma pequena cela com por vezes mais de 20 pessoas está muito longe de ser um local decente e higiênico.

Outrossim, as exigências de ventilação, conforto térmico, espaço mínimo e iluminação igualmente estão sendo violados em todas as casas penais desta Comarca. O que se observa são ambientes escuros, com pouca ventilação, muito quentes e sem um espaço mínimo para cada preso. As celas em geral são claustrofóbicas, passando ao largo dos 6m² por preso, convolvando-se em condição indigna de cumprimento de pena.

Acrescento que o costume não tem o condão de revogar as disposições legais vigentes, em especial as concernentes ao tamanho e ocupação das celas, constante no artigo 88 da Lei de Execuções Penais.

Nesse sentido, não vejo razões para que se finja que o artigo 88 da Lei de Execuções Penais não exista. Não existe desculpa para se eximir o Estado do cumprimento de suas obrigações legais.



SEEU - Processo: 0014681-88.2019.8.14.0051 - Assinado digitalmente por FLAVIO OLIVEIRA LAUANDE - 149063
[40.1] CONCEDIDO O PEDIDO - Deferimento - Cômputo em dobro da pena cumprida em 19/10/2021

Por evidente, o Estado se encontra nesse aspecto em débito com a sociedade, na medida em que não vem fornecendo instalações adequadas para a custódia das pessoas privadas da liberdade. Por não estarem sendo obedecidas as disposições do artigo 88 da Lei de Execuções Penais e das regras 13, 14 e 15 das Regras de Nelson Mandela, deve ser reconhecida a situação degradante no cumprimento das penas privativas de liberdade nesta Comarca.

3.3.DO DESCUMPRIMENTO DAS REGRAS DE SEPARAÇÃO DE PRESOS, CONSTANTE NOARTIGO 84 DA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS.

A LEP, desde a sua redação original, sempre previu que, dentro do estabelecimento prisional, os presos provisórios deverão ficar separados dos presos condenados definitivamente. Essa determinação está insculpida no art. 84, caput:

Art. 84. O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitadaem julgado.

Observa-se que mesmo a disposição originária do caput do artigo 84 da Lei de Execuções Penais vinha sendo descumprida desde 2008, quando a SEAP começou a inserir presos DEFINITIVOS no CTMS, destinada a presos provisórios.

A irregularidade foi sendo mantida até que em 2021, com a inauguração de novas vagas no Pavilhão 2 doCRASHM, este Juízo determinou a correção da irregularidade com a transferência dos presos definitivosque estavam de forma ilegal no CTMS.

Contudo, não basta que os presos provisórios fiquem separados dos presos condenados definitivamente (art. 84, caput), o que VINHA SENDO DESCUMPRIDO DESDE 2008 ATÉ MAIO DE 2021. É necessário que, tanto no que toca presos provisórios, no CTMS, quanto nos definitivos, no CRASHM, e mesmo em ambos os casos, no CRF, os apenados sejam separados conforme a gravidade do crime pelo qual foram condenados.

É o que dispôs a Lei 13.167/2015, que criou novos critérios de separação de presos em cada estabelecimento prisional.

Em suma, além de separar os presos em provisórios e condenados, o legislador entendeu necessário separá-los de acordo com a espécie do crime imputado.

O objetivo do legislador foi o de contribuir para a ressocialização dos reeducandos evitando que presos acusados ou condenados por crimes menos graves e violentos convivam diuturnamente com outros presosa quem são imputados delitos hediondos e violentos.

Documento assinado digitalmente, conforme MP nº 2.200-2/2001, Lei nº 11.4.19/2006, resolução do Projudi, do TJPR/OEValidação deste em <https://seeu.pje.jus.br/seeu/> - Identificador: PJDLF YYLRS WNDMSM 2HPYP



SEEU - Processo: 0014681-88.2019.8.14.0051 - Assinado digitalmente por FLAVIO OLIVEIRA LAUANDE - 149063
[40.1] CONCEDIDO O PEDIDO - Deferimento - Cômputo em dobro da pena cumprida em 19/10/2021

Dessa forma, busca-se evitar que criminosos contumazes ou perigosos possam cooptar condenados primários que, em tese, teriam maior possibilidade de ressocialização.

Além disso, o Brasil, ao alterar sua legislação prevendo novos critérios de separação dos detentos, atende a recomendação internacional prevista no item 8 das Regras Mínimas da ONU para Tratamento das Pessoas Presas:

Separação de categorias

8. As diferentes categorias de presos deverão ser mantidas em estabelecimentos prisionais separados ou em diferentes zonas de um mesmo estabelecimento prisional, levando-se em consideração seu sexo e idade, seus antecedentes, as razões da detenção e o tratamento que lhes deve ser aplicado. (...)

Vejamos o que dispõe o texto do artigo 84 da Lei de Execuções Penais, alterado pela Lei nº

13.167/2015: “Art. 84. (...)

§ 1º Os presos provisórios **ficarão** separados de acordo com os seguintes **critérios**:

I - acusados pela prática de crimes hediondos ou equiparados;

II - acusados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa;

III - acusados pela prática de outros crimes ou contravenções diversos dos apontados nos incisos I e II.

(...)

§ 3º Os presos **condenados ficarão** separados de acordo com os seguintes critérios:

I - condenados pela prática de crimes hediondos ou equiparados;

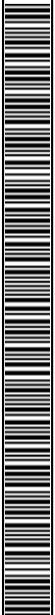
II - reincidentes condenados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa;

III - primários condenados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa;

IV - demais condenados pela prática de outros crimes ou contravenções em situação diversa das previstas nos incisos I, II e III.

§ 4º O preso que tiver sua integridade física, moral ou psicológica ameaçada pela convivência com os demais presos ficará segregado em local próprio.” (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.



SEEU - Processo: 0014681-88.2019.8.14.0051 - Assinado digitalmente por FLAVIO OLIVEIRA LAUANDE - 149063
[40.1] CONCEDIDO O PEDIDO - Deferimento - Cômputo em dobro da pena cumprida em 19/10/2021

Contudo, nas visitas prisionais, observo que não vem sendo obedecido o critério delineado na legislação, se encontrando muitas vezes na mesma cela presos condenados por crimes hediondos e equiparados, comreincidentes, juntamente com réus primários.

Ou seja, em clara desobediência ao disposto no artigo 84 do Código Penal.

Então seja pelo descumprimento de 2008 a 2021, do caput do artigo 84, seja pelo reiterado descumprimento dos parágrafos 3º e 4º do mesmo artigo 84 da Lei de Execuções Penais, as condições de cumprimento de pena na Comarca de Santarém são extremamente degradantes, dificultando a ressocialização.

3.4. FALTA DE TRABALHO E ESTUDO PARA TODOS

Segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional – Depen no ano de 2014 a população carcerária no Brasil era de 607.731, e quantidade de vagas nos presídios era de 376.669, portanto, o déficit de vagas atingiu o patamar de 231.062, sendo certo que a diretora do Depen Valdirene Daufemback afirmou em audiência na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH) do Senado, que o “Brasil está numa marcha de encarceramento sem precedentes mundiais”, caminhando-se para nos próximos 50 anos tornarem-se a maior população carcerária do mundo.

A falta de vagas disponibilizadas pelo Estado para o trabalho e estudo do preso excluem o reeducando de um importante benefício para reinserção do apenado à sociedade, violando direitos fundamentais do recluso.

O trabalho evita a ociosidade, o pensamento excessivo e nocivo, dá oportunidade para que o reeducando possa realizar alguma tarefa e cria uma expectativa de ressocialização, de ter o apenado uma vida normal, trabalhando e sustentando seus familiares.

Nada pior para a sociedade que a manutenção de apenados ociosos em unidades prisionais superlotadas, fazendo exsurgir a necessidade de mecanismos jurídicos que permitam ao reeducando o acesso aos benefícios da execução penal, especialmente a remição penal, cujo requisito para concessão é a garantia a um direito previsto na Constituição Federal e na Lei de Execução Penal.

A Constituição Federal erigiu o trabalho como direito social assim dispondo no artigo 6º:

"São direitos sociais a educação, a saúde, **o trabalho**, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição".

Por seu turno, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, que instituiu a Lei de Execução Penal, assim dispõe sobre o trabalho:

Art. 28 - O trabalho do condenado, como **dever social** e **condição de dignidade humana**, terá finalidade educativa e produtiva.

Documento assinado digitalmente, conforme MP nº 2.200-2/2001, Lei nº 11.419/2006, resolução do Projudi, do TJPR/OE Validação deste em <https://seeu.pje.jus.br/seeu/> - Identificador: PJDLF YYLRS WNDMSM 2HPPY



SEEU - Processo: 0014681-88.2019.8.14.0051 - Assinado digitalmente por FLAVIO OLIVEIRA LAUANDE - 149063
[40.1] CONCEDIDO O PEDIDO - Deferimento - Cômputo em dobro da pena cumprida em 19/10/2021

Ou seja, além de ser uma obrigação o trabalho é condição de dignidade cabendo assinalar que, segundo o próprio legislador, ao se recusar ao preso a oportunidade de trabalho, o Estado recusa a esse uma condição mínima de manutenção de sua dignidade, restringindo muito mais do que a liberdade.

Contudo, não existem vagas de trabalho e estudo para todos os apenados, de forma que esses ficam impossibilitados de cumprir suas obrigações e são privados da possibilidade de remissão de pena, o que igualmente caracteriza situação degradante de cumprimento.

Estando os apenados sob a custódia do Estado, é desse o dever de observância dos direitos sociais como o trabalho e a educação, fornecendo meios para o cumprimento, tanto da Constituição da República como da Lei de Execuções Penais.

O ÓCIO dentro das casas penais contribui para a deterioração mental dos apenados e facilita que sejam cooptados para o crime organizado. O trabalho serve para afastar o condenado da inércia, do ostracismo, dos pensamentos negativos e faz, talvez, com que venha a recuperar sua autoestima e valorização como ser humano.

Como fazer o condenado reingressar à sociedade se o Estado e a própria sociedade não criam mecanismos para efetivar sua reinserção? A Lei de Execução Penal e a Constituição Federal traçam os caminhos que devem ser seguidos para reintegrar o condenado ao convívio social. Ocorre que o que vemos diariamente é completamente o contrário: Prisões abarrotadas, fugas, rebeliões e ausência total de perspectivas para os detentos.

Em relação ao estudo a situação não é diferente.

A Constituição Federal dispõe em seu artigo 205:

Artigo 205 - A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

A Lei de Execução Penal disciplina a assistência educacional aos presos, assim dispendo:

Art. 17 - A assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado.

Art. 18 - O ensino de primeiro grau será obrigatório, integrando-se no sistema escolar da unidade federativa.

Art. 19 - O ensino profissional será ministrado em nível de iniciação ou de aperfeiçoamento técnico.

SEEU - Processo: 0014681-88.2019.8.14.0051 - Assinado digitalmente por FLAVIO OLIVEIRA LAUANDE - 149063
 [40.1] CONCEDIDO O PEDIDO - Deferimento - Cômputo em dobro da pena cumprida em 19/10/2021

Parágrafo único. A mulher condenada terá ensino profissional adequado à sua condição.

Art. 20 - As atividades educacionais podem ser objeto de convênio com entidades públicas ou particulares, que instalem escolas ou ofereçam cursos especializados.

Art. 21 - Em atendimento às condições locais, dotar-se-á cada estabelecimento de uma biblioteca, para uso de todas as categorias de reclusos, provida de livros instrutivos, recreativos e didáticos.

Observa-se que se tratam de normas cogentes. Mais uma vez, a inexistência de vagas suficientes de estudo para os apenados (que assim tiverem interesse) priva-lhes da oportunidade de remir pena e de ocupar seu tempo.

Acrescente-se que as Regras de Mandela possuem regra específica sobre o trabalho e estudo aos apenados:

Regra 4

1. Os objetivos de uma sentença de encarceramento ou de medida similar restritiva de liberdade são, prioritariamente, de proteger a sociedade contra a criminalidade e de reduzir a reincidência. Tais propósitos só podem ser alcançados se o período de encarceramento for utilizado para assegurar, na medida do possível, a reintegração de tais indivíduos à sociedade após sua soltura, para que possam levar uma vida autossuficiente, com respeito às leis.

2. Para esse fim, as administrações prisionais e demais autoridades competentes **devem oferecer educação, formação profissional e trabalho**, bem como outras formas de assistência apropriadas e disponíveis, inclusive aquelas de natureza reparadora, moral, espiritual, social, esportiva e de saúde. Tais programas, atividades e serviços devem ser oferecidos em consonância com as necessidades individuais de tratamento dos presos

(...)

Trabalho

Regra 96

1. Os presos condenados devem ter a oportunidade de trabalhar e/ou participar ativamente de sua reabilitação, sendo esta atividade sujeita à determinação, por um médico ou outro profissional de saúde qualificado, de sua aptidão física e mental.

2. Trabalho suficiente de natureza útil deve ser oferecido aos presos de modo a conservá-los ativos durante um dia normal de trabalho.

(...)

Regra 104

1. Instrumentos devem ser criados para promover a educação de todos os presos que possam se beneficiar disso, incluindo instrução religiosa, em países onde isso é possível. A educação de analfabetos e jovens presos deve ser compulsória, e a



SEEU - Processo: 0014681-88.2019.8.14.0051 - Assinado digitalmente por FLAVIO OLIVEIRA LAUANDE - 149063
[40.1] CONCEDIDO O PEDIDO - Deferimento - Cômputo em dobro da pena cumprida em 19/10/2021

administração prisional deve destinar atenção especial a isso.

2. Na medida do possível, a educação dos presos deve ser integrada ao sistema educacional do país, para que após sua liberação eles possam continuar seus estudos sem maiores dificuldades.

É notório o descumprimento das regras de Mandela, tanto em relação aos estudos quanto ao trabalho, que não tem sido oferecidos de forma regular a todos os apenados, presumindo-se o prejuízo a todos.

Não há justificativa plausível para esse descumprimento.

Ao se negar trabalho e estudo aos apenados, nega-se igualmente um aspecto importante de sua dignidade ao lhes ser subtraído importantíssimos direitos sociais constitucionalmente previstos.

Portanto, não havendo vagas de trabalho e/ou estudo para todos os apenados, há que se considerar tal situação como degradante, em descompasso com a finalidade almejada das penas privativas de liberdade, dificultando a ressocialização e favorecendo a reincidência.

3.5. DO DESCUMPRIMENTO DAS REGRAS CONCERNENTES AO BANHO DE SOL E DEMAIS BENEFÍCIOS PRISIONAIS.

Oportuno rememorar que o preso, ainda que sujeito ao Regime Disciplinar Diferenciado, tem direito aos seguintes benefícios, conforme artigo 52 da Lei de Execuções Penais:

Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasionar subversão da ordem ou disciplina internas, sujeitará o preso provisório, ou condenado, nacional ou estrangeiro, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - duração máxima de até 2 (dois) anos, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie; (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - recolhimento em cela individual; (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

III - visitas quinzenais, de 2 (duas) pessoas por vez, a serem realizadas em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, por pessoa da família ou, no caso de terceiro, autorizado judicialmente, com duração de 2 (duas) horas; (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

IV - direito do preso à saída da cela por 2 (duas) horas diárias para banho de sol, em grupos de até 4 (quatro) presos, desde que não haja contato com presos do mesmo grupo criminoso; (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

Ou seja, mesmo para aqueles presos no regime MAIS SEVERO POSSÍVEL, são garantidos a cela individual, as visitas quinzenais e o banho de sol por, no mínimo, DUAS HORAS.

Trata-se de direito também reconhecido pelo STF, em HABEAS CORPUS COLETIVO, no RHC 172.136:



SEEU - Processo: 0014681-88.2019.8.14.0051 - Assinado digitalmente por FLAVIO OLIVEIRA LAUANDE - 149063
 [40.1] CONCEDIDO O PEDIDO - Deferimento - Cômputo em dobro da pena cumprida em 19/10/2021

E M E N T A: “HABEAS CORPUS” COLETIVO – O CASO EM JULGAMENTO – A QUESTÃO DO “HABEAS CORPUS” COLETIVO COMO INSTRUMENTO CONSTITUCIONAL DE DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS – O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: EXPRESSÃO VISÍVEL (E LAMENTÁVEL) DE UM ANÔMALO “ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL” – DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL, PROTEÇÃO DOS GRUPOS VULNERÁVEIS (INTEGRADOS, NO CASO, POR PESSOAS QUE COMPÕEM O UNIVERSO PENITENCIÁRIO) E FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO EXERCÍCIO DE SUA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL – LEGITIMIDADE DO CONTROLE JURISDISSIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS, INCLUSIVE EM MATÉRIA PENITENCIÁRIA, E A RESERVA DO POSSÍVEL – ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”: UM DILEMA QUE SE RESOLVE PELA PREPONDERÂNCIA DO “MÍNIMO EXISTENCIAL” – O DIREITO À SAÍDA DA CELA POR 02 (DUAS) HORAS DIÁRIAS PARABANHO DE SOL COMO PRERROGATIVA INAFASTÁVEL DE TODOS AQUELES QUE COMPÕEM O UNIVERSO PENITENCIÁRIO BRASILEIRO, MESMO EM FAVOR DAQUELES SUJEITOS AO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO (LEP, ART. 52, IV) – CONCLUSÃO: “HABEAS CORPUS” CONCEDIDO DE OFÍCIO E ESTENDIDO PARA TODO O PAÍS. – A jurisprudência da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal consolidou-se no sentido de possibilitar a impetração de “habeas corpus” coletivo, notadamente nos casos em que se busca a tutela jurisdicional coletiva de direitos individuais homogêneos, sendo irrelevante, para esse efeito, a circunstância de inexistir previsão constitucional a respeito. Precedentes.

– Há, lamentavelmente, no Brasil, no plano do sistema penitenciário nacional, um claro, indisfarçável e anômalo “estado de coisas inconstitucional” resultante da omissão do Poder Público em implementar medidas eficazes de ordem estrutural que neutralizem a situação de absurda patologia constitucional gerada, incompreensivelmente, pela inércia do Estado, que descumpra a Constituição Federal, que ofende a Lei de Execução Penal, que vulnera a essencial dignidade dos sentenciados e dos custodiados em geral, que fere o sentimento de decência dos cidadãos desta República e que despreza as convenções internacionais de direitos humanos (como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, a Convenção Americana de Direitos Humanos e as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos – “Regras de Nelson Mandela” –, entre outros relevantes documentos internacionais).

– O Estado brasileiro, agindo com absoluta indiferença em relação à gravidade da questão penitenciária, tem permitido, em razão de sua própria inércia, que se transgrida o direito básico do sentenciado de receber tratamento penitenciário justo e adequado, vale dizer, tratamento que não implique exposição do condenado (ou do preso provisório) a meios cruéis, lesivos ou moralmente degradantes (CF, art. 5º, incisos XLVII, “e”, e XLIX), fazendo-se respeitar, desse modo, um dos mais expressivos fundamentos que dão suporte ao Estado Democrático de Direito: a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III).

Documento assinado digitalmente, conforme MP nº 2.200-2/2001, Lei nº 11.419/2006, resolução do Projudi, do TJPR/OE/Validação deste em <https://seeu.pje.jus.br/seeu/> - Identificador: PJDLF YYLRS WNDMSM 2HPY



SEEU - Processo: 0014681-88.2019.8.14.0051 - Assinado digitalmente por FLAVIO OLIVEIRA LAUANDE - 149063
 [40.1] CONCEDIDO O PEDIDO - Deferimento - Cômputo em dobro da pena cumprida em 19/10/2021

– **Constitui verdadeiro paradoxo reconhecer-se, de um lado, o “direito à saída da cela por 2 (duas) horas diárias para banho de sol” (LEP, art. 52, IV), em favor de quem se acha submetido, por razões de “subversão da ordem ou disciplina internas” no âmbito penitenciário, ao rigorosíssimo regime disciplinar diferenciado (RDD) instituído pela Lei nº 10.792/2003, e negar, de outro, o exercício de igual prerrogativa de ordem jurídica a quem se acha recolhido a pavilhões destinados à execução de medidas disciplinares ordinárias (“Pavilhão Disciplinar”) e à proteção de detentos ameaçados (“Pavilhão de Seguro”), tal como ora denunciado, com apoio em consistentes alegações, pela douta Defensoria Pública do Estado de São Paulo.**

– A cláusula da reserva do possível é ordinariamente invocável naquelas hipóteses em que se impõe ao Poder Público o exercício de verdadeiras “escolhas trágicas”, em contexto revelador de situação de antagonismo entre direitos básicos e insuficiências estatais financeiras. A decisão governamental, presente essa relação dilemática, há de conferir precedência à intangibilidade do “mínimo existencial”, em ordem a atribuir real efetividade aos direitos positivados na própria Lei Fundamental da República e aos valores consagrados nas diversas convenções internacionais de direitos humanos. A cláusula da reserva do possível, por isso mesmo, é inoponível à concretização do “mínimo existencial”, em face da preponderância dos valores e direitos que nele encontram seu fundamento legitimador.

(HC 172136, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 10/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-283 DIVULG 30-11-2020 PUBLIC 01-12-2020)

O caso concreto que deu origem ao citado HC foi a constatação, no Estado de São Paulo, pela Defensoria Pública, que era negado aos pacientes o direito ao banho de sol.

Na decisão final, o STF decidiu concedeu, de ofício, ordem de “habeas corpus”, para determinar à Administração da Penitenciária “Tacyan Menezes de Lucena”, em Martinópolis/SP, que adote providências que permitam assegurar, de modo efetivo, a todos os presos (tanto os condenados quanto os provisórios), especialmente aos recolhidos nos pavilhões de medida preventiva de segurança pessoal (“Pavilhão de Seguro”) e disciplinar (“Pavilhão Disciplinar”), o direito à saída da cela pelo período mínimo de 02 (duas) horas diárias para banho de sol. **Na ocasião, o STF estendeu, de ofício, nos mesmos termos e observados os mesmos limites ora delineados, o benefício do banho de sol, por pelo menos 2 (duas) horas diárias, a todos os internos que, independentemente do estabelecimento penitenciário a que se achem recolhidos, estejam expostos, objetivamente, a situação idêntica ou assemelhada à que motivou a concessão do “writ” constitucional, nos termos do voto do Relator.**

Vejamos o voto do Relator, muito importante também para a presente discussão quanto a possibilidade do cômputo em dobro da pena, na medida em que enriquece a discussão quanto ao Estado de Coisas Inconstitucional na Comarca de Santarém:

“Esta Suprema Corte, no julgamento plenário da ADPF 347-MC/DF, qualificou o sistema penitenciário nacional como expressão visível (e lamentável) de um “estado de coisas inconstitucional”

Ao proferir o meu voto em referido julgamento, tive o ensejo de advertir, em manifestação inteiramente aplicável ao caso ora em análise, que situações como a exposta na presente impetração constituem verdadeiro e terrível libelo contra o sistema penitenciário brasileiro, cujo estado de



SEEU - Processo: 0014681-88.2019.8.14.0051 - Assinado digitalmente por FLAVIO OLIVEIRA LAUANDE - 149063
[40.1] CONCEDIDO O PEDIDO - Deferimento - Cômputo em dobro da pena cumprida em 19/10/2021

crônico desaparelhamento culmina por viabilizar a imposição de inaceitáveis condições degradantes aos sentenciados, traduzindo, em sua indisfarçável realidade concreta, hipótese de múltiplas ofensas constitucionais, em clara atestação da inércia, do descuido, da indiferença e da irresponsabilidade do Poder Público em nosso País.

Há, lamentavelmente, no Brasil, no plano do sistema penitenciário nacional, um claro, indisfarçável e anômalo “estado de coisas inconstitucional” resultante da omissão do Poder Público em implementar medidas eficazes de ordem estrutural que neutralizem a situação de absurda patologia constitucional gerada, incompreensivelmente, pela inércia do Estado, que descumpra a Constituição Federal, que ofende a Lei de Execução Penal, que vulnera a essencial dignidade dos sentenciados e dos custodiados em geral, que fere o sentimento de decência dos cidadãos desta República e que desrespeita as convenções internacionais de direitos humanos (como o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, a Convenção Americana de Direitos Humanos e as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos – “Regras de Nelson Mandela” –, entre outros relevantes documentos internacionais).

(...)

Tal como destaquei no julgamento do RE 592.581/RS, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, a situação precária e caótica do sistema penitenciário brasileiro, cuja prática, ao longo de décadas, vem subvertendo as funções primárias da pena, constitui, por isso mesmo, expressão lamentável e vergonhosa da inércia, da indiferença e do descaso do Poder Executivo, cuja omissão tem absurdamente propiciado graves ofensas perpetradas contra o direito fundamental – que se reconhece ao sentenciado, porque lhe é inerente e inalienável – de não sofrer, na execução da pena, tratamento cruel e degradante, lesivo à sua incolumidade moral e física e, notadamente, à sua essencial dignidade pessoal.

Não hesito em dizer, por isso mesmo – a partir de minha própria experiência como Juiz desta Suprema Corte e, também, como antigo representante do Ministério Público paulista, tendo presente a situação dramática e cruel constatada no modelo penitenciário nacional –, que se vive, no Brasil, em matéria de execução penal, um mundo de ficção que revela um assustador universo de cotidianas irrealidades em conflito e em completo divórcio com as declarações formais de direitos, que – embora contempladas no texto de nossa Constituição e, também, em convenções internacionais e resoluções das Nações Unidas – são, no entanto, descumpridas pelo Poder Executivo, a quem incumbe viabilizar a implementação do que prescreve e determina, entre outros importantes documentos legislativos, a Lei de Execução Penal.

(...)

Observei, no voto que proferi no julgamento Plenário da ADPF 347- - MC/DF, que o Poder Executivo – a quem compete construir estabelecimentos penitenciários, viabilizar a existência de colônias penais (agrícolas e industriais) e de casas de albergados, além de propiciar a formação de patronatos públicos e de prover os recursos necessários ao fiel e integral cumprimento da própria Lei de Execução Penal, forjando condições que permitam a consecução dos fins preceituados da pena, em

Documento assinado digitalmente, conforme MP nº 2.200-2/2001, Lei nº 11.419/2006, resolução do Projudi, do TJPR/OE/Validação deste em <https://seeu.pje.jus.br/seeu/> - Identificador: PJDLF YYLRS WNDMSM 2HPYP



SEEU - Processo: 0014681-88.2019.8.14.0051 - Assinado digitalmente por FLAVIO OLIVEIRA LAUANDE - 149063
[40.1] CONCEDIDO O PEDIDO - Deferimento - Cômputo em dobro da pena cumprida em 19/10/2021

ordem a possibilitar “a harmônica integração social do condenado e do internado” (LEP, art. 1º, “in fine”) – não tem adotado as medidas essenciais ao adimplemento de suas obrigações legais, muito embora a Lei de Execução Penal preveja, em seu art. 203, mecanismos destinados a compelir as unidades federadas a projetarem a adaptação e a construção de estabelecimentos e serviços penais previstos em referido diploma legislativo, inclusive fornecendo os equipamentos necessários ao seu regular funcionamento.

(...)

Não foi por outra razão que o Plenário desta Corte Suprema, no precedente firmado RE 592.581/RS, formulou tese – que guarda inteira pertinência com a controvérsia ora em exame – no sentido de revelar-se lícito ao Poder Judiciário “(...) impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para garantir a efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes” (grifei).

No exame da grave questão ora submetida pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, é preciso não desconsiderar a função contramajoritária que compete ao Supremo Tribunal Federal exercer no Estado Democrático de Direito, e que legitima, precipuamente, a proteção das minorias e dos grupos vulneráveis, sob pena de comprometimento do próprio coeficiente de legitimidade democrática das ações estatais.

(...)

Constitui verdadeiro paradoxo reconhecer-se, de um lado, o “direito à saída da cela por 2 (duas) horas diárias para banho de sol” (LEP, art. 52, IV), em favor de quem se acha submetido, por razões de “subversão da ordem ou disciplina internas” no âmbito penitenciário, ao rigorosíssimo regime disciplinar diferenciado (RDD) instituído pela Lei nº 10.792/2003 (recrudescido pela Lei nº 13.964/2019), e negar, de outro, o exercício de igual prerrogativa de ordem jurídica a quem se acha recolhido a pavilhões destinados à execução de medidas disciplinares ordinárias (“Pavilhão Disciplinar”) e à proteção de detentos ameaçados (“Pavilhão de Seguro”), tal como ora denunciado, com apoio em consistentes alegações, pela douta Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

(...)

Sendo assim, e em face das razões expostas, não conheço da presente impetração, mas concedo, de ofício, ordem de “habeas corpus”, para determinar à Administração da Penitenciária “Tacyan Menezes de Lucena”, em Martinópolis/SP, que adote providências que permitam assegurar, de modo efetivo, a todos os presos (tanto os condenados quanto os provisórios), especialmente aos recolhidos nos pavilhões de medida preventiva de segurança pessoal (“Pavilhão de Seguro”) e disciplinar (“Pavilhão Disciplinar”), o direito à saída da cela pelo período mínimo de 02 (duas) horas diárias para banho de sol.

Estendo, finalmente, de ofício, nos mesmos termos e observados os mesmos limites ora delineados neste acórdão, o benefício do banho de sol, **por pelo menos 2 (duas) horas diárias**, ora concedido nesta sede processual, a todos os internos que, independentemente do estabelecimento penitenciário



SEEU - Processo: 0014681-88.2019.8.14.0051 - Assinado digitalmente por FLAVIO OLIVEIRA LAUANDE - 149063
[40.1] CONCEDIDO O PEDIDO - Deferimento - Cômputo em dobro da pena cumprida em 19/10/2021

a que se achem recolhidos, estejam expostos, objetivamente, a situação idêntica ou assemelhada à que motivou a concessão do presente “writ” constitucional.

É o meu voto.” (Trechos do voto vencedor do Relator Celso de Melo no RHC172.136 – 10/10/2020).

Faço minhas as palavras do Ministro Relator. Vejamos.

O quadro de distorções revelado pelo clamoroso estado de anomalia de nosso sistema penitenciário desfigura, compromete e subverte, de modo grave, a própria função de que se acha impregnada a execução da pena, que se destina – segundo determinação da Lei de Execução Penal – “a proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (art. 1º).

O sentenciado, ao ingressar no sistema prisional, sofre uma punição que a própria Constituição da República proíbe e repudia, pois a omissão estatal na adoção de providências que viabilizem a justa execução da pena cria situações anômalas e lesivas à integridade de direitos fundamentais do condenado, culminando por subtrair ao apenado o direito – de que não pode ser despojado – ao tratamento digno.

Daí a advertência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em um de seus “Informes sobre os direitos humanos das pessoas privadas de liberdade nas Américas” (2011), no sentido de que **sempre que o sistema penitenciário de um País não merecer a atenção necessária e os recursos essenciais a serem providos pelo Estado, a função para a qual esse mesmo sistema está vocacionado distorcer-se-á e, em vez de os espaços prisionais proporcionarem proteção e segurança, eles converter-se-ão em escolas de delinquência, propiciando e estimulando comportamentos antissociais que dão origem à reincidência e, desse modo, afastam-se, paradoxalmente, do seu objetivo de reabilitação.**

Os sentenciados que cumprem condenações penais que lhes foram impostas continuam à margem do sistema jurídico, pois ainda subsiste, quanto a eles, a grave constatação, feita por HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, de que **as condições intoleráveis e degradantes em que vivem os internos nos estabelecimentos prisionais constituem a pungente e dramática revelação de que “os presos não têm direitos”, em razão do estado de crônico e irresponsável abandono, por parte do Poder Público, do seu dever de prover condições minimamente adequadas ao efetivo e pleno cumprimento dos preceitos fundamentais consagrados em nossa Constituição e cujo desrespeito dá origem a uma situação de permanente e inadmissível violação aos direitos humanos.**

O fato preocupante é que **o Estado, agindo com absoluta indiferença em relação à gravidade da questão penitenciária, tem permitido, em razão de sua própria inércia, que se transgrida o direito básico do sentenciado de receber tratamento penitenciário justo e adequado, vale dizer, tratamento que não implique exposição do condenado (ou do preso provisório) a meios cruéis, lesivos ou moralmente degradantes (CF, art. 5º, incisos XLVII, “e”, e XLIX), fazendo-se respeitar, desse modo, um dos mais expressivos fundamentos que dão suporte ao Estado Democrático de Direito: a dignidade da pessoa humana.**

Não constitui demais acentuar, no ponto, que o princípio da dignidade da pessoa humana



SEEU - Processo: 0014681-88.2019.8.14.0051 - Assinado digitalmente por FLAVIO OLIVEIRA LAUANDE - 149063
[40.1] CONCEDIDO O PEDIDO - Deferimento - Cômputo em dobro da pena cumprida em 19/10/2021

representa – considerada a centralidade desse postulado essencial (CF, art. 1º, III) – significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo, tal como tem reconhecido a jurisprudência desta Suprema Corte, cujas decisões, no ponto, refletem, com precisão, o próprio magistério da doutrina (JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Poder Constituinte e Poder Popular”, p. 146, 2000, Malheiros; RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, “Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro”, p. 106, 2006 Del Rey; INGO WOLFGANG SARLET, “Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988”, p. 45, 2002, Livraria dos Advogados; IMMANUEL KANT, “Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos”, 2004, Martin Claret; LUIZ ANTONIO RIZZATTO NUNES, “O Princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência”, 2002, Saraiva; LUIZ EDSON FACHIN, “Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo”, 2008, Renovar, v.g.).

Enfatize-se, presentes tais razões, que **o Supremo Tribunal Federal, no desempenho da jurisdição constitucional, tem proferido, muitas vezes, decisões de caráter nitidamente contramajoritário, em clara demonstração de que os julgamentos, quando assim proferidos, objetivam preservar, em gesto de fiel execução dos mandamentos constitucionais, a intangibilidade de direitos, interesses e valores que identificam os grupos minoritários expostos a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política e que, por efeito de tal condição, tornam-se objeto de intolerância, de perseguição, de discriminação e de injusta exclusão.**

Me identifico plenamente com a afirmação na medida em que igualmente as razões aqui invocadas acabam sendo mal interpretadas como uma tentativa política de esvaziamento das celas, o que em absoluto não é verdade. Não é incomum a tentativa de desmerecer a Magistratura quando age em defesa da Constituição.

Na realidade, o tema da preservação e do reconhecimento dos direitos das minorias, por tratar-se de questão impregnada do mais alto relevo, deve compor a agenda de todas as Cortes de Justiça do país, incumbida, por efeito de sua destinação institucional, de velar pela supremacia da Constituição e de zelar pelo respeito aos direitos, inclusive de grupos minoritários, que encontram fundamento legitimador no próprio estatuto constitucional.

Com efeito, a necessidade de assegurar-se, em nosso sistema jurídico, proteção às minorias e aos grupos vulneráveis qualifica-se, na verdade, como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito.

Não deixo de conferir, por isso mesmo, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (LUÍS FERNANDO SGARBOSSA, “Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos”, vol. 1, 2010, Fabris Editor; STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York; ANA PAULA DE BARCELLOS, “A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais”, p. 245/246, 2002, Renovar; FLÁVIO GALDINO, “Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos”, p. 190/198, itens ns. 9.5 e 9.6, e p. 345/347, item n. 15.3, 2005, Lumen Juris), notadamente em sede de efetivação e implementação (usualmente onerosas) de determinados direitos cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público criar obstáculo artificial que revele – a partir

Documento assinado digitalmente, conforme MP nº 2.200-2/2001. Lei nº 11.419/2006, resolução do Projudi, do TJPR/OE/Validação deste em <https://seeu.pje.jus.br/seeu/> - Identificador: PJDLF YYLRS WNDMSM 2HPYP



SEEU - Processo: 0014681-88.2019.8.14.0051 - Assinado digitalmente por FLAVIO OLIVEIRA LAUANDE - 149063
 [40.1] CONCEDIDO O PEDIDO - Deferimento - Cômputo em dobro da pena cumprida em 19/10/2021

de indevida manipulação de sua atividade financeira e /ou político-administrativa – o arbitrário, ilegítimo e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência e de gozo de direitos fundamentais (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), a significar, portanto, que se revela legítima a possibilidade de controle jurisdicional da invocação estatal da cláusula da “reserva do possível”

, considerada, para tanto, a teoria das “restrições das restrições”, segundo a qual – como observa LUÍS FERNANDO SGARBOSSA (“op. cit.”, p. 273-274) – as limitações a direitos fundamentais, como o direito de que ora se cuida, sujeitam-se, em seu processo hermenêutico, a uma exegese necessariamente restritiva, sob pena de ofensa a determinados parâmetros de índole constitucional, como, p. ex., aqueles fundados na proibição de retrocesso social, na proteção ao mínimo existencial (que deriva do princípio da dignidade da pessoa humana), na vedação da proteção insuficiente e , também, na proibição de excesso.

Cumpra advertir, desse modo, na linha de expressivo magistério doutrinário (OTÁVIO HENRIQUE MARTINS PORT, “Os Direitos Sociais e Econômicos e a Discricionariedade da Administração Pública”, p. 105/110, item n. 6, e p. 209/211, itens ns. 17-21, 2005, RCS Editora Ltda., v.g.), que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada , pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando dessa conduta governamental negativa puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade .

A Constituição da República assegura a todos os presos, sem exceção, o respeito à sua integridade física e moral, consoante proclama a declaração constitucional de direitos e garantias formalmente incorporada ao texto de nossa Lei Fundamental (art. 5º, inciso XLIX).

Também a Lei de Execução Penal expressamente prescreve que se impõe “a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios” (art. 40), cabendo advertir que “Ao condenado e ao interno serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela Lei” (art. 3º, “caput”).

No caso, a lesiva (e inadmissível) privação de banho de sol, que afeta os presos recolhidos aos pavilhões de medida preventiva de segurança pessoal e disciplinar, revela o crônico estado de inércia (e indiferença) do Poder Público em relação aos direitos e garantias das pessoas privadas de liberdade , esvaziando, em consequência, o elevado significado que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, o postulado da dignidade da pessoa humana.

Constitui verdadeiro paradoxo reconhecer-se, de um lado, o “direito à saída da cela por 2 (duas) horas diárias para banho de sol” (LEP, art. 52, IV), em favor de quem se acha submetido, por razões de “subversão da ordem ou disciplina internas” no âmbito penitenciário, ao rigorosíssimo regime disciplinar diferenciado (RDD) instituído pela Lei nº 10.792/2003 (recrudescido pela Lei nº 13.964/2019), e negar, de outro, o exercício de igual prerrogativa de ordem jurídica a quem se acha recolhido a pavilhões destinados à execução de medidas disciplinares ordinárias (“Pavilhão Disciplinar”) e à proteção de detentos ameaçados (“Pavilhão de Seguro”).

O banho de sol, além de beneficiar os ossos e o sistema imunológico (metabolização da vitamina ‘D’), regula a pressão arterial e previne inúmeras doenças, a exemplo do diabetes tipo 2, doenças cardiovasculares e até alguns tipos de câncer (como os de mama, próstata,

Documento assinado digitalmente, conforme MP nº 2.200-2/2001, Lei nº 11.419/2006, resolução do Projudi, do TJPR/OE Validação deste em <https://seeu.pje.jus.br/seeu/> - Identificador: PJDLF YYLRS WNDSM 2HPYPY



SEEU - Processo: 0014681-88.2019.8.14.0051 - Assinado digitalmente por FLAVIO OLIVEIRA LAUANDE - 149063
[40.1] CONCEDIDO O PEDIDO - Deferimento - Cômputo em dobro da pena cumprida em 19/10/2021

pulmão, intestino etc.), trata-se, em verdade, de uma oportunidade dada ao preso, a fim de que ele se movimente, conviva com os demais detentos, troque experiências, retire um pouco o peso do confinamento e pratique esportes como forma de recreação e de manutenção da saúde.

Como se sabe, todas essas atividades sociais resgatam a sua condição de pessoa inserida em sociedade e contribuem para a manutenção de sua integridade física e, principalmente, psíquica. O reconhecimento e respeito irrestrito a todos os direitos fundamentais da pessoa presa são indispensáveis para o seu desenvolvimento individual e criação de uma execução criminal menos injusta.

A Execução Penal é regida tanto pela Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84), quanto pela Constituição Federal, que expressamente proíbe tratamentos desumanos ou degradantes e penas cruéis (art. 5º, incs. III e XLVII, 'e'), além das regras incorporadas ao direito nacional por tratados internacionais de direitos humanos, que asseguram que 'toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com respeito devido à dignidade inerente ao ser humano' (art. 5.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos).

Os artigos 40 e 41 da LEP elencam alguns dos direitos a que fazem jus os presos condenados definitivos ou provisórios. Nos termos do art. 40, 'impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios'. Sem dúvidas, uma das formas de garantir a manutenção da integridade física e psicológica do preso é o banho de sol diário, momento no qual os presos são retirados das celas e direcionados a alguma dependência ao ar livre.

Apesar de não estar expressamente elencado no rol do art. 41 da LEP, o banho de sol é uma importante medida não apenas como forma de recreação e interação entre os presos, mas principalmente de preservação de sua saúde física e mental. Sabe-se que o contato com a luz do sol é fundamental para garantir níveis saudáveis de vitamina D, prevenindo o desenvolvimento de doenças crônicas. Dessa forma, a falta de banho de sol, somado à ausência de ventilação e iluminação das celas do estabelecimento penal, representa risco concreto de danos à saúde dos detentos.

Além disso, o art. 52, IV, da Lei n. 7.210/84, incluído pela Lei n. 10.792/03, expressamente **garante ao preso submetido ao regime disciplinar diferenciado (RDD) o direito à saída da cela, por 2 (duas) horas diárias, para banho de sol. Ora, se mesmo ao preso submetido a medidas de reclusão mais severas, em razão de sua periculosidade e risco à segurança, é garantido o direito ao banho de sol diário, igual direito deve ser observado em relação aos demais detentos.**

E, quanto à questão estrutural, relativa à ausência de local próprio ao banho de sol dos presos recolhidos nos pavilhões de medida preventiva de segurança pessoal e disciplinar, cabe à Administração Penitenciária encontrar soluções que melhor viabilizem a medida, com a logística adequada para garantir o direito ao banho de sol de todos os detentos ali recolhidos, estabelecendo horários, bem como o melhor trânsito destes dentro de suas dependências, como forma de garantir a segurança e a integridade física dos detentos.

A não concessão do Direito ao Banho de Sol também constitui condição degradante no cumprimento das penas privativas de liberdade, conforme assentado pelo STF, no HC 172.136. Não é demais afirmar que outros direitos, como a visita íntima, também se encontram suspensos indefinidamente pela SEAP.

Documento assinado digitalmente, conforme MP nº 2.200-2/2001, Lei nº 11.419/2006, resolução do Projudi, do TJPR/OE
Validação deste em <https://seeu.je.jus.br/seeu/> - Identificador: PJDLF YYLRS WNDMSM 2HPY



SEEU - Processo: 0014681-88.2019.8.14.0051 - Assinado digitalmente por FLAVIO OLIVEIRA LAUANDE - 149063
[40.1] CONCEDIDO O PEDIDO - Deferimento - Cômputo em dobro da pena cumprida em 19/10/2021

3.6. DA IRREGULARIDADE CONSTATADA NO FORNECIMENTO DA ALIMENTAÇÃO AOS INTERNOS

Já vinham sendo frequentes as reclamações quanto à fornecedora de alimentos VOGUE – ALIMENTAÇÃO E NUTRIÇÃO LTDA, em especial por parte dos presos, durante as visitas carcerárias, bem como pelos próprios representantes da OAB.

Prontamente me dirigi às Casas Penais e me reuni com os Diretores do CRF e do CRASHM, solicitando a ambos que me acompanhassem em fiscalização na empresa VOGUE – ALIMENTAÇÃO E NUTRIÇÃO LTDA. Solicitamos o apoio da vigilância sanitária e às 10h30 minutos nos dirigimos à cozinha da empresa.

O cenário que encontramos era longe de ser o ideal. A cozinha estava bastante suja; ao lado da cozinha havia uma obra de construção de uma câmara refrigerada para acondicionamento das proteínas, gerando poeira; os alimentos estavam mal estocados, literalmente entulhados; as proteínas estavam em caixas de papelão em uma sala com um condicionador de ar a 16 graus Celsius e muitas sacolas de gelo, na tentativa de refrigeração, dentre outras irregularidades, conforme relatório da vigilância sanitária:

Imediatamente solicitamos apoio do GMF, do MPPA e da própria SEAP para a suspensão do contrato e regularização do fornecimento da alimentação.

A título de exemplo, vejamos como eram guardadas as proteínas:

Não havia câmara frigorífica. Se tratava de uma sala com ar condicionado em que as proteínas se encontravam literalmente jogadas junto com sacos de gelo. Não à toa haviam reclamações constantes de mau cheiro na alimentação.

A cozinha estava absolutamente imunda, sem condições para preparo dos alimentos. Havia uma obra bemaio lado da cozinha, levantando muita poeira ao passo que os alimentos estavam sendo preparados:

Com o apoio da vigilância sanitária, a empresa foi autuada e estamos em permanente fiscalização para que não mais sejam fornecidos alimentos podres nem estragados aos internos desta Comarca.

Este Juízo fez a fiscalização no ano de 2021, após entrar em exercício como Titular na Vara de Execuções da Comarca de Santarém. Contudo, as críticas quanto à alimentação fornecida vinha de muitos anos, antesmesmo da contratação da empresa supracitada, que será substituída.

Como se vê, a situação na irregularidade da alimentação não é uma exceção, um ponto fora da curva, massim outra prova da indignidade no cumprimento de pena nesta Comarca.

3.7. DA TORTURA

A tortura é, ainda, uma manifestação permanente da cultura de violência que se vive no Brasil. Trata-se de comportamento decorrente de típica relação de poder, por meio do qual se infligem dores e sofrimentos graves, de natureza física e mental, por ação, consentimento ou omissão de agentes públicos que, via de regra, atuam para obter informação, para castigar ou mesmo para

Documento assinado digitalmente, conforme MP nº 2.200-2/2001, Lei nº 11.419/2006, resolução do Projudi, do TJPR/OE
Validação deste em <https://seeu.pje.jus.br/seeu/> - Identificador: PJDLF-YLRS-WNDSM-2HPY



SEEU - Processo: 0014681-88.2019.8.14.0051 - Assinado digitalmente por FLAVIO OLIVEIRA LAUANDE - 149063
[40.1] CONCEDIDO O PEDIDO - Deferimento - Cômputo em dobro da pena cumprida em 19/10/2021

intimidar.

Com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, reconheceu-se, formalmente, a proibição da tortura pelos estados membros da Organização das Nações Unidas. No art. 5º desse documento estabeleceu-se que “ninguém será submetido a tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes”.

A Constituição Federal de 1988 ratificou esse dispositivo, ao replicar a proibição da tortura no inciso III, de seu art. 5º.

Não é por outro motivo que o Estado Brasileiro, ao longo dos anos, vem se comprometendo, internacionalmente, com o combate e prevenção à tortura, ao emprestar validade às regras internacionais acerca do tema, a saber: (i) Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, ratificada pelo Decreto nº 98.386, de 9 de dezembro de 1989; (ii) Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes das Nações Unidas, ratificada pelo Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991 e (iii) Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, ratificado pelo Decreto nº 6.085, de 19 de abril de 2007.

De acordo com a Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, Adotada pela Resolução 39/46, da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10.12.1984 - ratificada pelo Brasil em 28.09.1989, o termo "tortura" designa **qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de castigá-la por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido ou para intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas, quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência.**

“Artigo 1º - Para fins da presente Convenção, o termo "tortura" designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram.”

É obrigação, segundo a mesma Convenção, que o Estado-membro mantenha sistematicamente sob exame as disposições sobre custódia e tratamento das pessoas presas, sempre com vistas a evitar a tortura:

“Artigo 11 - Cada Estado-parte manterá sistematicamente sob exame as normas, instruções, métodos e práticas de interrogatório, bem como as disposições sobre a custódia e o tratamento das pessoas submetidas, em qualquer território sob a sua jurisdição, a qualquer forma de prisão,

Documento assinado digitalmente, conforme MP nº 2.200-2/2001, Lei nº 11.419/2006, resolução do Projudi, do TJPR/OE
Validação deste em <https://seeu.je.jus.br/seeu/> - Identificador: P:JDLF YYLRS WNDMSM 2HPY



SEEU - Processo: 0014681-88.2019.8.14.0051 - Assinado digitalmente por FLAVIO OLIVEIRA LAUANDE - 149063
[40.1] CONCEDIDO O PEDIDO - Deferimento - Cômputo em dobro da pena cumprida em 19/10/2021

detenção ou reclusão, com vistas a evitar qualquer caso de tortura.”

Para o caso da Comarca de Santarém, mais uma reclamação MUITO FREQUENTE é o excesso por parteda administração prisional na aplicação de castigos aos apenados.

Neste mês de Agosto de 2021 houveram duas denúncias de utilização indevida de balas de borrachacom forma de punição de internos, conforme imagens abaixo, retiradas por este magistrado:

Tais queixas são recorrentes nesta Comarca. Outra queixa bastante comum é a utilização indevidae exagerada dos sprays de pimenta.

Não somos contra a ordem e a disciplina. Contudo, a utilização excessiva da força configura tortura, em ofensa à regra de Nelson Mandela número 43:

Regra 43

1. Em nenhuma circunstância devem as restrições ou sanções disciplinares implicar tortura, punições ou outra forma de tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. As seguintes práticas, em particular, devem ser proibidas:
 - (a) Confinamento solitário indefinido;
 - (b) Confinamento solitário prolongado;
 - (c) Detenção em cela escura ou constantemente iluminada;
 - (d) Castigos corporaisou redução da alimentação ou água potável do recluso;
 - (e) Castigos coletivos.
2. Os instrumentos de imobilização jamais devem ser utilizados como sanção por infrações disciplinares.
3. As sanções disciplinares ou medidas restritivas não devem incluir a proibição de contato com a família. O contato familiar só pode ser restringido durante um período limitado de tempo e enquanto for estritamente necessário para a manutenção da segurança e da ordem.

Embora tenhamos tomado medidas toda vez que surgem denúncias desse gênero, fato é que muitos dos apenados ainda possuem medo de denunciar as torturas e maus-tratos, com medo de represálias.

O fato de viverem confinados em espaço aquém do mínimo preconizado em lei (abaixo de 6m²), em celas superlotadas, muito acima da lotação prevista na LEP (acima de 2 internos), não separados por tipo (em ofensa ao artigo 84 da LEP), sem direito à duas horas mínimas de banho de sol (em ofensa ao determinado pelo STF no HC 172136), com alimentação muitas vezes estragada, e ainda por cima sofrendo castigos físicos indevidos e imoderados, configura tortura e tratamento desumano e degradante.

SEEU - Processo: 0014681-88.2019.8.14.0051 - Assinado digitalmente por FLAVIO OLIVEIRA LAUANDE - 149063
[40.1] CONCEDIDO O PEDIDO - Deferimento - Cômputo em dobro da pena cumprida em 19/10/2021

Penais desta Comarca.

Vejamos o caso do CRASHM:

Médico Clínico – 01 médico para 929

presos Odontólogo – 01 para 929 presos

Auxiliar de Consultório Dentário – 01 Aux 929 presos

Psicólogo – 01 para 929 presos

Terapeuta Ocupacional – 00 para 929 presos

Pedagogo - 01 para 929 presos

As condições supracitadas contribuem para a deterioração do estado de saúde dos apenados e dificultam o controle por parte da casa penal.

A superlotação, a falta de higiene e ventilação inadequada constituem uma séria ameaça à saúde dos detentos. Isso se deve principalmente ao aumento do risco de contágio de doenças infecciosas, como a tuberculose, aspecto este que também é reconhecido pelo próprio Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). Nesse contexto, a Comissão lembra que os órgãos do Sistema Interamericano afirmaram em várias ocasiões a obrigação dos Estados de fornecer serviços de saúde oportunos e adequados às pessoas sob sua custódia. Em particular, em relação à tuberculose, a fim de eliminar o risco de sua transmissão, é imperativa a implementação de medidas administrativas e ambientais apropriadas, de acordo com as disposições relacionadas ao assunto da Organização Mundial da Saúde (OMS) e da Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS).

Em particular, o Departamento Penitenciário Nacional estabeleceu que as condições físicas e a superpopulação favorecem a disseminação da tuberculose intramural. Além disso indicou que, sendo uma doença transmitida pelo ar, e que os recursos humanos ainda não são suficientes para controlar, diagnosticar e tratar precocemente os casos identificados.

Com a ausência de um corpo clínico adequado, o problema na saúde da casa penal se torna ainda mais sério, com potencial para uma possível condenação do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A superlotação e a falta de pessoal dificultam que as autoridades penitenciárias administrem adequadamente as prisões. Trata-se de mais um fator a contribuir com o Estado de Coisas Inconstitucional a degradante condição de cumprimento de pena nesta Comarca.

3.9. DOS ARGUMENTOS DEFENDIDOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Acerca da tese de improcedência suscitada pelo Ministério Público, faço 5 considerações:

1. Não há que se esperar uma condenação na corte interamericana para agirmos. Isso porque, o próprio STJ determina que os Juízes de execução penal ajam como juízes interamericanos.

Documento assinado digitalmente, conforme MP nº 2.200-2/2001, Lei nº 11.419/2006, resolução do Projudi, do TJPR/OE
Validação deste em <https://seeu.pje.jus.br/seeu/> - Identificador: P.JDLF YYLRS WNDMSM 2HPY



“8. Os juízes nacionais devem agir como juízes interamericanos e estabelecer o diálogo entre o direito interno e o direito internacional dos direitos humanos, até mesmo para diminuir violações e abreviar as demandas internacionais. É com tal espírito hermenêutico que se deduz que, na hipótese, a melhor interpretação a ser dada, é pela aplicação a Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 2018 a todo o período em que o recorrente cumpriu pena no IPPSC. STJ, RHC 136961.”

1. A presente decisão não viola o sistema de progressão, uma vez que não se está decidindo por progressões *per saltum*. O que de fato se está equacionando é justamente um sistema prisional que funciona ao arpejo da lei, promovendo-se a contagem ficta da pena de forma a tentar reduzir essa injustiça.
1. Não há que se falar em impossibilidade de aplicação dos precedentes vez que o próprio STJ o determina. Assevere-se que não se trata de aplicação direta do precedente, mas de constatação de existência de situação ANÁLOGA. Não é demais lembrar que essa aplicação foi determinada pelo próprio STJ. O Judiciário, de sua parte, não pode fechar os olhos para a realidade, em especial quando essa realidade se revela uma afronta direta às disposições constitucionais, legais e internacionais acerca das condições mínimas de dignidade aos apenados submetidos ao cárcere.

“7. As autoridades públicas, judiciárias inclusive, devem exercer o controle de convencionalidade, observando os efeitos das disposições do diploma internacional e adequando sua estrutura interna para garantir o cumprimento total de suas obrigações frente à comunidade internacional, uma vez que os países signatários são guardiões da tutela dos direitos humanos, devendo empregar a interpretação mais favorável ao ser humano. - Aliás, essa particular forma de parametrar a interpretação das normas jurídicas (internas ou internacionais) é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos, bem como tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I, II e III do art. 3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo da respectiva Carta Magna caracteriza como "fraterna" (HC n. 94163, Relator Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma do STF, julgado em 2/12/2008, DJe-200 DIVULG 22/10/2009 PUBLIC 23/10/2009 EMENT VOL-02379-04 PP-00851). O horizonte da fraternidade é, na verdade, o que mais se ajusta com a efetiva tutela dos direitos humanos fundamentais. A certeza de que o titular desses direitos é qualquer pessoa, deve sempre influenciar a interpretação das normas e a ação dos atores do Direito e do Sistema de Justiça. - Doutrina: BRITTO, Carlos Ayres. O Humanismo como categoria constitucional. Belo Horizonte: Forum, 2007; MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A Fraternidade como Categoria Jurídica: fundamentos e alcance (expressão do constitucionalismo fraternal). Curitiba: Appris, 2017; MACHADO, Clara. O Princípio Jurídico da Fraternidade. - um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017; PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Saraiva, 2017; VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de; Direito, Justiça e Fraternidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.” STJ, RHC 136961.



SEEU - Processo: 0014681-88.2019.8.14.0051 - Assinado digitalmente por FLAVIO OLIVEIRA LAUANDE - 149063
 [40.1] CONCEDIDO O PEDIDO - Deferimento - Cômputo em dobro da pena cumprida em 19/10/2021

1. A presente decisão não presume a indignidade de todas as Casas Penais do Brasil. Pelo contrário, deixei bem individualizado que a situação de indignidade foi constatada nas casas penais de Santarém, e não das outras unidades federativas.

Contudo, não é demais lembrar que o próprio STF, em sede de controle difuso, na ADPF 347, já reconheceu a situação de indignidade de todas as penitenciárias nacionais, em decisão *erga omnes* e de efeito vinculante. O Plenário reconheceu que no sistema prisional brasileiro realmente há uma violação generalizada de direitos fundamentais dos presos. As penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios acabam sendo penas cruéis e desumanas. Vale ressaltar que a responsabilidade por essa situação deve ser atribuída aos três Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), tanto da União como dos Estados-Membros e do Distrito Federal. A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa uma verdadeira "falha estrutural" que gera ofensa aos direitos dos presos, além da perpetuação e do agravamento da situação.

De acordo com o próprio STF, os cárceres brasileiros, **incluídas as Casas Penais desta Comarca**, além de não servirem à ressocialização dos presos, fomentam o aumento da criminalidade, pois transformam pequenos delinquentes em "monstros do crime". A prova da ineficiência do sistema como política de segurança pública está nas altas taxas de reincidência. E o reincidente passa a cometer crimes ainda mais graves.

1. Outrossim, depois de décadas de descumprimento, entendemos que o debate apenas postergará o sofrimento daqueles submetidos ao sistema penal ora em análise. A dignidade dos presos urge e o debate pode se dar de forma concomitante às ações tomadas pelo Judiciário em casos como este.

1. O fato de determinado crime ser considerado hediondo, ou mesmo a sua gravidade em abstrato, não faz diferença para fins de contagem em dobro do cumprimento de pena na medida em que o que se busca equacionar é a situação de indignidade no cumprimento.

Se as condições do cárcere se afastam do ideal, pouco importa a natureza do crime cometido, que já foi utilizada pelo legislador e pelo Juízo de Conhecimento para fins de fixação de pena e de fixação do *quantum* necessário à aquisição de benefícios prisionais.

Ora, o sonegador tem dignidade maior do que o homicida? O corrupto tem dignidade maior do que o ladrão? Para fins de aferição da dignidade ou não das condições do cárcere o tipo de crime praticado não produz qualquer diferença. Em consequência, despiendo afirmar que o tipo de crime interfere na formade aplicação da pena privativa de liberdade.

1. Em relação ao precedente invocado pelo MP, do TJPB, esse sim, **diferente do precedente do STF na ADPF 347, aqui invocado, NÃO TEM QUALQUER VALOR VINCULANTE.**

Aparentemente não houve uma leitura atenta da decisão do STJ no HC 136961. Observemos o que diz o Ministro do STJ, em seu voto vencedor, sobre a vinculação das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos:



SEEU - Processo: 0014681-88.2019.8.14.0051 - Assinado digitalmente por FLAVIO OLIVEIRA LAUANDE - 149063
[40.1] CONCEDIDO O PEDIDO - Deferimento - Cômputo em dobro da pena cumprida em 19/10/2021

“As sentenças emitidas pela Corte IDH, por sua vez, têm eficácia vinculante aos Estados que sejam partes processuais, não havendo meios de impugnação aptos a revisar a decisão exarada. Em caso de descumprimento da sentença, a Corte poderá submetê-la à análise da Assembleia Geral da Organização, com o fim de emitir recomendações para que as exigências sejam cumpridas e ocorra a consequente reparação dos danos e cessação das violações dos direitos humanos.

(...)

Portanto, a sentença da Corte IDH produz autoridade de coisa julgada internacional, com eficácia vinculante e direta às partes. **Todos os órgãos e poderes internos do país** encontram-se obrigados a cumprir a sentença. (grifo nosso).

E mesmo que a decisão em si não obrigue o Estado do Pará, como aduz o MP, certo é que o problema apresentado no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho se repete aqui nesta Comarca. O caos carcerário não é adstrito ao Rio de Janeiro, tanto que fora reconhecido pelo STF em decisão vinculante na ADPF 347.

Acrescento que não estou aplicando diretamente as decisões invocadas, mas utilizando-as como PRECEDENTES. Observado que o caso concreto se assemelha aos casos paradigma, semelhante deve ser a decisão, mantendo-se íntegra, coerente e coesa a interpretação do que vem a ser o Direito pelos Tribunais pátrios.

O que não se pode é ESCOLHER QUAL ACÓRDÃO LHE PARECE MAIS ADEQUADO, especialmente invocando precedente de Tribunal de Justiça para afastar decisão do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

Concluo, portanto, que não existe justificativa plausível para o descumprimento contínuo e reiterado dos dispositivos violados multicitados na presente decisão.

3.10. CONCLUSÃO SOBRE O CUMPRIMENTO DE PENA NESTA COMARCA.

Observados os parâmetros acima, falta de vagas, ausência de trabalho e estudo para todos os internos, os problemas específicos de estrutura, como falta de ventilação, calor excessivo, condições sanitárias e, em especial, a superlotação, não há outro caminho senão reconhecer que as condições de cumprimento de pena nesta Comarca, em todas as casas penais, CTMS, CRASHM e CRF, não estão compatíveis com o que determina a Lei de Execuções Penais e, em última análise, a própria Constituição, que proíbe penas cruéis e degradantes. Trata-se da mesma conclusão a que se chegou o Supremo Tribunal Federal na ADPF347, ao reconhecer o Estado de Coisas Inconstitucional.

Outrossim, o caso das casas penais desta Comarca encaixa-se perfeitamente com o precedente da Corte Interamericana de Direitos Humanos acerca do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho.



SEEU - Processo: 0014681-88.2019.8.14.0051 - Assinado digitalmente por FLAVIO OLIVEIRA LAUANDE - 149063
[40.1] CONCEDIDO O PEDIDO - Deferimento - Cômputo em dobro da pena cumprida em 19/10/2021

Nesse contexto, diversos dispositivos contendo normas nucleares do programa objeto de direitos fundamentais da Constituição Federal, são ofendidos: o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III); a proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante de seres humanos (artigo 5º, inciso III); a vedação da aplicação de penas cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e”); o dever estatal de viabilizar o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (artigo 5º, inciso XLVIII); a segurança dos presos à integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX); e os direitos à saúde, educação.

Uma das obrigações que o Estado deve inevitavelmente assumir como garante, a fim de proteger e garantir o direito à vida e à integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade, é proporcionar-lhes as condições mínimas compatíveis com sua dignidade enquanto permanecem nos centros de detenção.

O Estado deve assegurar que uma pessoa seja detida em condições compatíveis com o respeito de sua dignidade humana, que a forma e o modo de exercer a medida não a sujeite a angústias ou dificuldades que excedam o nível inevitável de sofrimento intrínseco à detenção, e que, dadas as exigências práticas do encarceramento, sua saúde e bem-estar sejam adequadamente assegurados, proporcionando, entre outras coisas, a assistência médica necessária.

As condições desumanas e degradantes de detenção a que forem expostos os reclusos têm necessariamente consequências sobre a sua saúde mental, com repercussões desfavoráveis no desenvolvimento mental das suas vidas e integridade pessoal.

Analisando o caso específico do apenado, verifico que, de acordo com informações da SEAP e juntadas no evento anterior no SEEU, esse cumpriu pena em local com ocupação acima da capacidade projetada, sem vaga de trabalho ou estudo, convolvendo-se em condição indigna de cumprimento de pena.

Reconhecida a deficiência de estrutura e a superlotação, passo a analisar a possibilidade de aplicação analógica da mesma solução apresentada pela Resolução da CIDH de 22 de novembro de 2018, em favor do apenado supracitado.

4. SOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL

Sobre o tema da contagem em dobro do cumprimento de pena, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça negou recurso do Ministério Público do Rio de Janeiro (MPRJ) e confirmou decisão monocrática do ministro Reynaldo Soares da Fonseca, que concedeu, em maio deste ano, habeas corpus para que seja contado em dobro todo o período em que um homem esteve preso no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, no Complexo Penitenciário de Bangu, localizado na Zona Oeste do Rio de Janeiro.



SEEU - Processo: 0014681-88.2019.8.14.0051 - Assinado digitalmente por FLAVIO OLIVEIRA LAUANDE - 149063
[40.1] CONCEDIDO O PEDIDO - Deferimento - Cômputo em dobro da pena cumprida em 19/10/2021

A unidade prisional objeto do recurso sofreu diversas inspeções realizadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), a partir de denúncia feita pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro sobre a situação degradante e desumana em que os presos se encontravam. Essas inspeções culminaram na edição da Resolução CIDH de 22 de novembro de 2018, que proibiu o ingresso de novos presos na unidade e determinou o cômputo em dobro de cada dia de privação de liberdade cumprido no local – salvo para os casos de crimes contra a vida ou a integridade física, e de crimes sexuais.

No caso das casas penais desta Comarca, coincidentemente, também existe liminar deferida nos autos de número 0006586-19.2008.814.0051, em que o Juízo da 6ª Vara Cível de Santarém reconhece a superlotação.

Ao julgar o caso na 5ª Turma, o relator lembrou que, a partir do Decreto 4.463/2002, o Brasil reconheceu a competência da CIDH em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), aprovada em 1969. **Sendo assim, as sentenças da CIDH são vinculantes para as partes processuais. "Todos os órgãos e poderes internos do país encontram-se obrigados a cumprir a sentença".**

Por princípio interpretativo das convenções sobre direitos humanos, é permitido ao Estado-parte ampliar a proteção conferida por elas. Assim, concluiu, as sentenças da CIDH devem ser interpretadas da maneira mais favorável possível para quem teve seus direitos violados.

Além disso, o relator ressaltou que as autoridades locais devem observar os efeitos das disposições da sentença internacional e adequar sua estrutura interna "para garantir o cumprimento total de suas obrigações frente à comunidade internacional", no intuito de diminuir violações e abreviar as demandas internacionais.

Durante o julgamento na 5ª Turma, os demais ministros do colegiado destacaram o caráter histórico da decisão. O ministro Ribeiro Dantas ressaltou "a importância e a profundidade do voto", e afirmou ter certeza de que se tornará um acórdão de referência no tratamento desses temas.

O ministro Joel Ilan Paciornik afirmou que, "numa hipótese onde se detecta flagrante violação a direitos humanos pelas condições degradantes e desumanas existentes em determinados estabelecimentos prisionais, a invocação do Princípio da Fraternidade é extremamente precedente".

Por fim, o ministro João Otávio de Noronha observou que o voto "consagra um princípio já agasalhado na Constituição Federal [o Princípio da Fraternidade], em que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte", afirmou.

Com a decisão unânime da 5ª Turma, o STJ fixou a contagem em dobro para todo o período.



SEEU - Processo: 0014681-88.2019.8.14.0051 - Assinado digitalmente por FLAVIO OLIVEIRA LAUANDE - 149063
 [40.1] CONCEDIDO O PEDIDO - Deferimento - Cômputo em dobro da pena cumprida em 19/10/2021

Vejamos o Acórdão do RHC 136.961:

AGRAVO REGIMENTAL. MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. LEGITIMIDADE. IPPSC (RIO DE JANEIRO). RESOLUÇÃO CORTE IDH 22/11/2018. PRESO EM CONDIÇÕES DEGRADANTES. CÔMPUTO EM DOBRO DO PERÍODO DE PRIVAÇÃO DE LIBERDADE. OBRIGAÇÃO DO ESTADO-PARTE. SENTENÇA DA CORTE. MEDIDA DE URGÊNCIA. EFICÁCIA TEMPORAL. EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS. PRINCÍPIO PRO PERSONAE. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO INDIVÍDUO, EM SEDE DE APLICAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM ÂMBITO INTERNACIONAL (PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE - DESDOBRAMENTO). SÚMULA 182 STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Legitimidade do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro para interposição do agravo regimental. "Não há sentido em se negar o reconhecimento do direito de atuação dos Ministérios Públicos estaduais e do Distrito Federal perante esta Corte, se a interpretação conferida pelo STF, a partir de tema que assume, consoante as palavras do Ministro Celso de Mello, 'indiscutível relevo jurídico-constitucional' (RCL-AGR n.7.358) aponta na direção oposta, após evolução jurisprudencial acerca do tema" (AgRg nos EREsp

n. 1.256.973/RS, Relatora Ministra LAURITA VAZ, Relator p/ acórdão Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, Terceira Seção, julgado em 27/8/2014, DJE 6/11/2014).

2. Hipótese concernente ao notório caso do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho no Rio de Janeiro (IPPSC), objeto de inúmeras Inspeções que culminaram com a Resolução da Corte IDH de 22/11/2018, que, ao reconhecer referido Instituto inadequado para a execução de penas, especialmente em razão de os presos se acharem em situação degradante e desumana, determinou que se computasse "em dobro cada dia de privação de liberdade cumprido no IPPSC, para todas as pessoas ali alojadas, que não sejam acusadas de crimes contra a vida ou a integridade física, ou de crimes sexuais, ou não tenham sido por eles condenadas, nos termos dos Considerandos 115 a 130 da presente Resolução".

3. Ao sujeitar-se à jurisdição da Corte IDH, o País alarga o rol de direitos das pessoas e o espaço de diálogo com a comunidade internacional. Com isso, a jurisdição brasileira, ao basear-se na cooperação internacional, pode ampliar a efetividade dos direitos humanos.

4. A sentença da Corte IDH produz autoridade de coisa julgada internacional, com eficácia vinculante e direta às partes. Todos os órgãos e poderes internos do país encontram-se obrigados a cumprir a sentença. Na hipótese, as instâncias inferiores aodiferirem os efeitos da decisão para o momento em que o Estado Brasileiro tomou ciência da decisão proferida pela Corte Interamericana, deixando com isso de computar parte do período em que o recorrente teria cumprido pena em situação considerada degradante, deixaram de dar cumprimento a tal mandamento, levando em conta que as sentenças da Corte possuem eficácia imediata para os Estados Partes e efeito meramente declaratório.

5. Não se mostra possível que a determinação de cômputo em dobro tenha seus efeitos modulados como se o recorrente tivesse cumprido parte da pena em condições aceitáveis até a notificação e a partir de então tal estado de fato tivesse se modificado.

Documento assinado digitalmente, conforme MP nº 2.200-2/2001, Lei nº 11.419/2006, resolução do Projudi, do TJPR/OE/Validação deste em <https://seeu.pje.jus.br/seeu/> - Identificador: PJDLF YYLRS WNDMSM 2HPYP



Em realidade, o substrato fático que deu origem ao reconhecimento da situação degradante já perdurara anteriormente, até para que pudesse ser objeto de reconhecimento, devendo, por tal razão, incidir sobre todo o período de cumprimento da pena.

6. Por princípio interpretativo das convenções sobre direitos humanos, o Estado-parte da CIDH pode ampliar a proteção dos direitos humanos, por meio do princípio pro personae, interpretando a sentença da Corte IDH da maneira mais favorável possível aquele que vê seus direitos violados.

7. **As autoridades públicas, judiciárias inclusive, devem exercer o controle de convencionalidade, observando os efeitos das disposições do diploma internacional e adequando sua estrutura interna para garantir o cumprimento total de suas obrigações frente à comunidade internacional, uma vez que os países signatários são guardiões da tutela dos direitos humanos, devendo empregar a interpretação mais favorável ao ser humano. - Aliás, essa particular forma de parametrar a interpretação das normas jurídicas (internas ou internacionais) é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos, bem como tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I, II e III do art. 3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo da respectiva Carta Magna caracteriza como "fraterna" (HC n. 94163, Relator Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma do STF, julgado em 2/12/2008, DJe-200 DIVULG 22/10/2009 PUBLIC 23/10/2009 EMENT VOL-02379-04 PP-00851).** O horizonte da fraternidade é, na verdade, o que mais se ajusta com a efetiva tutela dos direitos humanos fundamentais. A certeza de que o titular desses direitos é qualquer pessoa, deve sempre influenciar a interpretação das normas e a ação dos atores do Direito e do Sistema de Justiça. - Doutrina: BRITTO, Carlos Ayres. O Humanismo como categoria constitucional. Belo Horizonte: Forum, 2007; MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A Fraternidade como Categoria Jurídica: fundamentos e alcance (expressão do constitucionalismo fraternal). Curitiba: Appris, 2017; MACHADO, Clara. O Princípio Jurídico da Fraternidade. - um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017; PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Saraiva, 2017; VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de; Direito, Justiça e Fraternidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

8. **Os juízes nacionais devem agir como juízes interamericanos e estabelecer o diálogo entre o direito interno e o direito internacional dos direitos humanos, até mesmo para diminuir violações e abreviar as demandas internacionais. É com tal espírito hermenêutico que se dessume que, na hipótese, a melhor interpretação a ser dada, é pela aplicação a Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 2018 a todo o período em que o recorrente cumpriu pena no IPPSC.**

9. A alegação inovadora, trazida em sede de agravo regimental, no sentido de que a determinação exarada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio da Resolução de 22 de novembro de 2018 da CIDH, teria a natureza de medida cautelar provisória e que, ante tal circunstância, mencionada Resolução não poderia produzir efeitos retroativos, devendo produzir efeitos jurídicos ex nunc, não merece guarida. O caráter de urgência apontado pelo recorrente na medida provisória indicada não possui o condão de limitar os efeitos da obrigação decorrentes da Resolução de 22 de novembro de 2018 da CIDH para o futuro (ex nunc), mas sim de apontar para a necessidade de celeridade na adoção dos meios de seu cumprimento, tendo em vista, inclusive, a gravidade constatada nas peculiaridades



SEEU - Processo: 0014681-88.2019.8.14.0051 - Assinado digitalmente por FLAVIO OLIVEIRA LAUANDE - 149063
[40.1] CONCEDIDO O PEDIDO - Deferimento - Cômputo em dobro da pena cumprida em 19/10/2021

do caso.

10. Por fim, de se apontar óbice de cunho processual ao provimento do recurso de agravo interposto, consistente no fato de que o recorrente se limitou a indicar eventuais efeitos futuros da multimencionada Resolução de 22 de novembro de 2018 da CIDH fulcrado em sua natureza de medida de urgência, sem, contudo, atacar os fundamentos da decisão agravada, circunstância apta a atrair o óbice contido no Verbete Sumular 182 do STJ, verbis: "É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada."
11. Negativa de provimento ao agravo regimental interposto, mantendo, por consequência, a decisão que, dando provimento ao recurso ordinário em habeas corpus, determinou o cômputo em dobro de todo o período em que o paciente cumpriu pena no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, de 09 de julho de 2017 a 24 de maio de 2019.

AgRg no RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 136.961 - RJ (2020/0284469-3)

Logo, agindo como Juiz Interamericano e mesmo obedecendo aos preceitos estabelecidos pelo **STF naADPF 347**, não há como se olvidar do cumprimento da decisão e nem como modular seus efeitos.

Identificando-se que o cumprimento da pena privativa de liberdade se dá em locais superlotados, com péssima ventilação, sem oportunidade de trabalho e estudo para todos, por culpa do Estado, deve ser reconhecido o direito à contagem em dobro da pena privativa de liberdade, tal qual reconhecido no Acórdão paradigma.

A aprovação da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), também conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica, em 1969, trouxe aos Estados americanos, signatários do documento internacional, uma série de direitos e deveres envolvendo o tema.

A partir do Decreto 4.463, de novembro de 2002, o Brasil submeteu-se à jurisdição contenciosa da Corte IDH e passou a figurar no polo passivo de demandas internacionais, o que resultou em obrigações de ajustes internos para que suas normas pudessem se coadunar com a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Ao sujeitar-se à jurisdição da Corte IDH, o País amplia o rol de direitos das pessoas e o espaço de diálogo com a comunidade internacional. Com isso, a jurisdição brasileira, ao basear-se na cooperação internacional, pode alargar a efetividade dos direitos humanos.

As sentenças emitidas pela Corte IDH, por sua vez, têm eficácia vinculante aos Estados que sejam partes processuais, não havendo meios de impugnação aptos a revisar a decisão exarada. Em caso de descumprimento da sentença, a Corte poderá submetê-la à análise da Assembleia Geral da Organização, com o fim de emitir recomendações para que as exigências sejam cumpridas e ocorra a consequente reparação dos danos e cessação das violações dos direitos humanos.

A supervisão de cumprimento de sentença ocorre pela própria Corte, a qual pode requerer informações ao Estado-parte, quando consideradas pertinentes. Essa característica deriva do

Documento assinado digitalmente, conforme MP nº 2.200-2/2001, Lei nº 11.419/2006, resolução do Projudi, do TJPR/OE/Validação deste em <https://seu.pje.jus.br/seu/> - Identificador: PIDLF YYLRS WNDMSM 2HPPY



SEEU - Processo: 0014681-88.2019.8.14.0051 - Assinado digitalmente por FLAVIO OLIVEIRA LAUANDE - 149063
[40.1] CONCEDIDO O PEDIDO - Deferimento - Cômputo em dobro da pena cumprida em 19/10/2021

princípio internacional do pacta sunt servanda. Isto é, parte-se da premissa que os Estados têm de cumprir suas obrigações e deveres de boa-fé ao assumirem a responsabilidade diante da comunidade internacional. Tal princípio evita que os Estados se eximam das obrigações adimplidas, perante o Direito Internacional, em razão de seu direito interno, o qual deve se coadunar com as resoluções e documentos internacionais dos quais faça parte. A propósito, o artigo 26 da CADH afirma que os Estados-partes se comprometem a adotar, tanto no âmbito interno quanto no internacional, as providências necessárias para conseguir o desenvolvimento progressivo e a plena efetividade dos direitos constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, inclusive para prevenir a violação dos direitos humanos

Portanto, a sentença da Corte IDH produz **autoridade de coisa julgada internacional, com eficácia vinculante e direta às partes**. Todos os órgãos e poderes internos do país encontram-se obrigados a cumprir a sentença.

No mesmo diapasão, as autoridades públicas, judiciárias inclusive, devem exercer o controle de convencionalidade, observando os efeitos das disposições do diploma internacional e adequando sua estrutura interna para garantir o cumprimento total de suas obrigações frente à comunidade internacional, uma vez que os países signatários são guardiões da tutela dos direitos humanos, devendo empregar a interpretação mais favorável ao Ser Humano.

Logo, os juízes nacionais **devem** agir como juízes interamericanos e estabelecer o diálogo entre o direito interno e o direito internacional dos direitos humanos, até mesmo para diminuir violações e abreviar as demandas internacionais. **É com tal espírito hermenêutico que se deduz que, na hipótese, a melhor interpretação a ser dada é pela aplicação da mesma solução apresentada na Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 2018, qual seja, o cômputo em dobro da pena a todo o período em que o apenado supracitado cumpriu pena nas Casas Penais desta Comarca, em regime cuja ocupação superava a capacidade projetada, além das demais deficiências supracitadas.**

Aliás, essa particular forma de parametrar a interpretação das normas jurídicas (internas ou internacionais) é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos, bem como tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I, II e III do art. 3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo da respectiva Carta Magna caracteriza como "fraterna" (HC n. 94163, Relator Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma do STF, julgado em 2/12/2008, DJe-200 DIVULG 22/10/2009 PUBLIC 23/10/2009 EMENT VOL-02379-04 PP-00851).

O horizonte da fraternidade é, na verdade, o que mais se ajusta com a efetiva tutela dos direitos humanos fundamentais. A certeza de que o titular desses direitos é qualquer pessoa, deve sempre influenciar a interpretação das normas e a ação dos atores do Direito e do Sistema de Justiça (FONSECA, Reynaldo Soares da. O Princípio Constitucional da Fraternidade: seu resgate no Sistema de Justiça. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019).

III - SOLUÇÃO AO CASO CONCRETO

Documento assinado digitalmente, conforme MP nº 2.200-2/2001, Lei nº 11.419/2006, resolução do Projudi, do TJPR/OE
Validação deste em <https://seu.je.jus.br/seu/> - Identificador: PJDLF YYLRS WNDMSM 2HPY



SEEU - Processo: 0014681-88.2019.8.14.0051 - Assinado digitalmente por FLAVIO OLIVEIRA LAUANDE - 149063
[40.1] CONCEDIDO O PEDIDO - Deferimento - Cômputo em dobro da pena cumprida em 19/10/2021

Para evitar novas violações de Direitos Humanos, **enquanto o apenado cumprir pena em espaço acima de sua capacidade**, considerando-se tanto a lotação da unidade como a lotação do regime de cumprimento (semiaberto e fechado), bem como o número de vagas dentro da cela, **enquanto não lhe for disponibilizado trabalho e estudo para remissão**, enquanto houverem deficiências estruturais, em especial no tocante o conforto térmico, enfim, **enquanto o cumprimento da pena privativa de liberdade se der em descompasso com o que determina a Lei de Execuções Penais e com a Resolução 001/2009 do Conselho Penitenciário Nacional**, ser-lhe-á contado em dobro a pena cumprida nesta Comarca.

No caso do apenado, fato que foi atingido por todas as deficiências estruturais da casa penal, em especial o descumprimento da lei no que toca o tamanho e ocupação das celas.

As condições de cumprimento nesta comarca, diante da superlotação, são indignas, degradantes, autorizando a adoção de solução semelhante à apresentada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, como compensação ao descumprimento da LEP, da Constituição e das recomendações da CIDH.

Essa compensação servirá para evitar futuras condenações a nível internacional, conforme orientou Superior Tribunal de Justiça.

Pensar diferente seria omitir-me na proteção de Direitos Fundamentais dos apenados, ignorando a função a qual fui investido.

O Brasil já foi condenado uma vez ao cumprimento das Regras de Mandela, conforme Resolução acima. Contudo, sem que haja uma modificação relevante no tratamento de prisioneiros, estamos na iminência de novas condenações, caso denunciados à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Decisões como a presente tem duas finalidades precípuas: evitar que o Brasil seja condenado perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos e garantir a dignidade dos apenados. Não se pode jamais esquecer que a pena a qual foram submetidos foi a privação da liberdade e não da dignidade e demais direitos constitucionalmente assegurados.

O Poder Judiciário também não pode jamais esquecer suas finalidades precípuas: exercer a jurisdição e **garantir Direitos Fundamentais**.

Se de um lado temos regras para o sistema progressivo, por outro, também temos exigências legais quanto ao tamanho e ocupação das celas. Regras sobre salubridade. Regras sobre o número mínimo de agentes e do corpo de saúde.

Qual o motivo de se cumprir uma e não cumprir a outra? Temos uma resposta sociológica. É por não mais considerar os presos como cidadãos mas sim como pessoas perversas que merecem ser punidas rigorosamente. É por não compreender os apenados como cidadãos. É por entender a pena como castigo. É por considerá-los inferiores ou menos cidadãos. É por nos acharmos superiores. É por entender que existe diferença entre “nós e eles”.

Documento assinado digitalmente, conforme MP nº 2.200-2/2001, Lei nº 11.419/2006, resolução do Projudi, do TJPR/OE
Validação deste em <https://seeu.pje.jus.br/seeu/> - Identificador: P.JDLF-YLRS-WNDSM-2HPY



SEEU - Processo: 0014681-88.2019.8.14.0051 - Assinado digitalmente por FLAVIO OLIVEIRA LAUANDE - 149063
[40.1] CONCEDIDO O PEDIDO - Deferimento - Cômputo em dobro da pena cumprida em 19/10/2021

O fato de estarem cumprindo pena não lhes retira seus direitos fundamentais, conforme artigo 38 do Código Penal:

“Art. 38 - O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral.”

Ora, as referências teóricas aqui trazidas durante todo o corpo desta informação derivam da Constituição:

- a. Dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CRFB);
- b. Humanidade das penas (art. 5º, inciso III, da CRFB)
- c. Princípio da legalidade (art. 5º, inciso II, da CRFB);
- d. Individualização da Pena (art. 5º, inciso XLVI, da CRFB)
- e. Regras de cumprimento da Pena (art. 5º, inciso XLVIII, da CRFB)
- f. Direito dos presos à integridade física e psíquica (art. 5º, inciso XLIX, da CRFB)

Sobre a Humanidade das Penas, Nilo Batista (Obra “Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro”, página 65) afirma que em virtude do Princípio da Humanidade, a pena não pode desconhecer o réu enquanto pessoa humana nem tem a finalidade de impor sofrimento ao condenado.

Em proposição semelhante, Luis Regis Prado (Obra “Princípio da Execução Penal”, página 56) reconheça dignidade e a humanidade como princípios basilares estatais na execução das penas. A execução das penas pressupõe o cumprimento das disposições constitucionais e legais.

Comungamos com Michel Foucault (obra “Vigiar e Punir: nascimento da prisão”, página 13), que entende que a humanidade deve ser respeitada até mesmo ao pior dos assassinos. Ora, se a privação da liberdade foi a escolha constitucional e legal de nossa sociedade, por que aceitar penas que ultrapassem esse limite?

Sobre o Princípio da Legalidade, Nilo Batista (Obra “Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro”, página 65-84) destaca que esse não se limita a assegurar o prévio conhecimento dos crimes e das penas, mas igualmente que nenhum cidadão seja submetido à penas não previstas em lei. Ou seja, o princípio da legalidade abrange a pena em abstrato criada pelo legislador, a pena em concreto aplicada pelo juiz **e também a pena executada pela administração, sendo vedados regimes mais severos que os determinados em lei.**

Rogério Greco (Obra “Direitos Humanos, Sistema Prisional e Alternativas à Prisão”, página 38), sobre a aplicação da legalidade, afirma que, infelizmente, parece o Princípio da Legalidade só vale até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sendo sumariamente esquecido durante a execução das penas privativas de liberdade. De nada adianta o Estado obedecer ao princípio da Legalidade durante a apuração do fato criminoso, durante a inauguração do devido processo legal, mas, ao final desrespeitar os direitos durante a execução das penas.

Dentre esses direitos estão justamente os requisitos ambientais mínimos para o cumprimento das penas, conforme preconizado na Lei de Execuções Penais, que prevê cela individual de 6m², com aparelho sanitário e lavatório. Mesmo se formos considerar as habitações coletivas, prevê as Diretrizes Básicas de Arquitetura Penal, do Ministério da Justiça, cela com **no máximo 4** internos. Ainda assim, tal disposição é ilegal, por contrariar a lei de execuções penais, bem como



SEEU - Processo: 0014681-88.2019.8.14.0051 - Assinado digitalmente por FLAVIO OLIVEIRA LAUANDE - 149063
[40.1] CONCEDIDO O PEDIDO - Deferimento - Cômputo em dobro da pena cumprida em 19/10/2021

o regramento internacional do Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento de Delinquentes, que também estabelecem que as celas devem ser individuais, salvo necessidade temporária, em que poderão ser ocupadas por no máximo 2 internos.

Observo a existência de “DOIS ESTADOS”, um representado pelas suas leis e que demarca o compromisso com a execução humanitária das penas, pautando-se pela prevenção especial positiva e na noção de reintegração social. O outro Estado é aquele que emerge da prática executiva, que remete para um universo medieval, que não reconhece qualquer limite de dignidade ao submeter seus cidadãos à penas privativas de liberdade.

Na lição de Cesare Beccaria (Obra “Dos Delitos e das Penas”, página 69), pioneiro ao associar a dignidade da pessoa humana ao ordenamento jurídico penal, se pergunta se existe necessidade para que o castigo penal seja mais gravoso do que o que determina a lei. Segundo a lógica contratualista seguida por Beccaria, quando os homens se reuniram em sociedade, foi para só se sujeitarem aos mínimos males possíveis. Fica o questionamento se estamos cumprindo com nosso pacto social ao desrespeitar nossas próprias leis no que tange a execução da pena privativa de liberdade.

O respeito à legalidade não se trata de discussão nova nem invenção deste magistrado.

A Lei Maior estabelece o princípio da humanidade das penas. A lei de execuções penais define explicitamente nos artigos 82 a 95 as condições objetivas das unidades prisionais enquanto que nos artigos 40 a 43 fixa os direitos dos apenados.

Assim, vê-se com obviedade que o Estado deve punir aquele que agride a lei penal e, numa outra ponta, deve cumprir rigorosamente com as normas estabelecidas para o cumprimento das penas que ele impõe.

Ou seja, a legalidade tem dois vieses, um que determina a prisão (contra o cidadão) e outro que estabelece as normas do cárcere em proteção ao apenado. Tanto que a LEP estabelece em seu artigo 185 o incidente do excesso de execução.

Todavia, observa-se verdadeira autofagia sistêmica, nos dizeres do Desembargador Luis Gonzaga da Silva Moura, relator da Apelação 70022737506/RS, precedente que deu origem ao RE 641230 (eposteriormente à Súmula Vinculante nº 56). O que seria essa autofagia sistêmica? Com base na lei se condenam pessoas à pena de prisão (aplicação da lei para prejudicar o apenado) mas no momento em que se deve beneficiá-los (condições prisionais), NEGA-SE A LEGALIDADE, algo intolerável que beira a HIPOCRISIA.

Corroboro as palavras do Desembargador Relator: Todos, absolutamente todos, sabemos que o Estado é violador dos direitos da população carcerária. Todos, absolutamente todos sabemos das condições prisionais.

Alguns dirão que o Estado não tem condições econômicas de executar as penas de acordo com a lei. Entendemos que o problema não são as condições financeiras, mas sim boa-vontade dos administradores.

Outros colocarão em debate o rançoso confronto: direitos da sociedade e direitos dos condenados. No entanto, não estão jamais em conflito. Só se preservam os direitos do todo se se

Documento assinado digitalmente, conforme MP nº 2.200-2/2001, Lei nº 11.419/2006, resolução do Projudi, do TJPR/OE
Validação deste em <https://seeu.pje.jus.br/seeu/> - Identificador: PJDLF YYLRS WNDMSM 2HPY



SEEU - Processo: 0014681-88.2019.8.14.0051 - Assinado digitalmente por FLAVIO OLIVEIRA LAUANDE - 149063
[40.1] CONCEDIDO O PEDIDO - Deferimento - Cômputo em dobro da pena cumprida em 19/10/2021

preservarem os direitos do um. O TODO É COMPOSTO DA SOMA DE TODOS OS UM.

Nesse sentir, a sociedade responda pelas decisões dos administradores que elege. Nesse contexto, o Jui também é responsável pela vida prisional, ou seja, pelo cumprimento das penas de acordo com a lei. Não se pode atuar ao modo de PILATOS.

Aliás, RUI BARBOSA já ensinava: **“não há salvação para o juiz covarde”** (recomendamos a leitura do livro “O Justo e a Justiça Política”).

Garantir aos presos os direitos legalmente previstos é garantir os princípios da legalidade e da dignidade da pessoa humana. É garantir que as regras se aplicam a todos, encarceradas ou não. E se aplicam também a este magistrado que ora decide. É evitar futuras condenações em nível internacional. É buscar patamares mínimos de civilidade, abandonando a barbárie e honrando o Estado de Direito que queremos viver.

Me omitir significaria manter o status *quo* de descumprimento da lei, da Constituição, de Tratados Internacionais e, em última análise, desonrar o papel constituição que me fora atribuído.

Nesse diapasão, reconheço a situação degradante de cumprimento de pena, o que não é novidade, considerando a decisão do STF na ADPF 347, devendo ser aplicado às casas penais de Santarém, e especificamente ao apenado supramencionado, solução semelhante ao que fora decidido pela CIDH na Resolução de 22/11/2018, confirmada pelo STJ no RHC 136.961.

Temos consciência de que decisões como a presente causam inicial estranheza. Em se tratando de apenados, o caminho mais fácil é o populista, tratando-os como monstros ou párias irrecuperáveis, como não merecedores de proteção jurídica e das garantias previstas em nosso ordenamento.

Entrementes, o caminho fácil não é o caminho correto a ser seguido por aqueles que honram a Justiça e o Direito.

Entendemos que a Justiça sofrerá ataques e críticas, muitas vezes de cunho pessoal, decorrente da conduta consentânea com a Constituição com a qual buscamos nos pautar, contudo, por mais que eventualmente tentem oprimir e subjugar em busca da manutenção do *status quo*, a Justiça deve ser TÉCNICA, tendo por base o DIREITO e a JUSTIÇA como valores supremos da sociedade que buscamos construir, JAMAIS O ODIOSO SENSO COMUM. A Justiça não deve retroagir, deve se pautar de forma firme na defesa de Direitos Fundamentais, de quem quer que seja.

É como Juiz da Vara de Execuções Penais, responsável pela fiscalização das penas nesta Comarca de Santarém, que decido.

É como Juiz Interamericano que decido.

É com base na Constituição que decido.

É com base na Resolução da CIDH de 22/11/2018 que decido.

Documento assinado digitalmente, conforme MP nº 2.200-2/2001, Lei nº 11.419/2006, resolução do Projudi, do TJPR/OE
Validação deste em <https://seeu.jus.br/seeu/> - Identificador: P.JDLF YYLRS WNDISM 2HPPY



SEEU - Processo: 0014681-88.2019.8.14.0051 - Assinado digitalmente por FLAVIO OLIVEIRA LAUANDE - 149063
[40.1] CONCEDIDO O PEDIDO - Deferimento - Cômputo em dobro da pena cumprida em 19/10/2021

É com base no precedente do STJ, no AgRg no RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 136.961 - RJ (2020/0284469-3) que decido.

IV – DO DISPOSITIVO

Ante o exposto, atendendo aos critérios acima preconizados:

a) Diante da superlotação, as condições estruturais deficitárias, em especial de iluminação e ventilação, da ausência de vagas para trabalho e estudo para todos, a ausência de banho de sol e visitas íntimas, do descumprimento da Resolução 001/2009 do Conselho Penitenciário (ausência de agentes e corpo clínico em número adequado), RECONHEÇO a situação degradante de cumprimento de pena nas Casas Penais desta Comarca de Santarém, consoante precedentes do STF(ADPF 347), STJ (RHC 136961) e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Resolução CIDH de 22/11/2018);

b) Diante do reconhecimento da situação degradante de cumprimento de pena, deve ser aplicada solução semelhante à apresentada nos precedentes do STF (ADPF 347), STJ (RHC 136961) e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Resolução CIDH de 22/11/2018).

c) Diante das conclusões dos itens “a” e “b”, DETERMINO O CÔMPUTO EM DOBRO do tempo de pena cumprida pelo penitente supracitado, ou seja, de 926 dias de pena, período cumprido nas Casas Penais de Santarém, cuja situação degradante fora reconhecida, situação análoga à constatada pela CIDH.

d) Registre-se como "remissão", explicitando-se o período de prisão ora "dobrado" (de 926 dias de pena);

e) Enquanto perdurarem as irregularidades constantes no item “a”, em especial a situação de superlotação e descumprimento dos preceitos legislativos, jurisprudenciais nacionais e internacionais (tamanho da cela, lotação projetada, número mínimo de agentes e corpo clínico, e trabalho e estudo disponível a todos os apenados) deve permanecer a contagem em dobro no cumprimento da pena.

V – DISPOSIÇÕES FINAIS

a) Após computada a remissão, atualize-se o cálculo do atestado de pena, vindo conclusos caso constatado que o apenado adquiriu direito a benefícios prisionais.

b) Havendo prazo para progressão ou liberdade condicional, determino desde logo a juntada da certidão carcerária atualizada;

c) Caso alguma das partes apresente Recurso de Agravo em Execução contra a presente decisão, intime-se a parte adversa para contrarrazões e venham os autos conclusos.

Documento assinado digitalmente, conforme MP nº 2.200-2/2001, Lei nº 11.419/2006, resolução do Projudi, do TJPR/OE
Validação deste em <https://seeu.pje.jus.br/seeu/> - Identificador: P.IDLF.YYLR.S.WNDSM.2HPY



SEEU - Processo: 0014681-88.2019.8.14.0051 - Assinado digitalmente por FLAVIO OLIVEIRA LAUANDE - 149063
[40.1] CONCEDIDO O PEDIDO - Deferimento - Cômputo em dobro da pena cumprida em 19/10/2021

d) Intimem-se. Cumpra-se.

Santarém, 19 de outubro de 2021.

Flávio Oliveira Lauande

Juiz de Direito



SEEU - Processo: 0014681-88.2019.8.14.0051 - Assinado digitalmente por FLAVIO OLIVEIRA LAUANDE -
149063[40.1] CONCEDIDO O PEDIDO - Deferimento - Cômputo em dobro da pena cumprida em 19/10/2021

Documento assinado digitalmente, conforme MP nº 2.200-2/2001, Lei nº 11.419/2006, resolução do Projudi, do TJPR/OE
Validação deste em <https://seeu.pje.jus.br/seeu/> - Identificador: PJDLF YYLRS WNDMSM 2HPPY





CATEGORIA 3

Direito das Mulheres

Decisão premiada

Processo nº 5014547-70.2020.4.03.6100
Tribunal Regional Federal da 3ª Região
Juíza Federal Ana Lucia Petri Betto

Menção honrosa

Processo nº 1005413-82.2018.4.01.3200
Tribunal Regional Federal da 1ª Região
Juíza Federal Substituta Raffaella Cassia de Sousa



Confira a íntegra das decisões finalistas da categoria



Justiça Federal da 3ª Região
PJe - Processo Judicial Eletrônico

25/04/2022

Número: **5014547-70.2020.4.03.6100**

Classe: **AÇÃO CIVIL PÚBLICA CÍVEL**

Órgão julgador: **6ª Vara Cível Federal de São Paulo**

Última distribuição : **05/08/2020**

Valor da causa: **R\$ 20.000.000,00**

Assuntos: **Indenização por Dano Moral**

Segredo de justiça? **NÃO**

Justiça gratuita? **NÃO**

Pedido de liminar ou antecipação de tutela? **SIM**

Partes		Procurador/Terceiro vinculado	
MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP (AUTOR)			
UNIÃO FEDERAL (REU)			
Documentos			
Id.	Data da Assinatura	Documento	Tipo
55291322	23/06/2021 18:19	Sentença	Sentença

AÇÃO CIVIL PÚBLICA CÍVEL (65) Nº 5014547-70.2020.4.03.6100 / 6ª Vara Cível Federal de São Paulo

AUTOR: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP

RÉU: UNIÃO FEDERAL

SENTENÇA

Vistos.

Trata-se de ação civil pública promovida pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL** contra a **UNIÃO FEDERAL**, objetivando a condenação da Ré ao pagamento de danos morais extrapatrimoniais coletivos em valor não inferior a R\$ 5.000.000,00, bem como a antecipação da tutela provisória de evidência, no momento da prolação da sentença, para que a Ré destine valor não inferior a R\$ 10.000.000,00 para a adoção de medidas operacionais e administrativas cabíveis para a imediata realização de campanhas publicitárias (digital, radiodifusão, mídia *indoor* e mídia escrita), com duração mínima de um ano, a serem selecionadas e aprovadas pelo Comitê previsto no ar. 17 da Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher ou entidade indicada pelo Comitê, ou ainda pela Procuradoria da Mulher da Câmara dos Deputados (arts. 20-A, 20-B e 20-D do Regimento Interno), ou por entidades dedicadas ao tema, com os objetivos de **(i)** divulgação, com base em estudos e pesquisas de órgãos especializados (Fórum Brasileiro de Segurança Pública, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, dentre outros), para conscientização social da atual situação de violência e assédios moral, físico e sexual e de desigualdade em relação às mulheres, nos vários segmentos sociais, v. g., turismo sexual, tráfico de pessoas, acesso à renda, emprego, salários e remunerações, cargos políticos e de direção (cúpula) nos setores público e privados; **(ii)** divulgação dos direitos das vítimas mulheres de violência a serem atendidas por profissionais de segurança pública, de saúde e de unidades públicas de referência de assistência social, que tenham formação e capacitação em escuta ativa e atendimento humanizado sobre violência de gênero, notadamente quanto aos direitos previstos na Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) e na Lei que prevê o atendimento no SUS das vítimas de violência sexual (Lei 12.845/2013); **(iii)** divulgação de outras políticas públicas que estão sendo efetivamente implementadas para alcançar a igualdade de gênero, de acordo com o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS5), tanto para acabar com todas as formas de discriminação contra todas as mulheres e meninas e também para eliminar todas as formas de violência contra todas as mulheres e meninas das esferas públicas e privadas); bem como para que seja destacado e bloqueado do Orçamento da União o valor de R\$ 10.000.000,00 como garantia mínima para a implementação das medidas requeridas.

Narra que as mensagens, discursos e pronunciamentos de agentes públicos da Ré com caráter discriminatório e preconceituoso em relação às mulheres, têm causado consequências negativas sobre a sociedade brasileira e danos morais de dimensão transindividual, potencializados pela rapidez da repercussão de tais mensagens por meio das redes sociais

digitais.

Enumera declarações públicas atribuídas a agentes públicos do Poder Executivo – entre os quais, o Senhor Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, em 08.03.2019, 25.04.2019, 06.07.2019, 20.07.2019, 29.10.2019, 09.10.2020, 18.02.2020 e 04.06.2020, entre outras ocasiões; a Senhora Ministra da Mulher, Família e Direitos Humanos, Damarens Regina Alves, na data de 16.04.2019 e 24.07.2019; o Senhor Ministro da Economia, Paulo Roberto Nunes Guedes, em 05.09.2019; o ex-Ministro das Relações Exteriores, Senhor Ernesto Araújo, em 10.06.2019 e 07.08.2019; e o Senhor Deputado Federal, Eduardo Bolsonaro, em 14.07.2017 – que constituem abuso da liberdade de expressão no desempenho do poder estatal e afronta aos deveres basilares no desempenho das atribuições de seus cargos.

Alega que os discursos proferidos pelos agentes da Ré veiculam estereótipos que reforçam abusivamente a discriminação e o preconceito, estigmatizando as mulheres, impactando negativamente a missão constitucional de modificação dos quadros de desigualdade social, promoção da cidadania e da dignidade humana e violando o postulado da moralidade administrativa, previsto na forma dos arts. 37 da Constituição Federal e 116, IX da Lei nº 8.112/1990.

Sustenta que a inobservância dos parâmetros, princípios e valores na comunicação social dos agentes da Ré gera danos morais coletivos de natureza *in re ipsa*, denunciando omissão no desenvolvimento de implementação das políticas públicas necessárias à consecução da igualdade de gênero, sobretudo diante do contexto de defasagem entre os avanços normativos e as práticas sociais efetivadas, que evidencia a persistência do padrão discriminatório em relação às cidadãs.

Aduz, em síntese, a responsabilidade da Ré pela conduta de seus agentes e o dever de reparação dos prejuízos por meio da destinação de recursos orçamentários adicionais à publicidade e propaganda oficial compatível com a defesa das garantias constitucionais.

Pugna pelo bloqueio imediato de verbas do Orçamento da União como forma de garantia de implementação das obrigações de fazer pretendidas.

Atribui à causa o valor de R\$ 20.000.000,00.

Recebidos os autos, foi proferida a decisão de ID nº 36553230, intimando a **UNIÃO FEDERAL** para manifestação sobre o pedido formulado em caráter liminar, nos termos do art. 2º da Lei nº 8.437/92.

Ao ID nº 37004139, foi certificada a apresentação de duas mídias eletrônicas com vídeos pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**, bem como a existência de erro na reprodução de alguns arquivos.

Ao ID nº 37006335, o **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL** noticiou a apresentação dos arquivos em mídia física.

Ao ID nº 37007304, a **UNIÃO FEDERAL** foi intimada para a retirada das mídias físicas em Secretaria.

Ao ID nº 37324377, a **UNIÃO FEDERAL** apresentou manifestação prévia, aduzindo, preliminarmente **(i)** sua ilegitimidade passiva, tendo em vista que as declarações combatidas consistiram em manifestações pessoais das autoridades públicas, não representando ato executivo estatal; e **(ii)** a inépcia da petição inicial, seja porque os fatos contidos na narrativa inicial teriam sido tirados de seu contexto originário, sem individualização e efetiva comprovação de ocorrência do dano coletivo alegado, seja pela ausencialógica entre os fatos e os pedidos veiculados; e **(iii)** a ausência de interesse de agir do Autor, face à adoção de medidas pela União no combate à violência, ao preconceito e à discriminação contra as mulheres nos últimos anos. Quanto ao mérito, aduziu a ausência do preenchimento dos requisitos para a concessão da tutela antecipada e a possibilidade de deflagração de dano inverso no caso de deferimento do bloqueio do orçamento federal, inclusive culminando na possível quebra da estrutura do Projeto de Lei Orçamentária Anual para o ano de 2021.

Ao ID nº 37563832, foi certificada a entrega das mídias digitais arquivadas em Secretaria a emissário a serviço da **UNIÃO FEDERAL**. Posteriormente, ao ID nº 37899682, a Ré deu-se por cientificada em relação ao conteúdo das mídias.

Sobreveio a decisão de ID nº 37597401, reservando a apreciação dos pedidos formulado a título de tutela de evidência por ocasião da prolação da sentença e determinando a citação da Ré.

Citada, a **UNIÃO FEDERAL** apresentou a contestação de ID nº 40540153, reiterando parcialmente as razões da manifestação de ID nº 37324377, notadamente com relação à inépcia da petição inicial, sua ilegitimidade passiva, a impossibilidade jurídica do pedido e a ausência de interesse processual da Autora. Quanto ao mérito, aduziu **(i)** a ausência de nexo de causalidade entre a atuação estatal e o dano invocado, posto que a narrativa se ampara em atos pessoais que não poderiam ser imputados à Fazenda Pública; **(ii)** a ausência de dano injusto, face ao direito constitucional de liberdade de expressão; e **(iii)** a aplicação do entendimento firmado pelo E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 632.115-CE, na sistemática da repercussão geral, no que disse respeito à ausência de responsabilidade civil do Estado por manifestações políticas e pessoais das autoridades que integram seus quadros. Pugnou, assim, pela extinção da demanda ou sua improcedência.

Intimado (ID nº 41050662), **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL** apresentou réplica ao ID 42342516, requerendo o afastamento das preliminares de inépcia, ilegitimidade passiva, impossibilidade jurídica do pedido e ausência do interesse processual e aduzindo a configuração do nexo causal, do dano à coletividade e a ausência de divergências entre o tema em debate o objeto analisado pelo E. STJ em julgamento do RE nº 632.115-CE. Requereu, por fim, o julgamento da ação com base na prova documental já produzida.

Ao ID nº 45627893, a **UNIÃO FEDERAL** informou não ter interesse na dilação probatória.

A decisão de ID nº 47013563 rejeitou as preliminares arguidas pela Ré em sede de contestação e a intimou para manifestar-se sobre os documentos apresentados pelo Autor por ocasião da réplica.

Ao ID nº 48932160, a **UNIÃO FEDERAL** manifestou-se sobre os documentos novos e reiterou os termos da contestação.

Vieram os autos à conclusão.

É o relatório. Passo a decidir.

Preliminares e questões prejudiciais afastadas, nos termos da r. decisão de ID nº 47013563.

Presentes as condições de ação e preenchidos os pressupostos processuais, passo à análise do mérito.

A controvérsia dos autos diz respeito à configuração de danos morais coletivos em decorrência das declarações atribuídas aos agentes políticos da Ré e sua omissão no cumprimento do dever institucional de promoção da igualdade de gênero.

1] Do dever de reparação:

1.1] Das hipóteses de configuração do dano moral coletivo:

A Constituição Federal assegura aos cidadãos, na forma do art. 5º, inciso V, o direito de resposta (proporcional ao agravo) e de indenização em decorrência de danos morais experimentados, tomando por invioláveis, em seu inciso X, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas.

Nesta esteira, o Código de Defesa do Consumidor consagrou no ordenamento jurídico o direito de reparação de danos patrimoniais, morais, individuais, coletivos e difusos, nos termos de seu art. 6º, inciso IV, bem como o acesso à Justiça para o exercício do direito de reparação (idem, inciso VII).

Com a edição do Código Civil novel, que entrou em vigor a partir de 2003, o direito de reparação civil passou a ser vinculado à extensão do dano, na forma prevista pelo art. 944.

Repise-se que a ação civil pública admite a tutela dos danos morais, conforme depreende-se da leitura do artigo 1º da Lei 7.347/85, “in verbis”:

Art. 1º - Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

(...) **IV** - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

(...) **VII** - à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos. (...).

Por sua vez, destaque-se que o dano moral coletivo pertence a categoria específica de dano, cuja configuração não se restringe aos requisitos tradicionais da reparação do dano moral individual, vinculando-se, em verdade, “(...) à violação injusta, e intolerável de valores fundamentais titularizados pela coletividade (grupos, classes ou categorias de pessoas (...)) (detendo a) função de: a) proporcionar uma reparação indireta à lesão de um direito extrapatrimonial da coletividade; b) sancionar o ofensor; e c) inibir condutas ofensivas a esses direitos transindividuais” (cf. STJ, REsp nº 1.643.365-RS, Rel.^a Min.^a Nancy Andrichi, 3ª Turma, j. 05.06.2018, DJ 07.06.2018).

Trata-se, pois, de instituto consolidado pelo ordenamento jurídico e que aborda formas de lesão a bens imateriais de grupos determinados ou indeterminados (...) “por afronta a valores ético-jurídicos primordiais da sociedade, entre os quais se incluem a dignidade humana, paz e tranquilidade sociais, tratamento isonômico, respeito à diversidade, boa-fé nas relações jurídicas, proibidade administrativa e cuidado com o patrimônio público, integridade do processo eleitoral, conservação das bases ecológicas da vida, verdade na produção e veiculação de informações” (cf. STJ, REsp nº 1.828.620-RO, 2ª Turma, j. 03.12.2019, DJ 05.10.2020).

Com efeito, para a caracterização do dano moral coletivo, é necessário verificar se a conduta gerou prejuízo à imagem e à moral dos indivíduos, coletivamente considerados, como uma realidade massificada, sendo, contudo, prescindível a prova da dor, do sentimento, ou do abalo psicológico.

Isso porque, em razão do fato transpor aos atributos individuais da pessoa humana, inserindo-se no contexto dos valores fundamentais da sociedade, o dano moral coletivo dispensa a comprovação do dano concreto e do efetivo abalo moral, assumindo verdadeira natureza “*in re ipsa*”.

Confira-se, a esse respeito, o entendimento do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

CONSTITUCIONAL. CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANOS MORAIS COLETIVOS. OFENSAS À DIGNIDADE DOS INDÍGENAS MEDIANTE PUBLICAÇÃO ESCRITA. GRAVIDADE. RECURSO MINISTERIAL PARA

**MAJORAÇÃO DO "QUANTUM". ACOLHIMENTO.
APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.**

1. A matéria devolvida para apreciação cinge-se à insurgência do MPF em relação ao quantum fixado pela sentença a título de danos morais coletivos (R\$ 2.000,00), nesta ação civil pública pela qual se aponta ofensa, pelo réu, à dignidade da comunidade indígena.

2. O dano moral coletivo é aferível *in re ipsa*, ou seja, sua configuração decorre da mera constatação da prática de conduta ilícita que, de maneira injusta e intolerável, viole direitos de conteúdo extrapatrimonial da coletividade, revelando-se despcienda a demonstração de prejuízos concretos ou de efetivo abalo moral. Jurisprudência.

3. A Constituição da República, a "Convenção Internacional sobre eliminação de todas as formas de discriminação" e a Lei 6.001/73 conferem específica proteção à comunidade indígena, para preservação dos respectivos direitos, sendo reconhecidos aos índios, entre o mais, sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, direitos originários, bem como a garantia do pleno exercício dos direitos civis e políticos que em face da legislação lhes couberem.

4. Incontroverso nos autos que o réu escreveu e fez publicar no periódico "O Progresso", veiculado nos dias 27 e 28 de dezembro de 2008, artigo de opinião intitulado "Índios e o retrocesso", pelo qual deferiu violentas ofensas à dignidade da comunidade indígena, descrevendo-os, em sua generalidade, como "bugrada", "vândalos", "assaltantes", "ladrões", "malandros e vadios" e "civilização indígena que não deu certo e em detrimento disso foi conquistada pela inteligência cultural dos brancos".

(...) 6. Apelação ministerial parcialmente provida, para que majorado o danomoral coletivo ao valor de R\$ 5.000,00.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2262981 -0004327-87.2009.4.03.6002, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI, julgado em 13/12/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/01/2019) g. n.

No caso dos autos, o Autor atribui a agentes políticos da Ré a deflagração de prejuízo aos interesses da população feminina, em razão do conteúdo depreciativo e preconceituoso de suas declarações, da violação a princípios e deveres constitucionais relegados em prol de determinada visão política e da omissão na promoção da igualdade de gênero.

1.2] Da responsabilidade dos agentes políticos da Ré:

No que tange especificamente à responsabilidade por danos causados pelos agentes da Administração Pública, assim estabelece a Constituição Federal, na forma de seu art. 37, §6º:

Art. 37. 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 e, também, ao seguinte:

(...) § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Convém, consignar que o Tribunal Pleno do E. Supremo Tribunal Federal, debruçado sobre a hermenêutica aplicável ao art. 37, § 6º da Constituição Federal, procedeu ao julgamento do RE nº 1.027.633-SP, submetido à sistemática da repercussão geral (Tema nº 940), ocasião em que houve por bem reafirmar o entendimento de que as pessoas jurídicas de direito público (e as de direito privado, quando prestadoras de serviços públicos) responderão de forma primária pelos danos causados por seus agentes a particulares, ressalvado o futuro direito de regresso.

Firmou-se, assim, a tese seguinte: *“a teor do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, a ação por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima para a ação o autor do ato, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”*.

Cumprir destacar que a presente demanda diz respeito à conduta de agentes políticos a serviço da União Federal, assim descritos na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Agentes políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, os ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. Daí que se constituem nos formadores da vontade superior do Estado. São agentes políticos apenas o Presidente da República, os Governadores, Prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos dos Chefes de Executivo, isto é, Ministros e Secretários das diversas Pastas, bem como Senadores, Deputados federais e estaduais e os Vereadores.”

[1] g. n.

Dessarte, restou confirmada, por ocasião do saneamento, a legitimidade da Ré para responder pelos atos imputados pelo Ministério Público Federal a seus agentes.

Também por ocasião do saneamento, foi consignado que as declarações atribuídas a tais agentes, ocupantes de cargos de elevada hierarquia do Poder Executivo e do Poder Legislativo, não podem ser reduzidas ao patamar de meras opiniões pessoais ou “expressão da individualidade” dos emissores.

Frise-se que não se trata de declarações voltadas a públicos específicos, quicá suas bases eleitorais ou de militância política, em que pese a metodologia costumeiramente adotada pelos agentes mencionados pelo *Parquet* Federal em suas manifestações políticas.

Por seu turno, também não há como se enquadrar as declarações dos agentes da Ré no âmbito restrito do desempenho das funções *intracorporis*, porque não serviram a motivar ou justificar decisões ou atos praticados no exercício das funções públicas em que se encontram empossados.

Trata-se de limiar tênue, porém, bem definido.

A liberdade de expressão constituiu um direito fundamental, insculpido no art. 5º, IX, da Constituição Federal de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

Entretanto, não se pode atribuir primazia absoluta à liberdade de expressão, em especial num cenário de uma sociedade pluralista, como é a brasileira (art. 3º I, IV e 4º, VIII e art. 5º, XLI, todos da CF/88).

Por tal razão, o próprio texto constitucional já prevê alguns limites a essa liberdade, a exemplo da vedação ao anonimato, do direito de resposta, da proteção à imagem, à honra, à intimidade e à privacidade.

Nota-se, pois, que o arcabouço principiológico de nosso sistema constitucional não admite, no núcleo essencial do direito à liberdade de expressão, manifestações de intolerância e de incitação à discriminação e ao ódio, sob pena de desvirtuamento dos objetivos e princípios fundamentais da República.

Ademais, como cediço, a comunicação é composta por diversos elementos simultâneos e de igual importância, sendo precária qualquer análise voltada exclusivamente à função ou à intenção do **emissor** na veiculação da **mensagem**, como tenta fazer crer a Ré em suas alegações de defesa.

Para que se averigue a integridade da comunicação desenvolvida, é necessário aferir o impacto sobre os **interlocutores**, os **códigos** utilizados, o **canal** escolhido e o **contexto** em que se inseriu.

A rigor, aliás, tem-se que a comunicação desenvolvida por agentes e servidores públicos possui maior ênfase no impacto da mensagem sobre os receptores, visando não apenas o aperfeiçoamento do processo comunicativo, como também sua eficiência e o resguardo da imagem institucional.

É certo que o desempenho de funções públicas de viés eminentemente político envolve, por vezes, códigos específicos, notadamente no contexto da prestação de contas aos eleitores e ao público em geral.

Todavia, deve-se destacar que nem mesmo o contexto em alusão atribui ao agente político grau de imunidade absoluta.

O E. Supremo Tribunal Federal houve por bem afetar à sistemática da repercussão geral a questão relativa à liberdade de expressão dos agentes políticos na defesa de suas gestões no âmbito do julgamento do RE nº 685.493-SP (Tema nº 652), concluindo, em 14.08.2020, pela **prevalência do interesse da sociedade**. Confira-se a ementa do julgado:

LIBERDADE DE EXPRESSÃO – AGENTE POLÍTICO – HONRA DE TERCEIRO.

Ante conflito entre a liberdade de expressão de agente político, na defesa da coisa pública, e honra de terceiro, há de prevalecer o interesse coletivo, da sociedade, não cabendo potencializar o individual.

(RE 685493, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 22/05/2020, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-204 DIVULG 14-08-2020 PUBLIC 17-08-2020)

Extraem-se do voto condutor, de autoria do Ministro Marco Aurélio Mello, as ponderações destacadas a seguir, por que pertinentes à questão retratada nestes autos:

“(...) É plausível, no contexto da Carta de 1988, reconhecer aos servidores públicos um campo de imunidade relativa, vinculada ao direito à liberdade de expressão, quando se pronunciam sobre fatos relacionados ao exercício da função pública. Essa liberdade é tanto maior quanto mais elásticas forem as atribuições políticas do cargo que exercem.

*A proteção desse espaço, que não pode ser qualificado como **imunidade absoluta**, relaciona-se à importância, para a coletividade, de esses servidores exprimirem a própria visão e conhecimento sobre a condução dos negócios públicos.*

A imunidade relativa dos agentes políticos está circunscrita aos casos em que puder ser reconduzida, ainda que de modo tênue, ao exercício da função pública. Naturalmente, não de ser excluídos os casos de dolo manifesto, ou seja, o deliberado intento de prejudicar outrem. No mais, as afirmações equivocadas, quando assim

provadas, são inevitáveis em um debate livre e também devem ser protegidas para que a liberdade de expressão tenha vez na ordem constitucional brasileira.” g. n.

Assim, cotejando-se os entendimentos firmados pela Corte Superior, verifica-se a possibilidade de responsabilização do agente político, por intermédio da pessoa de direito público competente, quando for possível aduzir, a partir de seus pronunciamentos, a violação aos interesses da coletividade.

1.3] Potencial danoso dos discursos dos agentes da Ré:

No caso dos autos, a simples reprodução das falas elencadas pelo Autor em sua narrativa evidencia o conteúdo esdrúxulo e transgressor das declarações atribuídas aos agentes da Ré.

Convém destacar que os discursos foram veiculados em canais diversos, tais como eventos sociais, entrevistas a jornalistas, audiências públicas e transmissões em redes sociais digitais.

Colham-se, a título de exemplo, algumas das falas atribuídas pelo *Parquet* Federal ao Senhor Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro:

Declaração a jornalistas em 25.04.2019: *“O Brasil não poder ser o paraíso do turismo gay. Quem quiser vir aqui fazer sexo com uma mulher, fique à vontade. Agora, não pode ficar conhecido como paraíso do mundo gay aqui dentro.”* (ID nº36497734, pág. 05).

Declaração a jornalistas em 06.07.2019: *“Daí eu convidei (...) pra voar aqui e na Europa. Se tiver um hectare de floresta (devastada), vocês têm razão. Essa é a grande realidade. O Brasil é uma virgem que todo tarado de fora quer. Desculpem aqui as mulheres aqui tá?”* (ID nº 37006335, pág. 02).

Pronunciamento público em frente ao Palácio da Alvorada em 18.02.2020: *“O depoimento do River (...) Hans River, foi no final de 2018 para o Ministério Público, ele diz o assédio da jornalista em cima dele. Ela queria um furo. Ela queria dar o furo! a qualquer preço contra mim (...).”* (ID nº 37006335, pág. 02).

Resposta dirigida a repórter do jornal Valor Econômico em 20.07.2019: *“Pelo amor de Deus, né? Se eu te chamar de feia agora, acabou o mundo. Todas as mulheres vão estar contra mim.”* (ID nº 36497734, pág. 10).

“Live com o Presidente” realizada no dia 09.01.2020: *“Bolsonaro disse que não iria citar o nome de ninguém mas que existe ‘uma deputada fofucha de São Paulo e outro deputado também meio japonêsinho’ que o estão criticando nas redes sociais. ‘Se estivessem fazendo coisas boas a primeira estaria mais magra e o segundo estaria menos pitoco de sem vergonha... Eu acho que mentir engorda, mentir engorda’, disse Bolsonaro.”* (ID nº 36497734, págs. 10-11).

Repise-se, também, a fala atribuída ao Senhor Ministro da Economia, Paulo Roberto Nunes Guedes:

Palestra realizada em 05.09.2019: *“Eu estou vendo progresso em várias frentes, mas a preocupação é: xingaram a Bachelet, xingaram a mulher do Macron, chamaram a mulher de feia. ‘Ah, o Macron falou que estão botando fogo na floresta brasileira, o presidente devolveu. Falou que a mulher dele é feia’. Tudo bem, é divertido. Não tem problema nenhum, é tudo verdade, o presidente falou mesmo. E é verdade mesmo, a mulher é feia mesmo.”* (ID nº 36497734, pág. 10).

Por fim, as declarações atribuídas à Senhora Ministra da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, Damares Regina Alves:

Audiência da Comissão de Defesa dos Direitos e da Mulher na Câmara dos Deputados em 16.04.2019: *“A mulher deve ser submissa. Dentro da doutrina cristã, sim. Dentro da doutrina cristã, lá dentro da igreja, nós entendemos que um casamento entre homem e mulher, o homem é o líder do casamento. Então essa é uma percepção lá dentro da minha igreja, dentro da minha fé. [...] Que deputada linda. Só o fato de você estar no parlamento. Não precisava nem abrir a boca. Só o fato de você estar aqui, já diz pra jovens lá fora, elas também podem chegar aqui.”* (ID nº 36497734, pág. 09).

Pronunciamento sobre índices de estupro na Ilha de Marajó (PA) em 24.07.2019: *“Por que os pais exploram? É por causa da fome? Vamos levar empreendimentos para a ilha do Marajó, vamos atender as necessidades daquele povo. Uns especialistas chegaram a falar para nós aqui no gabinete que as meninas lá são exploradas porque não têm calcinha. Não usam calcinha, são muito pobres. E perguntaram ‘por que o ministério não faz uma campanha para levar calcinhas para lá?’. Nós conseguimos um monte. Mas por que levar calcinha? Essa calcinha vai acabar. Nós temos que levar uma fábrica de calcinhas para a ilha do Marajó, gerar emprego lá, e as calcinhas saírem baratinhas para as meninas.”* (ID nº 36497734, pág. 13).

Nota-se que as declarações dos agentes políticos destacadas possuem diversas características em comuns, dentre as quais **(i)** o fato de terem sido veiculadas durante o exercício das funções públicas, **(ii)** embora não constituíssem motivação ou fundamento para atos típicos dos cargos ocupados; **(iii)** serem dirigidas a público amplo e irrestrito **(iv)** por intermédio de canais não particulares ou privativos, **(v)** com nítida intenção de repercussão; **(vi)** serem veiculadas sem controle de seu conteúdo e até mesmo **(v)** com deliberada ênfase nos excertos ofensivos, denunciando a clara intencionalidade dos emissores.

Em outras palavras, é notório que os emissores não se pronunciaram na condição de cidadãos, **valendo-se, isso sim, da função pública ocupada**, dos contextos em que se encontravam e, particularmente no caso dos pronunciamentos do Senhor Presidente da República, da ênfase em expressões inadequadas e polêmicas, em evidente expectativa de proveito político da repercussão deflagrada.

E, no que diz respeito ao teor ofensivo, em que pesem os argumentos de defesa elaborados pela Ré, não há como inserir as declarações *supra descritas*, sem prejuízo de outras contempladas nos autos, no âmbito da tolerância à liberdade de expressão ou manifestação de pensamento.

Se as expressões utilizadas, por si só, são dignas de espanto e repúdio, assumem ainda maior gravosidade quando inseridas no contexto fático e social em que se situam as cidadãs brasileiras, de intensa desigualdade e privação, motivadas pela supremacia cultural do patriarcalismo e da heteronormatividade cultuados publicamente pelos agentes da Ré.

Não se mostra crível que ocupantes de altos cargos do Poder Executivo e do Poder Legislativo, a quem compete institucionalmente o estabelecimento de políticas públicas para a promoção da igualdade, da isonomia, da harmonia e da paz entre os cidadãos, façam uso de seus cargos para investir contra parcelas da população historicamente inseridas em situação de hipossuficiência social.

Qualquer que seja a agenda política assumida, incluindo as pautas de “combate” à “ideologia de gênero” e ao “politicamente correto”, inúmeras vezes invocadas pelos ora envolvidos **em proveito próprio** e dos grupos partidários respectivos, não se mostra admissível, no atual patamar evolutivo em que se encontram as instituições republicanas, que seu uso prepondere sobre a moralidade administrativa e sobre o interesse social.

Ao fazer *tabula rasa* dos princípios administrativos, inobstante a arquitetura jurídico-argumentativa desenvolvida na tentativa de ilidir sua responsabilidade, resta evidenciado que os agentes da Ré se submetem ao dever de reparação aos danos que proporcionam à coletividade.

E, a esse título, não socorre à Ré a preexistência de repartições, campanhas promocionais e políticas já adotadas em prol dos interesses e da condição feminina (ID nº 40540153, pág. 08), posto que sua existência, suficiente ou não, se insere no espectro dos deveres institucionais.

Da Administração Pública é esperado o cumprimento dos deveres e das garantias asseguradas constitucionalmente aos cidadãos, não apenas em ocasiões ou por medidas pontuais, **mas de forma perene, cotidiana e universal**, não se admitindo o desvirtuamento da missão institucional por agentes ou grupos políticos instalados provisoriamente em seu comando.

Em conclusão, das falas dos agentes da Ré, resta claro o viés ofensivo à dignidade das mulheres, o que não pode, de maneira alguma, ser albergado no espectro da liberdade de expressão.

1.4] Promoção da igualdade de gênero como forma de reparação aos danos coletivos:

Constatado o inequívoco prejuízo à dignidade das mulheres coletivamente consideradas exsurge o dever reparatório, tanto por meio de obrigações de fazer, como por indenização pelo dano moral coletivo.

A necessidade da promoção da igualdade de gênero é abordada pelo ordenamento jurídico como corolário da garantia prevista pelo art. 5º, *caput* e inciso I da Constituição Federal:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; g. n.

Como já mencionado, a situação de marginalização das mulheres brasileiras, infelizmente, possui raízes históricas, desdobrando-se em conceitos questionáveis, mas já encampados pela cultura popular e que se refletem em diversos aspectos, desde a sua desqualificação como indivíduo, desequilíbrio salarial, o desequilíbrio de oportunidades e as diversas formas de assédio sofridas no ambiente de trabalho até os episódios mais drásticos de violência doméstica e de exploração sexual.

A importância da adoção de medidas assecuratórias da igualdade de gênero, incluindo as que abrangem a adoção de fatores de discrimen positivos, vem sendo destacada de maneira progressiva pela jurisprudência dos nossos Tribunais, como evidenciam os exemplos a seguir, colhidos da lavra do E. Supremo Tribunal Federal:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. ART. 9º DA LEI 13.165/2015. FIXAÇÃO DE PISO (5%) E DE TETO (15%) DO MONTANTE DO FUNDO PARTIDÁRIO DESTINADO AO FINANCIAMENTO DAS CAMPANHAS ELEITORAIS PARA A APLICAÇÃO NAS CAMPANHAS DE CANDIDATAS. PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. REJEIÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À IGUALDADE E À NÃO DISCRIMINAÇÃO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

1. O Supremo Tribunal Federal, ao examinar as alegações de inconstitucionalidade de norma, deve fixar a interpretação que

constitucionalmente a densifique, a fim de fazer incidir o conteúdo normativo cuja efetividade independe de ato do Poder Legislativo. Precedentes.

2. O princípio da igualdade material é prestigiado por ações afirmativas. No entanto, utilizar, para qualquer outro fim, a diferença estabelecida com o objetivo de superar a discriminação ofende o mesmo princípio da igualdade, que veda tratamento discriminatório fundado em circunstâncias que estão fora do controle das pessoas, como a raça, o sexo, a cor da pele ou qualquer outra diferenciação arbitrariamente considerada. Precedente do CEDAW.

3. A autonomia partidária não consagra regra que exima o partido do respeito incondicional aos direitos fundamentais, pois é precisamente na artificiosa segmentação entre o público e o privado que reside a principal forma de discriminação das mulheres.

4. Ação direta julgada procedente para: (i) declarar a inconstitucionalidade da expressão “três ” contida no art. 9º da Lei 13.165/2015; (ii) dar interpretação conforme à Constituição ao art. 9º da Lei 13.165/2015 de modo a (a) equiparar o patamar legal mínimo de candidaturas femininas (hoje o do art. 10, § 3º, da Lei 9.504/1997, isto é, ao menos 30% de cidadãs), ao mínimo de recursos do Fundo Partidário a lhes serem destinados, que deve ser interpretado como também de 30% do montante do fundo alocado a cada partido, para eleições majoritárias e proporcionais, e (b) fixar que, havendo percentual mais elevado de candidaturas femininas, o mínimo de recursos globais do partido destinados a campanhas lhes seja alocado na mesma proporção; (iii) declarar a inconstitucionalidade, por arrastamento, do § 5º-A e do § 7º do art. 44 da Lei 9.096/95.

(STF, ADI 5617, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-211 DIVULG 02-10-2018 PUBLIC 03-10-2018) g. n.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA GRÁVIDA À ÉPOCA DA REALIZAÇÃO DO TESTE DE APTIDÃO FÍSICA. POSSIBILIDADE DE REMARCAÇÃO INDEPENDENTE DE PREVISÃO EDITALÍCIA. DIREITO À IGUALDADE, DIGNIDADE HUMANA E LIBERDADE REPRODUTIVA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.

1) O teste de aptidão física para a candidata gestante pode ser remarcado, posto direito subjetivo que promove a igualdade de gênero, a busca pela felicidade, a liberdade reprodutiva e outros valores encartados pelo constituinte como ideário da nação brasileira.

2) A remarcação do teste de aptidão física, como único meio possível de viabilizar que a candidata gestante à época do teste continue participando do certame, estende-lhe oportunidades de vida que se descortinam para outros, oportunizando o acesso mais isonômico a cargos públicos.

3) O princípio da isonomia se resguarda, ainda, por a candidata ter de, superado o estado gravídico, comprovar que possui a mesma aptidão física exigida para os demais candidatos, obtendo a performance mínima.

4) A família, mercê de ser a base da sociedade, tem especial proteção do Estado (artigo 226 da CRFB), sendo certo que a Constituição de República se posicionou expressamente a favor da proteção à maternidade (artigo 6º) e assegurou direito ao planejamento familiar (artigo 226, § 7º), além de encontrar especial tutela no direito de previdência social (artigo 201, II) e no direito de assistência social (artigo 203, I).

5) O direito à saúde, tutelado expressamente no artigo 6º, requer uma especial proteção no presente caso, vez que a prática de esforços físicos incompatíveis com a fase gestacional pode por em risco a saúde da gestante ou mesmo do bebê.

6) O constituinte expressamente vedou qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas que obstaculize o planejamento familiar (art. 226,

§7º), assim como assegurou o acesso às informações e meios para sua efetivação e impôs o dever de propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito.

7) A ampla acessibilidade a cargos, empregos e funções públicas é assegurada expressamente em nosso sistema constitucional (art. 37, I), como corolário do princípio da isonomia, da participação política e o da eficiência administrativa. (...).

(STF, (RE 1058333, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 21/11/2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-185 DIVULG 24-07-2020 PUBLIC 27-07-2020) g. n.

Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Direito do Trabalho e Constitucional. Recepção do art. 384 da Consolidação das Leis do Trabalho pela Constituição Federal de 1988. Constitucionalidade do intervalo de 15 minutos para mulheres trabalhadoras antes da jornada extraordinária. Ausência de ofensa ao princípio da isonomia. Mantida a decisão do Tribunal Superior do Trabalho. Recurso não provido.

1. O assunto corresponde ao Tema nº 528 da Gestão por Temas da Repercussão Geral do portal do Supremo Tribunal Federal na internet.

2. O princípio da igualdade não é absoluto, sendo mister a verificação da correlação lógica entre a situação de discriminação apresentada e a razão dotratamento desigual.

3. A Constituição Federal de 1988 utilizou-se de alguns critérios para um tratamento diferenciado entre homens e mulheres: i) em primeiro lugar, levou em consideração a histórica exclusão da mulher do mercado regular de trabalho e impôs ao Estado a obrigação de implantar políticas públicas, administrativas e/ou legislativas de natureza protetora no âmbito do direito do trabalho; ii) considerou existir um componente orgânico a justificar o tratamento diferenciado, em virtude da menor resistência física da mulher; e iii) observou um componente social, pelo fato de ser

comum o acúmulo pela mulher de atividades no lar e no ambiente de trabalho – o que é uma realidade e, portanto, deve ser levado em consideração na interpretação da norma.

4. Esses parâmetros constitucionais são legitimadores de um tratamento diferenciado desde que esse sirva, como na hipótese, para ampliar os direitos fundamentais sociais e que se observe a proporcionalidade na compensação das diferenças.

5. Recurso extraordinário não provido, com a fixação das teses jurídicas de que o art. 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 e de que a norma se aplica a todas as mulheres trabalhadoras.

(STF, RE 658312, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-027 DIVULG 09-02-2015 PUBLIC 10-02-2015) g. n.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LEI Nº 11.340/06 – GÊNEROS MASCULINO E FEMININO – TRATAMENTO DIFERENCIADO.

O artigo 1º da Lei nº 11.340/06 **surge, sob o ângulo do tratamento diferenciado entre os gêneros – mulher e homem –, harmônica com a Constituição Federal, no que necessária a proteção ante as peculiaridades física e moral da mulher e a cultura brasileira.**

COMPETÊNCIA – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LEI Nº 11.340/06 – JUIZADOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER.

O artigo 33 da Lei nº 11.340/06, no que revela a conveniência de criação dos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher, não implica usurpação da competência normativa dos estados quanto à própria organização judiciária.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER – REGÊNCIA – LEI Nº 9.099/95 – AFASTAMENTO.

O artigo 41 da Lei nº 11.340/06, a afastar, nos crimes de violência doméstica contra a mulher, a Lei nº 9.099/95, mostra-se em consonância com o disposto no § 8º do artigo 226 da Carta da República, a prever a obrigatoriedade de o Estado adotar mecanismos que coibam a violência no âmbito das relações familiares.

(STF, ADC 19, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/02/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 28-04-2014 PUBLIC 29-04-2014 RTJ VOL-00229-01 PP-00011) g. n.

Por sua vez, o manejo de ações coletivas para o suprimento de omissões perpetradas pelas autoridades estatais no exercício das funções públicas é consagrado há muito pela práxis do Direito, passando a integrar o ordenamento jurídico na forma dos arts. 1º, IV e VIII, 3º e 4º da Lei nº 7.347/1985. Confirmam-se, na redação vigente:

Art. 1º - Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, asações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

(...) **IV** - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

(...) **VII** - à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos. (...).

Art. 3º - A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

Art. 4º - Poderá ser ajuizada ação cautelar para os fins desta Lei, objetivando, inclusive, evitar dano ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, à ordem urbanística ou aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Ainda, a própria lei especial, a partir da promulgação da Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010, passou a prever como sanção a caso a adoção de ações positivas de promoção de igualdade étnica como forma de reparação à discriminação daquela espécie, na forma do art. 13, §2º, *in verbis*:

Art. 13 (...) §2º - Havendo acordo ou condenação com fundamento em dano causado por ato de discriminação étnica nos termos do disposto no art. 1º desta Lei, a prestação em dinheiro reverterá diretamente ao fundo de que trata o *caput* e será utilizada para ações de promoção da igualdade étnica, conforme definição do Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial, na hipótese de extensão nacional, ou dos Conselhos de Promoção de Igualdade Racial estaduais ou locais, nas hipóteses de danos com extensão regional ou local, respectivamente.

A seu turno, o E. Tribunal Regional da 3ª Região houve por bem decidir pela legalidade da intervenção do Poder Judiciário “quando o não desenvolvimento de políticas públicas acarretar grave vulneração a direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição (...) como forma de implementar os valores constitucionais” (cf. *TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0001664-10.2015.4.03.6115, Rel. Desembargador Federal MARCELO MESQUITA SARAIVA, julgado em 18/02/2021, Intimação via sistema DATA: 25/02/2021*).

Em igual sentido, a conclusão do C. Superior Tribunal de Justiça:

“ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMATIO AD CAUSAM DO PARQUET. ART. 127 DA CF/88. ARTS. 7.º, 200, e 201 DO DA LEI N.º 8.069/90. DIREITO À CRECHE EXTENSIVO AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS. NORMA CONSTITUCIONAL REPRODUZIDA NO ART. 54 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMA DEFINIDORA DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICA

EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESSA FAIXA ETÁRIA. CABIMENTO E PROCEDÊNCIA.

1. O Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos. (...).

- Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à ‘reserva do possível’.

(STJ REsp 736.524/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/03/2006, DJ 03/04/2006, p. 256) g. n.

Os fatos e provas retratadas nos autos evidenciam a despreocupação e até mesmo o escárnio dos agentes da Ré com a situação de marginalização social das cidadãs brasileiras, além de denotar o absoluto o menosprezo em relação dever institucional de promoção da igualdade de gênero e ao princípio da moralidade administrativa, ambos relegados em prol de determinada cartilha política.

Nesse sentido, não merece acolhimento a alegação de que a pretensão autoral poderia ser interpretada como uma tentativa de “*remanejamento do orçamento da União para direcionar recursos a ações governamentais*” escolhidas pelo Ministério Público Federal, como tenta fazer crer a Ré (ID nº 40540153, pág. 06).

Ao contrário, trata-se de colocar luz a uma situação de agressão reiterada à dignidade de amplo contingente da sociedade brasileira, agressão esta que deve ser inibida e reparada, o que em nada se confunde com a atividade rotineira de deliberação sobre a destinação orçamentária.

Vale dizer, face à constatação dos prejuízos experimentados pela sociedade, a imposição de obrigação de fazer referente ao destaque de **verbas públicas pontuais** para o suprimento da lacuna de políticas e medidas destinadas ao combate à discriminação de gênero possui amparo na legislação constitucional e infraconstitucional, não podendo ser interpretada como tentativa de usurpação do papel da União Federal na destinação de suas receitas.

Não se pode olvidar que o direito de resposta é constitucionalmente tutelado, de maneira proporcional ao agravo, pelo artigo 5º, inciso de nossa Constituição:

Art. 5º V - "é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem";

Considerando que as manifestações dos agentes públicos carreadas aos autos ocorreram em contexto de visibilidade nacional, e até mesmo internacional, a imposição das obrigações de fazer arroladas na inicial é medida proporcional a fim de reparar os danos causados à coletividade, para além da indenização pelos danos morais.

Ademais, face ao contingente populacional que será beneficiado pelas medidas de inserção e informação social, tampouco verifica-se desproporcionalidade entre as prestações exigidas e o bem jurídico tutelado.

Frise-se, ainda, que o *quantum debeatur* não foi objeto de impugnação por parte da Ré, por ocasião do contraditório.

Dito isso, merece acolhimento o pedido de condenação da Ré em obrigação de fazer consistente na destinação do valor de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) para a adoção de campanhas publicitárias por intermédio de redes sociais, radiodifusão, mídia *in door* ou escrita, a serem selecionadas ou aprovadas por quaisquer das entidades elencadas ao ID nº 36497734, pág. 69.

Por outro lado, tendo-se em vista as dificuldades enfrentadas pelas autoridades públicas no enfrentamento da situação excepcional de calamidade pública deflagrada pela pandemia de COVID-19, o bloqueio imediato de verbas públicas de percentual expressivo, como requerido pelo Autor ao ID nº 36497734, pág. 69, não se mostra razoável, ostentando potencial de nova lesividade ao interesse público.

Do mesmo modo, deixo de arbitrar, neste momento, multa diária para o caso de desobediência das determinações impostas pela presente sentença, sem prejuízo de sua cominação por ocasião do cumprimento da obrigação de fazer, nos termos do art. 11 da Lei nº 7.347/1985,

Ressalta-se, ainda quanto às obrigações de fazer, que cumprirá ao Autor acompanhar a execução da presente sentença dentro do prazo imposto à Ré, exigindo a adoção das medidas cabíveis nos casos de constatação de descumprimento.

A seu turno, no que tange à fixação do “quantum” da indenização por dano moral, há consenso no sentido de que esta deve imprimir caráter pedagógico à condenação imposta ao ofensor, e, ao mesmo tempo, evitar que o fato se traduza em via de enriquecimento indevido para a parte ofendida.

Deve-se considerar, ainda, as circunstâncias do caso concreto, a gravidade do dano, a situação econômica das partes envolvidas e, quando cabível, o grau de culpa daquele que praticou o ato danoso.

O dano moral foi tutelado pela nossa Constituição Federal no inciso X do artigo 5º e o valor a ser fixado deve estar em consonância com a função pedagógica e compensatória na qual a doutrina alerta para que seja aplicado de forma justa e equilibrada, assim como observar aos critérios da razoabilidade e proporcionalidade.

Dito isso, o valor pretendido pelo MPF configura-se justo e razoável face às circunstâncias do caso concreto, uma vez que as lesões foram perpetradas por diversos agentes da Ré, em reiterados momentos, prolongando os danos ao bem jurídico tutelado. Fixo, pois, a indenização relativa ao dano moral coletivo em 5.000.000,00 (cinco milhões de reais).

DISPOSITIVO:

Diante do exposto, nos termos do art. 487, I do Código de Processo Civil, **JULGO PROCEDENTE O PEDIDO**, condenando a Ré em:

1] reparar a coletividade pelos danos morais deflagrados pelas declarações e omissões de seus agentes, no valor de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais), devendo tal valor ser corrigido monetariamente pelos índices do manual de cálculos do CJF, a contar da publicação da sentença. (Súmula 362 do STJ), e juros de mora de 1% ao mês, a contar da citação (artigo 405 do Código Civil e Súmula 54 do STJ).

2] na obrigação de fazer consistente na destinação do valor de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) para a adoção de campanhas publicitárias por intermédio de redes sociais, radiodifusão, mídia *in door* ou escrita, a serem selecionadas ou aprovadas por quaisquer das entidades elencadas ao IDnº 36497734, pág. 69, visando:

2.1] a divulgação, com base em estudos e pesquisas de órgãos especializados, para conscientização sobre as situações de violência, assédio e desigualdade experimentadas pelas mulheres nos segmentos sociais;

2.2] a divulgação dos direitos das vítimas femininas de violência em serem atendidas por profissionais de segurança pública, de saúde e de unidades públicas de referência de assistência social, que tenham formação e capacitação em escuta ativa e atendimento humanizado sobre violência de gênero; e

2.3] a divulgação de políticas públicas que estão sendo efetivamente implementadas para alcançar a igualdade de gênero, de acordo com o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS5), eliminando todas as formas de discriminação e violência contra a população feminina nas esferas pública e privada.

Os valores referentes ao item “1” *supra* deverão ser vertidos ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, conforme estabelece o art.13 da Lei nº 7.347/1985.

Sem condenação no pagamento de custas processuais e de honorários advocatícios, a teor do artigo 18 da Lei nº 7.347/85.

Sentença sujeita ao reexame necessário, nos termos do artigo 496, I do Código de Processo Civil.

P. R. I. C.

São PAULO, 23 de junho de 2021.

Menção honrosa



Justiça Federal da 1ª Região
PJe - Processo Judicial Eletrônico

17/02/2022

Número: **1005413-82.2018.4.01.3200**

Classe: **AÇÃO CIVIL PÚBLICA CÍVEL**

Órgão julgador: **3ª Vara Federal Cível da SJAM**

Última distribuição : **28/11/2018**

Valor da causa: **R\$ 1.000.000,00**

Assuntos: **Saúde, Terceirização do SUS, Hospitais e Outras Unidades de Saúde, Tratamento Médico-Hospitalar**

Segredo de justiça? **NÃO**

Justiça gratuita? **NÃO**

Pedido de liminar ou antecipação de tutela? **SIM**

Partes		Procurador/Terceiro vinculado	
Ministério Público Federal (Procuradoria) (AUTOR)			
Ministério Público do Estado do Amazonas (Procuradoria) (AUTOR)			
UNIÃO FEDERAL (REU)			
ESTADO DO AMAZONAS (REU)			
SECRETÁRIO DE SAÚDE DO ESTADO DO AMAZONAS (TERCEIRO INTERESSADO)			
ASSOCIAÇÃO HUMANIZA COLETIVO FEMINISTA (AMICUS CURIAE)		NATALIA DEMES BEZERRA TAVARES PEREIRA(ADVOGADO) LAIS ARAUJO DE FARIA (ADVOGADO)	
CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DOAMAZONAS (AMICUS CURIAE)		CAMILA LOUREIRO YOSHIMURA registrado(a) civilmente como CAMILA LOUREIRO YOSHIMURA (ADVOGADO) JULIETH BRASIL PINHEIRO registrado(a) civilmente como JULIETH BRASIL PINHEIRO (ADVOGADO)	
Ministério Público Federal (Procuradoria) (FISCAL DA LEI)			
Documentos			
Id.	Data da Assinatura	Documento	Tipo
780627477	21/10/2021 12:52	Sentença Tipo A	Sentença Tipo A



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Amazonas
3ª Vara Federal Cível da SJAM

SENTENÇA TIPO "A"

PROCESSO: 1005413-82.2018.4.01.3200

CLASSE: AÇÃO CIVIL PÚBLICA CÍVEL (65)

POLO ATIVO: Ministério Público Federal (Procuradoria) e outros

POLO PASSIVO: UNIÃO FEDERAL e outros

SENTENÇA

Trata-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal e Ministério Público Estadual em face da União e do Estado do Amazonas, objetivando:

C) Após a citação, seja concedida a antecipação de tutela para que os RÉUS apresentem, em um prazo de 3 (três) meses: i) para profissionais contratados, diretamente, por meio de interpostas empresas, cooperativas, empresas, OSCIPS, ONGS e qualquer outro meio, contratos que disponham de cláusulas claras e explícitas quanto à obrigatoria atualização profissional e quanto à observância das normas técnicas definidas pela CONITEC como diretrizes para a atenção à parturiente e abortante no Sistema Único de Saúde, estabelecendo mecanismos para a intervenção e eventual afastamento, por parte do Estado, de profissionais que não atuem de acordo com o preconizado nas normas e diretrizes nacionais de humanização hoje vigentes, excetuados apenas casos de disponham da oportuna e idônea justificativa, devidamente registrada em prontuário; ii) caso persista a negativa de assinatura de contratos nos moldes constantes no item “i”, que o Estado apresente um plano voltado ao lançamento de edital nacional para a contratação de 70 profissionais ou para a realização de concurso público com vistas à substituição de profissionais que não se coadunem com as diretrizes de humanização do parto hoje vigentes; iii) com relação a todos os profissionais que atuam no atendimento à mulher em estado gravídico, puerperal ou em situação de abortamento, possuam estes vínculos estatutários ou contratuais, meios que garantam que as denúncias recebidas, via ouvidorias ou por outros modos, sejam apuradas e respondidas em tempo razoável; iii) planejamento que garanta a possibilidade de recebimento, 24h por dia, de denúncias e solicitações dos usuários dos serviços na rede pública do Amazonas, com definição de

número de protocolo que permita o acompanhamento da queixa até sua derradeira avaliação pela administração pública.

E) Seja o feito regularmente processado e julgado para, ao final **CONDENAR O ESTADO DO AMAZONAS** a: i) garantir que todos os profissionais que atendem da rede estadual de saúde do Amazonas pautem suas atuações em protocolos clínicos e diretrizes baseadas em evidências científicas definidas pela CONITEC e aprovadas pelo Ministério da Saúde como tecnologias mais benéficas para o resguardo da saúde da mulher; ii) garantir que todos os profissionais que atendem da rede estadual de saúde do Amazonas passem por atualizações com periodicidade mínima anual, à luz das normas que regem a humanização do parto; iii) garantir que os profissionais que, sem justificativa idônea e devidamente registrada, não apresentem atuação conforme as normas e protocolos do CONITEC e do CFM sejam advertidos, investigados e punidos com medida proporcional ao dano causado, no que deve se inserir inclusive o afastamento do exercício das atividades na rede pública de saúde; iv) garantir o funcionamento, em tempo integral, de ouvidorias e/ou mecanismos de recebimento de denúncias que confirmam aos denunciadores número de protocolo para acompanhamento, preferencialmente se estabelecendo um protocolo único integrado para o registro das demandas; v) garantir que todas as denúncias recebidas pela Secretaria Estadual de Saúde, com relação ao funcionamento de sua rede de atendimento à parturiente, sejam finalizadas em tempo oportuno; vi) implementar Comissões de Revisão de Prontuários, conforme Resolução CFM nº 1638/2002;

CONDENAR A UNIÃO FEDERAL a i) atuar proativamente no resguardo à integralidade do direito à saúde da mulher em estado gravídico, puerperal e em situação de abortamento no Amazonas, promovendo a coordenação do Sistema Único de Saúde para a obediência das normas e diretrizes avaliadas pela CONITEC como mais benéficas para o resguardo da vida e da saúde das mulheres; ii) reavaliar as maternidades que receberam o selo Iniciativa Hospital Amigo da Criança no Amazonas, à luz das denúncias de violência obstétrica registradas nas referidas unidades de saúde, retirando o selo das unidades caso não se demonstre que o Estado do Amazonas está garantindo às mulheres atendimento digno e o acesso a atendimento humanizado, conforme requerimentos deduzidos na presente ação civil pública.

CONDENAR AMBOS OS REQUERIDOS ao pagamento de danos morais coletivos, no montante de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), a serem revertidos para a compensação pelos danos.

Alega a parte autora que o objeto da ação civil pública é “*compelir o Estado do Amazonas e a União Federal a garantirem a observância de normas relacionadas à humanização do parto e nascimento por todos os profissionais que atuam em maternidades da rede estadual de saúde, sejam eles servidores públicos ou prestadores de serviços que disponham de vínculo contratual direto ou por interposta pessoa jurídica.*”

A parte autora justifica a propositura da ação “*Considerando-se que a contratação de muitos dos profissionais que atuam no atendimento de parturientes se dá por meio de contratos firmados pelo Estado do Amazonas com empresas prestadoras de serviços, busca o Ministério Público a imposição pelo Estado contratante de obrigações claras e inafastáveis para impedir que os profissionais contratados logrem se eximir de cumprir normas e orientações reconhecidas mundialmente como instrumentos de garantia do bem-estar da mulher e da criança.*”

Junto à inicial e nela descrita vêm relatos de casos de parturientes que sofreram com episódios de violência durante o parto.

Foi proferido Despacho no ID 23522955, determinando a citação.

No ID 35446450, o Estado do Amazonas apresentou contestação, alegando ausência de interesse de agir, além de questões quanto ao mérito.

No ID 36412094, a União apresentou contestação, tendo alegado, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva, além da ausência de interesse processual quanto à reavaliação das maternidades com o selo Hospital Amigo da Criança.

Despacho de ID 38415476 designou a audiência de conciliação. No ID 41818957, o Ministério Público apresentou manifestação.

No ID 43160954, a Associação Humaniza Coletivo Feminino requereu o seu ingresso na lide na condição de *amicus curiae*.

No ID 43313962, o MPF apresentou nova manifestação.

No ID 43567464, consta Despacho indeferindo o pedido de redesignação de audiência.

No ID 45113545, consta ata de audiência em que: a União informou sobre a reavaliação das maternidades, tendo ressaltado que estava em vigor prazo para readequações; as partes informaram que não tinham mais provas a produzir; foi concedido prazo para que o Estado do Amazonas trouxesse aos autos informações; foi mantida a União no feito até que houvesse notícia das readequações para o certificado Hospital Amigo da Criança; consta determinação para expedição de ofício ao CRM e ao COREN (do Amazonas) para que informem se há interesse de ingressar no feito; determinada a intimação das partes quanto ao pedido de ingresso no feito da Associação Humaniza Coletivo Feminista como *amicus curiae*. No ID 48858979, consta manifestação do MPF quanto ao ingresso da Associação Humaniza.

No ID 51043527 o Estado do Amazonas juntou proposta de acordo aos autos.

No ID 53128982, a União se manifestou contrariamente ao ingresso da Associação Humaniza como *amicus curiae*.

No ID 62681634, o Ministério Público requereu a designação de nova audiência de conciliação.

Foi proferida Decisão no ID 164917366 que admitiu a participação da Associação Humaniza como *amicus curiae* e designou audiência de conciliação, entre outras questões.

No ID 173714383, o CRM/AM requereu o ingresso na lide como *amicus curiae*.

No ID 180734897, a União apresentou manifestação, juntando parecer técnico.

Consta ata de audiência no ID 182343864, deferindo o ingresso do CRM/AM como *amicus curiae*.

Consta ainda que as partes acordaram na readaptação da proposta do Estado do Amazonas, com a inclusão de elementos debatidos na audiência.

Despacho de ID 202375388, redesignou a data da audiência.

No ID 206724857, a União informou que já cumprira as determinações que lhe foram direcionadas na ata de audiência.

No ID 20995851, o MPF se manifestou, tendo aduzido que, até aquele momento, o Estado do Amazonas não tinha readaptado sua proposta. Requereu ainda a intimação do Estado do Amazonas para a apresentação da proposta readaptada e da União para informar se houve a realização de inspeção programada nas maternidades.

O Despacho de ID 219459368 redesignou a audiência de conciliação e determinou a intimação do Estado do Amazonas e da União para apresentarem informações sobre o que fora requerido pelo MPF.

No ID 239769367, a União informou que a 3ª reavaliação das maternidades fora concluída entre 9 e 12 de março de 2020. Disse ainda que foram reavaliadas 6 maternidades, tendo em vista que a Maternidade Alvorada já havia cumprido os requisitos na 2ª reavaliação. Por fim, consta no documento que as maternidades avaliadas teriam sanado todas as irregularidades.

Despacho de ID 245542878 determinou a intimação das partes para manifestar o interesse na audiência virtual.

No ID 253582363, a União apresentou interesse na audiência virtual e indicou email, o que fora feito também pelo MPF no ID 256340376.

No ID 263775412, o Estado do Amazonas manifestou interesse na audiência virtual e informou que o atraso na apresentação de proposta de readequação ocorreu em virtude do COVID-19 e da troca de Secretários da pasta e requereu o prazo de 45 dias para apresentação de nova proposta de acordo.

O Despacho de ID 264256904 redesignou a audiência de conciliação e determinou a juntada da proposta do Estado do Amazonas até o dia 10 de agosto de 2020.

No ID 265640876, consta manifestação do MPF e pedido de aplicação de multa caso o prazo previsto para o Estado do Amazonas seja ultrapassado.

No ID 299796395, o CRM/AM apresentou email para participar da audiência virtual.

No ID 300308848, o Estado do Amazonas apresentou proposta de acordo e email para participação da audiência virtual.

Na ata de audiência de ID 301418438, consta a homologação de acordo entre o MPF/MP-AM com o Estado do Amazonas para que a “*parte requerida insira em seus editais e contratações relativas à ginecologia e obstetrícia medidas de prevenção e apuração de violência obstétrica, ficando este processo suspenso pelo prazo de 6 (seis) meses, quando então, as partes deverão se manifestar nos autos sobre a efetiva execução dessas medidas ou requererem o que entenderem de direito.*”

Na mesma ata, consta homologação do acordo entre MPF/MPE-AM e a União “quanto às medidas de reavaliação da iniciativa Hospital Amigo da Criança, ponto em que a medida já fora cumprida pela requerida União Federal. No entanto, deverá permanecer a União nos autos durante o prazo de suspensão acima mencionado, considerando que há também o pedido de fiscalização feito pelo Ministério Público Federal.”

No ID 301014993, a Associação Humaniza requereu a juntada de comprovante de situação cadastral, bem como requereu o desentranhamento “a Petição e documentos anexos com IDs ns. 300908876, 300993864, 300993853, 300993866, visto terem sido juntados por engano e não serem pertinentes aos presentes autos.”

No ID 480282394, o MPF aduziu que a SUSAM não teria apresentado nos autos as medidas que teriam sido efetivamente tomadas para o combate à violência obstétrica, conforme acordado nos autos.

No ID 584496883, consta Despacho determinando a intimação das partes para informar nos autos as medidas que foram adotadas.

O MPF e o MP/AM no ID 598852356 aduziram que o acordo celebrado nos autos não estaria sendo cumprido, tendo dito que “*as mulheres seguem morrendo no Estado do Amazonas em razão da não adoção de protocolos básicos de atendimento ao parto*” e acrescenta que “*1.495 mulheres foram a óbito, no ano de 2020, ao longo do estado gravídico e puerperal, enquanto nos anos de 2018 e 2019 os óbitos atingiram 1.222 e 1.261 vítimas, respectivamente*”.

No ID 721659988, a União informa que já cumpriu sua parte no acordo firmado.

No ID 749969486, a Associação Humaniza apresentou manifestação.

É o relatório. Decido.

No ID 301014993, a Associação Humaniza requereu a juntada de comprovante de situação cadastral, bem como o desentranhamento da “a Petição e documentos anexos com IDs ns. 300908876, 300993864, 300993853, 300993866, visto terem sido juntados por engano e não serem pertinentes aos presentes autos.”

Analisando os referidos documentos, observo que, de fato, foram juntados por erro no presente feito. **Assim, determino a sua exclusão pela Secretaria.**

Quanto à alegação, em contestação, do Estado do Amazonas de falta de interesse de agir,

entendo que não merece ser acolhida, tendo em vista que, no decorrer do processo, houve várias tentativas de conciliação entre as partes, tendo o próprio Estado anuído que eram necessárias adequações para fins de garantia dos direitos das parturientes, conforme se verifica nas mídias e atas de audiência juntadas aos autos.

Em contestação, a União alegou, preliminarmente, sua legitimidade passiva, além da ausência de interesse processual quanto à reavaliação das maternidades com o selo Hospital Amigo da Criança. Não obstante essas alegações iniciais, no decorrer do processo, a própria União informou a reavaliação do selo e ainda conciliou com o autor da ação. Dessa forma, ficam afastadas as preliminares.

Analizadas essas questões, passo ao julgamento do mérito da lide:

Ao ler um dos relatos colhidos pelo Ministério Público Federal de violência sofrida por uma parturiente, não há como deixar de transcrever o seguinte trecho:

"(...) Eu tinha muita dor, minhas pernas tremiam e a bolsa nada de estourar, parecia um parto seco. Quanto mais eu pedia informações do porquê de tanta demora no parto e pedia para ser examinada, não era atendida e ainda nos mandavam esperar que quando houvesse leito eu seria informada.

(..) Eu pedia que eles fizessem algo, porque já eram 12h de trabalho de parto. Eu temia pela vida do bebê, porém somente às 10:40h eu fui levada para o andar onde ocorrem os partos, já quase sem forças. As contrações estavam tão fortes que eu já nem respondia as perguntas. Insisti tanto para ser examinada, repetindo que meu filho ia nascer ali mesmo, que um médico veio com raiva e realizou o 4º toque e constatou que realmente o meu filho iria nascer. Foi ele mesmo que estourou a bolsa com a própria mão. Meu sofrimento ainda não tinha acabado. Uma médica se dirigiu ao local onde o meu parto seria realizado (...), indiferente e falava pouco. Eu estava tão cansada de tanta dor que ao fazer a força da forma que a enfermeira que estava auxiliando no parto me instruiu, eu gritava um pouco, mas nada que fosse considerado um escândalo. Até tentei justificar que a força era imensa, que não dava para fazê-la de boca fechada, mas a tal médica me dizia para não gritar. Aquilo me irritou porque eu já estava sofrendo com tanta dor e a pessoa nem perguntava como eu estava me sentindo. Não sei ao certo em que momento aplicaram no meu soro a ocitocina. Só lembro que a dor ficou insuportável, as contrações aumentaram de forma desconforme e eu pensei que fosse desmaiar. Fiz esta força três vezes e esta me falava para fazer mais força ainda. Eu não aguentava mais, então neste momento ela com a tesoura fez o primeiro corte.

Não me foi informado desse corte e eu até acreditava que não seria preciso, mas meu filho não nascia. Ela me falava para fazer mais força e então ela efetuou o segundo corte (meu marido que acompanhou tudo que e falou dos cortes). Somente neste momento ela puxou meu filho. Eu estava tão esgotada que fiquei imóvel. A médica empurrou sua mão contra a minha barriga em um movimento estranho e tirou a placenta e começou a

costurar os cortes que esta havia feito. Até então, eu acreditava que a episiotomias tinha sido no máximo 4 pontos, um corte simples para auxiliar um parto normal e não para forçar um parto sem que eu tivesse em condições necessárias para isso. Achei que estava demorando e falei com a médica que eu já sentia a agulha. Então, ela me disse que era porque estava costurando em camadas. Eu achei estranho, mas como não sabia de nada e nem tinha como saber, não falei mais nada. Quando terminou, esta se levantou e foi embora. Eu tentava me mover, mas não conseguia, pois sentia muitas dores no local do corte. Foi então que pedi para a enfermeira verificar se tinha algo errado, pois eu não conseguia me mexer. Ela não escondeu o espanto e me disse que já tinha visto melhor. (...) Na terça-feira, dia 29 de novembro de 2011, tivemos alta. Eu não me sentia bem lá. Meu bebê não sugava ainda o leite do peito, não mamava em mim, e as enfermeiras me pressionavam e diziam que não dariam mais o leite Nan que traziam em um copinho. Fiquei desesperada e com as ameaças eu disse ao pediatra que ele já mamava. Sei que não foi o mais correto, mas eu queria tentar em casa, sem que ninguém fosse rude comigo. Em momento algum alguém me perguntou se eu estava bem. (...) Eu sabia que algo não estava bem, só não sabia o que era. Comecei a ficar muito aflita por sempre estar suja de fezes sem ao menos sentir ou perceber. Então, 40 dias após o parto, fui ao ginecologista e falei que havia algo errado. (...) ele me disse que um nervo do ânus havia sido rompido, talvez por um trabalho de parto muito longo. Perguntou se o meu trabalho de parto havia sido muito longo e eu respondi que durou 13 horas. (...) Em momento algum me falou que eu tinha uma incontinência fecal, apenas me deu um encaminhamento ao proctologista. (...) Não sei o que será daqui pra frente, mas espero logo encontrar um outro médico (a) em que eu possa confiar e me sentir segura. Em resumo, tenho uma colostomia, uma fistula anoperineal e uma lesão esfíncteria, e aguardo por novos procedimentos [...]"

A leitura de tal relato feito por uma parturiente demonstra como o momento do parto, que deveria ser de destaque para a gestante e seu bebê, pode se tornar extremamente doloroso quando a mulher é vítima de atos relacionados à violência obstétrica.

Ressalta-se que, conforme informado pelo MPF e MP/AM no ID 598852356, “1.495 mulheres foram a óbito, no ano de 2020, ao longo do estado gravídico e puerperal, enquanto nos anos de 2018 e 2019 os óbitos atingiram 1.222 e 1.261 vítimas, respectivamente”.

No dia 19 de outubro de 2021, o CNJ lançou a cartilha do julgamento com perspectiva de gênero [1], fruto do trabalho de diversas mulheres na luta pelos direitos de outras mulheres. Nessa cartilha, há um item específico sobre a violência obstétrica:

b.1. Violência obstétrica

Ainda que o Brasil não tipifique como crime autônomo a violência obstétrica, além de tratados e documentos internacionais, a Constituição Federal, a legislação infraconstitucional e os regulamentos técnicos funcionam para os devidos fins de responsabilização criminal, inclusive

quando tais violações aos direitos humanos de mulheres e meninas são praticadas quando da prestação de serviços essencial e emergencial às parturientes¹³¹, o que permite a catalogação das violências como psíquicas, morais e físicas, de acordo com os ciclos de vida e reprodutivo das mulheres.

Segundo a cartilha, citando a OMS, há 7 tipos de violência obstétrica, a saber:

Nessa quadra, a Organização Mundial da Saúde (OMS) identificou 7 (sete) tipos de violência obstétrica sofrida por mulheres, a saber: 1. abuso físico; 2. abuso sexual; 3. abuso verbal; 4. preconceito e discriminação; 5. mau relacionamento entre os profissionais de saúde e as pacientes; 6. falta de estrutura no serviço de saúde; e 7. carência de atendimento da paciente, em virtude das deficiências do sistema de saúde.

De acordo com mesma cartilha, a violência obstétrica revela uma violência de gênero contra a menina, a mulher e seu direito a um atendimento digno.

Não se pode esquecer ainda, no âmbito do direito internacional, o caso de Alyne Pimentel^[2] que se tornou emblemático, em face de o Comitê para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres ter reconhecido a responsabilidade do Brasil^[3], por ter violado “suas obrigações nos termos do Artigo 12 (em relação ao acesso à saúde), Artigo 2 (c) (em relação ao acesso à justiça), e Artigo 2 (e) (em relação à obrigação do Estado-parte de regulamentar as atividades dos prestadores de serviços de saúde privados), em conjunto com o Artigo 1, da Convenção, e as recomendações gerais n° 24 e n° 28”.

As situações de violência contra a mulher, seja a gestante, a parturiente ou após o parto, são repudiadas pelo ordenamento jurídico nacional e pela Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, conhecida como CEDAW. A CEDAW prevê, expressamente, que o Estado deve garantir à mulher “assistência apropriada em relação à gravidez, ao parto e ao período posterior ao parto [...]” (art. 12, item 2).

Além disso, no caput do art. 6º da Constituição de 1988 consta expressamente, com um direito social, a proteção da maternidade.

Não obstante as normas protetivas à maternidade e às condições apropriadas para as gestantes, parturientes e após o parto, os relatos contidos na inicial do MPF e do MP-AM e nas manifestações da Associação Humaniza a título de *amicus curiae* demonstram que os direitos das mulheres vêm sendo sistematicamente violados. Diante disso, o Poder Judiciário, com base no direito de amplo acesso à justiça previsto no art. 5º, XXXV da norma constitucional e com fundamento nas normas internacionais, não pode se manter inerte.

Dito isso, passo a analisar os pedidos da ação em relação a cada um dos requeridos:

1. UNIÃO: na inicial, discute-se, quanto ao ente federal, a reavaliação das maternidades do Amazonas, a obrigação fiscalizatória federal e o pedido de pagamento de danos morais coletivos.

Verifico que, por ocasião da ata de ID 301418438, referente à última tentativa de conciliação

realizada, este Juízo homologou acordo quanto às medidas de reavaliação das maternidades, cujo cumprimento fora demonstrado pela União, inclusive, com a realização de 3 rodadas de avaliação, conforme consta no ID 239769367: “a União informou que a 3ª reavaliação das maternidades fora concluída entre 9 e 12 de março de 2020. Disse ainda que foram reavaliadas 6 maternidades, tendo em vista que a Maternidade Alvorada já havia cumprido os requisitos na 2ª reavaliação. Por fim, consta no documento que as maternidades avaliadas teriam sanado todas as irregularidades.” (transcrição de excerto do relatório desta sentença).

Diante disso, verifico que a União efetivamente cumpriu o acordo homologado na ata de audiência de ID 301418438.

No que se refere ao pedido de indenização por danos morais coletivos, entendo que não cabe a condenação da União, tendo em vista que não houve ato jurídico lesivo imputado a ela.

2. ESTADO DO AMAZONAS: não obstante o acordo homologado na ata de audiência de ID 301418438, em que consta que a “*parte requerida insira em seus editais e contratações relativas à ginecologia e obstetrícia medidas de prevenção e apuração de violência obstétrica, ficando este processo suspenso pelo prazo de 6 (seis) meses, quando então, as partes deverão se manifestar nos autos sobre a efetiva execução dessas medidas ou requererem o que entenderem de direito.*”; **não houve comprovação nos autos de seu cumprimento.**

Assim, o próprio Estado, nas tentativas de conciliação, acordou que eram necessárias adequações na prestação do serviço às mulheres gestantes, parturientes e após o parto, tanto que celebrou o acordo com o MPF/MP-AM, não tendo, posteriormente, demonstrado seu cumprimento.

Além disso, verifico que, quanto ao Estado, consta nos autos, no ID 749969489, documento referente a uma notícia retirada da página da Defensoria Pública do Estado do Amazonas que informa que “*condenações do poder público por violência obstétrica passam de 1 milhão.*”, o que demonstra ainda mais a gravidade dos casos relatados na presente ação.

Diante disso, havendo acordo homologado nos autos e tendo sido apresentados diversos relatos de casos envolvendo mulheres vítimas de violência obstétrica, considerando ainda o que já fora anteriormente dito a respeito das normas protetivas das mulheres a nível nacional e internacional, deve o processo, quanto ao Estado do Amazonas, ser julgado procedente.

Além disso, quanto aos danos morais coletivos, frente aos relatos constantes dos autos (inclusive aquele transcrito no início desta fundamentação) e às demais provas juntadas, entendo que o Estado do Amazonas deve ser condenado ao pagamento de danos morais coletivos a serem revertidos para o fundo de que trata a Lei nº 7.347/1985, em seu artigo 13, caput.

Verifico ainda que estão presentes os requisitos do art. 300 do CPC para a concessão da tutela de urgência, especialmente o perigo da demora inverso, em razão dos relatos de violência sofrida por gestantes.

Ante o exposto, extingo o processo com resolução do mérito, na forma dos artigos 487, III, b do CPC (quanto à União) e 487, I do CPC (quanto ao Estado do Amazonas) para:

- a. **UNIÃO**: homologo definitivamente o acordo entre as partes de ID 301418438.
b. **ESTADO DO AMAZONAS**: condeno o requerido a:

a: i) garantir que todos os profissionais que atendam na rede estadual de saúde do Amazonas pautem suas atuações em protocolos clínicos e diretrizes baseadas em evidências científicas definidas pela CONITEC e aprovadas pelo Ministério da Saúde como tecnologias mais benéficas para o resguardo da saúde da mulher; ii) garantir que todos os profissionais que atendam na rede estadual de saúde do Amazonas passem por atualizações com periodicidade preferencialmente anual, à luz das normas que regem a humanização do parto; iii) garantir que os profissionais que, sem justificativa idônea e devidamente registrada, tenham atuado em desconformidade com as normas e protocolos do CONITEC e do CFM, no que se refere às parturientes, e cuja conduta tenha sido objeto de denúncia na via administrativa, tenham seus atos apurados em procedimento administrativo, com contraditório e ampla defesa, e, se for o caso, sejam afastados do exercício das atividades na rede pública de saúde; iv) garantir o funcionamento, em tempo integral, de ouvidorias e/ou mecanismos de recebimento de denúncias que confirmem aos denunciantes número de protocolo para acompanhamento, preferencialmente estabelecendo um protocolo único integrado para o registro das demandas, podendo funcionar, inclusive, através de meio virtual, v) garantir que todas as denúncias recebidas pela Secretaria Estadual de Saúde, com relação ao funcionamento de sua rede de atendimento à parturiente, sejam finalizadas em tempo oportuno; vi) implementar Comissões de Revisão de Prontuários, conforme Resolução CFM nº 1638/2002.

Condeno ainda o Estado do Amazonas ao pagamento de danos morais coletivos, destinados ao fundo de que trata do art. 13, caput da Lei 7.347/1985, no valor de 1 (um) milhão de reais, com juros e atualização nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal.

Ainda quanto ao Estado do Amazonas, presentes os requisitos do art. 300 do CPC, **concedo a tutela de urgência** para que, no prazo máximo de 3 meses, a contar da intimação, **o requerido apresente**: i) para profissionais contratados, diretamente, por meio de interpostas empresas, cooperativas, empresas, OSCIPS, ONGS e qualquer outro meio, contratos que disponham de cláusulas claras e explícitas quanto à obrigatoria atualização profissional e quanto à observância das normas técnicas definidas pela CONITEC como diretrizes para a atenção à parturiente e abortante no Sistema Único de Saúde, estabelecendo mecanismos para a intervenção e eventual afastamento, por parte do Estado, de profissionais que não atuem de acordo com o preconizado nas normas e diretrizes nacionais de humanização hoje vigentes, excetuados casos de disponham da oportuna e idônea justificativa, devidamente registrada em prontuário; ii) caso haja negativa de assinatura de contratos nos moldes constantes no item “i”, que o Estado apresente um plano voltado ao lançamento de edital nacional para a contratação de profissionais ou para a realização de concurso público com vistas à substituição de profissionais contratados que não se coadunem com as diretrizes de humanização do parto hoje vigentes; iii) com relação a todos os profissionais que atuam no atendimento à mulher em estado gravídico, puerperal ou em situação de abortamento, possuam estes vínculos estatutários ou contratuais, meios que garantam que as denúncias recebidas, via ouvidorias ou por outros modos, sejam apuradas e respondidas em tempo razoável; iv) planejamento que garanta a possibilidade de

recebimento, 24h por dia (podendo ocorrer por meio online), de denúncias e solicitações dos usuários dos serviços na rede pública do Amazonas, com definição de número de protocolo que permita o acompanhamento da queixa até sua derradeira avaliação pela administração pública.

Nos termos do art. 18 da Lei nº 7.347/1985, deixo de condenar os requeridos nas custas finais e ao pagamento de honorários sucumbenciais.

Sentença não sujeita à remessa necessária.

Havendo recurso, determino, desde logo, a intimação da parte recorrida para contrarrazoar, nos termos do art. 1.010, §1º, do CPC/2015, após o que deverá a Secretaria da Vara proceder nos termos em que determinado na Resolução Presi – 5679096, de 08/03/2018 (TRF1), e em seguida remeter os autos ao eg. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, se não houver pedido pendente de análise.

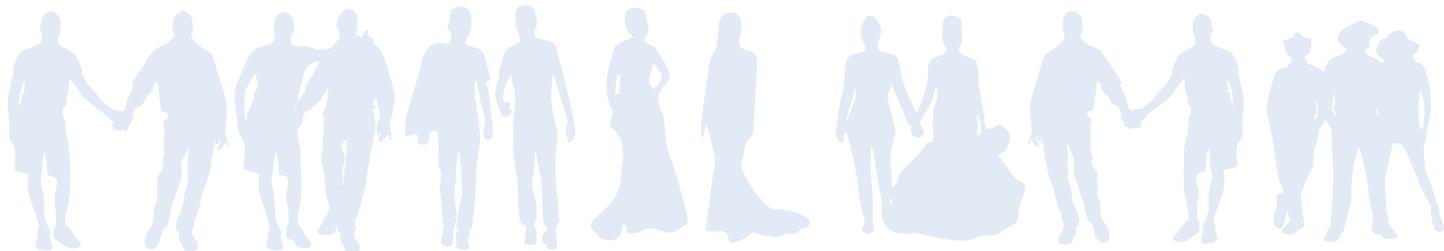
21 de outubro de 2021.

Juíza Federal Substituta (assinatura eletrônica)

[1] A cartilha do julgamento com perspectiva de gênero do CNJ pode ser encontrada no seguinte endereço eletrônico: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fajufe.org.br%2Fimages%2F2021%2Fpdf%2FProtocolo_18-10-2021Final.pdf&clen=2011370&chunk=true>. Acesso em: 19 out. 21.

[2] Relatório para a eliminação da discriminação contra a mulher: caso Alyne da Silva Pimentel. Relatório do Governo Brasileiro/agosto de 2014. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fwww.gov.br%2Fmdh%2Fpt-br%2Fna-vegue-por-temas%2Fpoliticas-par-a-mulheres%2Farquivo%2Fassuntos%2Facoes-internacionais%2Farticulacao%2Farticulacao-internacional%2Fonu-1%2FRelatorio2014CasoAlyne22agosto1v.pdf&clen=6177372&chunk=true>. Acesso em 19 out. 21.

[3] A decisão do Comitê da CEDAW encontra-se disponível no seguinte link: <http://www.mpf.mp.br/pfdc/temas/documentos-diversos/decisao-cedaw-caso-alyne-teixeira-29jul11-portugues.pdf/view>. Acesso em 19 out. 21.



CATEGORIA 4

Direitos da População Lésbica, Gay, Bissexual, Transexual, Queer, Intersexo e Assexual – LGBTQIAP+

Decisão premiada

Processo nº 0182854-55.2017.4.02.5114
Tribunal Regional Federal da 2ª Região
Juíza Federal Ana Carolina Vieira de Carvalho



Confira as outras duas decisões finalistas da categoria

05/10/2021 10:11

:: 510006230017 - eproc - ::



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
1ª Vara Federal de Magé

RUA SALMA REPANI, 114 - Bairro: VILA VITÓRIA - CEP: 25900-409 - Fone: (21)3218-6513 - www.jfrj.jus.br - Email: 01vf-ma@jfrj.jus.br

PROCEDIMENTO COMUM Nº 0182854-55.2017.4.02.5114/RJ

AUTOR: ALLANIS DA SILVA COSTA

RÉU: UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO

DESPACHO/DECISÃO

Trata-se de ação proposta por ALLANIS COSTA em face da União Federal por meio da qual a autora requer a condenação da ré a reintegrá-la ao serviço ativo, sustentando a licença médica infundada a que está sendo submetida. Requer, ainda, a emissão de nova identidade respeitando sua identidade de gênero, além da emissão de documentos internos em conformidade com o mesmo e, por fim, o uso do alojamento conforme o gêneroautoidentificado.

Como causa de pedir sustenta que, em 10.01.2010, ingressou nos quadros da Marinha como aprendiz de marinheiro, sendo em 2013 promovida a cabo. Na época, a autora ainda vestia roupas masculinas. No ano seguinte, a militar iniciou seu tratamento hormonal no Hospital Universitário Pedro Ernesto (HUPE).

Todavia, em 2015, após informar que estava em processo de transição de gênero no ambulatório transexualizador, foi posta compulsoriamente de licença médica. Desde então as licenças foram renovadas, o que tem diminuído o seu coeficiente de aptidão, inviabilizando que possa fazer a prova para sargento e conseguir a estabilidade na carreira. O avaliador teria, inclusive, retirado pontos da requerente, pois alega não ter tido condições de avaliar seu desempenho.

Acresce, ainda que, a ré nega seu direito de usar o uniforme feminino e a dispensa do corte de cabelo. A autora, inclusive, estaria sem o seu documento de identidade, pois a Marinha se nega a emitir o mesmo se a foto não for com a militar de cabelos presos, uniforme masculino e sem maquiagem.

Documentos anexados no anexo 1, dentre os quais a guia de acompanhamento médico que comprova a renovação das diversas licenças médicas deferidas a partir de 09.10.2015. No documento de fls.31 consta a recomendação do Capitão-tenente Hugo Leonardo para que a autora seja autorizada a usar trajes femininos e dispensada do corte de cabelo.

No Comunicado nº 01-51- EA-IISG/2015, a Diretoria da Marinha comunica a militar que a mesma recebeu parecer desfavorável à participação no processo seletivo ao Exame de Admissão ao Curso Especial de Habilitação para Promoção a Sargento:

“O parecer desfavorável da CPP foi motivado pelo fato da Praça possuir um conjunto de contravenções disciplinares na carreira, possuir contravenção cuja pena implicou na imposição de dias de prisão; ter apresentado declínio nas últimas avaliações da Aptidão para a Carreira; e possuir a Aptidão Média para a carreira e média do pendur para acesso a graduação de 3SG,

05/10/2021 10:11

:: 510006230017 - eproc - ::



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
1ª Vara Federal de Magé

ambas, abaixo da média aritmética dos demais concorrentes (média das AMC dos demais concorrentes, já subtraído o desvio padrão : 4,32 – AMC do militar: 3,90 e média do pendor dos demais concorrentes, já subtraído o desvio padrão: 6,57 – pendor do militar: 5,00)”

Na reconsideração de parecer datada de 17 de agosto de 2016, o Capitão de Mar e Guerra, Comandante Alexandre Tito dos Santos Xavier, informa que:

“(...) o referido militar, por ocasião das punições relacionadas ao ano de 2013, estava passando por fortes transtornos psicológicos, em virtude de agressão sofrida e ainda, devido ao agravo do quadro de saúde de sua genitora, diagnosticada com câncer de mama, a qual veio a falecer em meados de 2014. Cabe ressaltar que o militar em tela possui atualmente sua pontuação máxima de comportamento e não mais incorreu em qualquer Contravenção Disciplinar.

3. Participo que este Comando é de parecer FAVORÁVEL ao pleito do requerente.”

O requerimento para uso do nome social efetivado perante a Marinha, em 21 de junho de 2017, foi indeferido por falta de previsão legal específica (fls.56, EV01).

Às fls. 70 o Setor de Perícias da Unidade Docente Assistencial de Psiquiatria informa que:

“ Levo ao conhecimento deste serviço que a paciente Allan da Silva Costa (ALLANIS) RE. No HUPE 001798134, apresenta condições previstas na Resolução nº 1.955/2010 do Conselho Federal de Medicina, publicada no Diário Oficial da União de 03 de setembro de 2010, que dispõe sobre cirurgia de transgenitalismo (CID-10, F-64), ou seja:

- 1. Tem o diagnóstico médico de transexualismo;*
- 2. Apresenta desconforto com o sexo anatômico natural;*
- 3. Exibe o desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto;*
- 4. O distúrbio permanece de forma contínua e consistente por mais de dois anos;*
- 5. Há ausência de outros transtornos mentais.”*

No documento de fls. 72(EV01), a Marinha informa que a autora deixou de ser identificada por estar em trajes civis e com o aspecto fisionômico incompatível com o seu registro no BDPES.

Atestado médico emitido pelo Professor Miguel Chalub, médico docente da UERJ, no sentido de que a autora está inscrita no “programa de cirurgia de transgenitalismo no Hospital Pedro Ernesto da UERJ, fazendo acompanhamento psicológico, psiquiátrico, urológico e endocrinológico, devendo ser submetido à cirurgia a partir de 2016, uma vez que se identifica com o sexo feminino.” (fls.104, EV01)

Às fls.116 consta o registro testemunhal do acidente em serviço sofrido pela autora que lesionou seu tornozelo.



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
1ª Vara Federal de Magé

Despacho determinando a emenda à inicial no EV03. Petição apresentando os dados e documentos necessários no EV06.

No EV 07 foi proferida decisão liminar nos seguintes termos:

“Ante o exposto, DEFIRO EM PARTE O PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA formulado, apenas para determinar que a parte ré, no prazo máximo de 30 dias, emita nova identidade funcional da parte autora em que conste o nome social desta, bem assim que, em seus atos e procedimentos, passe a adotar o nome social da parte autora, de acordo com seu requerimento, tudo em conformidade com o disposto no Decreto nº 8.727, de 28/04/2016.”

Agravo interposto pela União no EV 16 e contestação apresentada no EV17. Em sua defesa a ré requer o indeferimento da gratuidade de justiça. No mérito, sustenta que o Poder Executivo, ao editar o Decreto 8727/16, teria exorbitado de suas atribuições. Nesse sentido, estaria em tramitação um projeto de Decreto legislativo com o fim de sustar a eficácia do ato do executivo. Aduz, ainda, que o sistema da Marinha deveria sofrer algumas modificações para atender o pedido do autor, mas não especifica quais seria tais mudanças.

No que se refere ao pedido de realização do exame de admissão ao curso especial de habilitação para promoção a sargento, a União sustenta que a autora possui em seu histórico onze contravenções disciplinares por ela cometidas, dentre elas, contravenções cujas penas impostas totalizam oito dias de prisão. Ainda segundo a requerida:

“Verifica-se, pois, que o parecer desfavorável emitido pela Comissão de Promoções de Praça (CPP) foi motivado pelo conjunto de punições disciplinares praticadas pelo autor, em razão de possuir médias para acesso à graduação de Terceiro-Sargento abaixo da média aritmética dos pendoros da turma menos o desvio padrão, demonstrando sua incompatibilidade com a nova graduação pretendida, ensejando, assim, a reprovação pela avaliação a que se submeteu.”

Outro óbice ao pleito autoral, segundo a União, seria a impossibilidade de sua permanência no Corpo de Praças da Armada, do Quadro de Praças da Armada, como operador de sonar, após a cirurgia de redesignação sexual, visto que tal posto apenas pode ser ocupado por pessoas do sexo masculino. Acresce, ainda que:

“Adicionalmente, torna-se mister deixar claro que o instituto de Requalificação previsto no PCPM não se aplicaria ao mesmo, já que é uma faculdade concedida à Administração que permite o reaproveitamento da praça que, embora apto para o SAM, por força de recomendações médicas emanadas de Inspeção de Saúde fique incapaz definitivamente de exercer tarefas inerentes à sua especialidade situação distinta da verificada no caso concreto.”

No EV 17, fls.214 a ré informa que foi dado cumprimento à antecipação dos efeitos da tutela.

Às fls. 264 (EV17) consta o parecer nº 273/2017 emitido pelo Centro de Perícias Médicas da Marinha, o qual analisa a situação do autor nos seguintes termos:

“De acordo com os Termos de Inspeção de saúde (TIS) nº 012.000.21957, 014.000.13968, 016.000.30520, 017.000.13291, 017.000.13294, 017.000.52515, 017.000.52583 e 017000.52584, atinentes ao autor, localizados no arquivo desse Centro, participo que:

05/10/2021 10:11

:: 510006230017 - eproc - ::



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
1ª Vara Federal de Magé

Em duas sucessivas inspeções de saúde (IS) realizadas em oito de novembro de 2012 e seis de dezembro de 2012, o Autor foi considerado apto, sem que fosse observada nenhuma anormalidade significativa à avaliação médio-pericial

Em IS realizada em 16 de junho de 2015 pela junta regular de saúde 2 da Base Naval do rio de Janeiro (JRS2/BNRJ), o Autor foi considerado apto com restrições por apresentar sinais de entorse de tornozelo esquerdo.

Em cinco sucessivas IS realizadas no período de 9 de outubro de 2015 a 29 de junho de 2017, o Autor foi considerado incapaz temporariamente para o serviço ativo da marinha (SAM), por doença sem relação de causa e efeito com o serviço. Recebeu Licença para tratamento de saúde (LTS) por 180 dias. Registrada a observação de Transexualismo, em curso de programa de transexualização no Unversidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Apresentava também ao exame, sinais de depressão e ansiedade. Permaneceu sob acompanhamento psiquiátrico na Unidade Integrada de Saúde Mental (UISM), alcançando remissão dos sinais de depressão. O autor foi submetido ao tratamento hormonal com prescrição e uso de estradiol, associado de ciproterona e atinilestradiol. Não foi indicada pelos especialistas a colocação de prótese mamária a pedido do autor. O problema ortopédico foi resolvido, não constituindo fator de inaptidão laborativa.

3. Conclusão

Face aos documentos analisados foi comprovado que o autor submetido à Inspeção de saúde, sendo considerado incapaz temporariamente para a atividade militar naval a partir de outubro de 2015 de forma interrupta.

Durante o período , o autor permaneceu sob acompanhamento psiquiátrico na UISM, obtendo remissão do quadro depressivo.

Além disso, o Autor declarou durante a avaliação médica que, por poder viver integralmente a sexualidade feminina, sente-se melhor.

Permaneceu sob seguimento na UERJ, até a alta. Informou que foi indicado naquele serviço o procedimento cirúrgico para mudança de sexo em agosto de 2016, posteriormente adiada e sem previsão atual para sua realização. Relatou também consultas no Serviço de endocrinologia do Instituto Estadual de Diabetes e Endocrinologia (IEDE) e no Serviço de Urologia da UERJ, em protocolo de transgenitalização."

No EV 18 a autora apresenta petição, na qual informa que a tutela foi deferida quanto ao uso de seu nome social. No entanto, a Marinha ainda a obriga a vestir o uniforme masculino e a não colocar qualquer tipo de maquiagem.

Nova decisão proferida no EV 19 , nos seguintes termos:

"Todavia, em face ao relato feito pela autora às fls. 301, entendo prudente esclarecer que a finalidade do Decreto nº8.727/2016 foi conferir tratamento digno aos travestis e transexuais. Em outras palavras, apesar do objetivo direto da norma relacionar-se ao nome funcional, a ideia subjacente ao seu texto é a de que o travesti ou transexual deve ser tratado pela sociedade conforme a identidade que os mesmos se conferem e não pelo constante da certidão de nascimento. Trata-se de irradiação direta do princípio da dignidade da pessoa humana, esculpido como um dos fundamentos do Estado Democrático do Direito (artigo 1º, inciso III da Constituição Federal). Não por outra razão, aliás, o parágrafo único do artigo 2º do Decreto em comento institui que: "É vedado o uso de expressões pejorativas e discriminatórias para referir-se a pessoas travestis ou transexuais." Ora, a mera modificação dos assentos funcionais, sem que seja permitido à autora a sua apresentação no serviço militar

05/10/2021 10:11

:: 510006230017 - eproc - ::



**Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
1ª Vara Federal de Magé**

com uniformes e acessórios femininos reflete a perpetuação da discriminação e do tratamento pejorativo em face de sua peculiar condição. Há, nesse ponto, ofensa direta às finalidades do Decreto e da própria Magna Carta, que dispõem que a integração do travesti e do transexual na sociedade deve ocorrer forma digna e respeitosa.

Permitir somente o deferimento do nome social e não a mudança de sua apresentação pessoal é decisão que mantém a situação de constrangimento no âmbito no qual a autora exerce suas funções e em nada ofende o regular funcionamento da Marinha. Em verdade, entendo que a presença da militar no interior do órgão é fato que ensejará uma possibilidade de amadurecimento aos seus companheiros às questões de diversidade e respeito às escolhas alheias.(...)

Em face de todo o acima narrado, concluo que a proibição da autora em utilizar uniforme e acessórios femininos reflete a falta de consideração quanto à sua identidade de gênero e institui uma situação vexatória e de inferioridade. Por outro lado, não há na contestação, nenhum indício de que o tratamento da requerente em conformidade com a identidade social seja ato passível de causar qualquer problema no funcionamento das atividades militares. Assim, em análise perfunctória, defiro nova antecipação dos efeitos da tutela com a finalidade de permitir que a autora se apresente ao serviço militar com trajes militares femininos e os acessórios femininos que sejam permitidos nas normas militares para as mulheres em geral. A presente decisão passa a integrar a decisão anterior.”

No EV 27 consta petição da autora, na qual a mesma pontua que suas licenças foram renovadas de seis em seis meses, desde outubro de 2015, por doença sem causa e efeito com o serviço ativo, o que indicaria que a causa do referido ato não era o problema no tornozelo. A par disso, constam nas licenças em testilha o CID 64.0 (transexualismo) e F32 (depressão leve). Acresce que trabalhou usando bota ortopédica de janeiro a julho de 2015, o que indicaria que seu problema no tornozelo não era capaz de impedir o exercício de suas funções. Ao final requer:

1 – Que o encarregado de pessoal da marinha seja obrigado a justificar o motivo da queda de coeficiente da autora fundamentado e por escrito.

2- A realização de perícia médico – judicial para atestar e comprovar a capacidade da Autora para o trabalho.

3- A intimação da Ré para apresentar parecer técnico de porque entende que a autora se encontra incapaz para o trabalho e exercício de suas funções militares.

A decisão proferida no EV 32 manteve a gratuidade de justiça anteriormente deferida e deferiu a prova pericial requerida pela autora.

No EV 33, a autora junta parecer médico que concluiu que a entorse em seu tornozelo não impede seu retorno ao serviço ativo. Ainda segundo a militar, a Marinha estaria exigindo laudo psiquiátrico de transexualidade (documentos às fls. 332/334).

O MPF manifesta sua ciência em face de todo o processado no EV 37.

Informações juntadas pela União no EV 44. No parecer nº 99/2018, elaborado pelo centro de Perícias Médicas da Marinha, consta que:

05/10/2021 10:11

:: 510006230017 - eproc - ::



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
1ª Vara Federal de Magé

“ em IS realizada em 16 de junho de 2015 pela Junta regular de Saúde 2 da Base Naval do Rio de Janeiro (JRS2/BNRJ), o Autor foi considerado apto com restrições por apresentar sinais de entorse do tornozelos esquerdo; c) em cinco sucessivas IS realizadas no período de 9 de outubro de 2015 a 29 de junho de 2017, o Autor foi considerado incapaz temporariamente para o Serviço Ativo da Marina (SAM), por doença sem relação de causa e efeito com o serviço. Recebeu licença para o tratamento de saúde por 180 dias.

(...) No parecer psiquiátrico da UISM, datado de 9 de abril de 2018, consta que a Autora tem diagnóstico de Transtorno de Identidade Sexual, Transexualismo (F 64 –CID-10), tendo informado que estava em acompanhamento psiquiátrico nessa unidade e havia usado medicação específica para tratamento de Transtorno misto de ansiedade e depressão.

(...) Inicialmente, cabe destacar que, segundo a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas relacionados com a Saúde (CID-10), publicada pela Organização Mundial da Saúde, e que fornece códigos relativos à classificação de doenças e de uma grande variedade de sintomas, aspectos anormais, queixas, circunstâncias sociais e causas externas para ferimentos e doenças. O transexualismo é um transtorno do comportamento caracterizado pelo desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto (...)

Pelo exposto, resta claro que o transexualismo é reconhecido, até o presente momento, como patologia, como bem define a CID-10, a intenção de proposta para a futura CID-11, O CFM e o pronunciamento do STF. Do ponto de vista técnico, conforme explanado no Compêndio de Psiquiatria, publicado por autores consagrados, a disforia de gênero cursa com índices mais elevados de associação com outros transtornos psiquiátricos, pensamentos suicidas e até a possibilidade de insatisfação pós-cirúrgica de trasngenitalização, bem como repercussões na saúde e risco de complicações graves com o uso da terapia hormonal.”

Quesitos e indicação de assistente técnico pela União no EV 45.

Novas informações prestadas pela União no EV 46, no qual descreve a forma de avaliação dos militares em licença para tratamento de saúde (LTS):

“ (...) Cabe ressaltar que o militar nessa condição (TLSP) de acordo com a DGPM-313 no item 4.11, alínea 4.11.1. combinado com o item 4.10, alínea 4.10.3 terá sua avaliação gerada no módulo repetição, por meio do programa SISEAD-WEB, ou seja, será repetido o último conceito antes de entrar de LTSP até o término da mesma.

O procedimento acima descrito perdurou até o primeiro semestre de 2017, pois a partir do segundo semestre de 2017 a sistemática de avaliação para militares em LTSP (licença para tratamento de saúde própria) sofreu alteração e o militar nessa condição ficará sem avaliação até o fim da referida Licença.”

No documento de fls. 373 constam as punições do autor. Todas referem-se a faltas ou por ter saído de bordo quando em serviço no ano de 2013 (cinco faltas, um atraso e uma saída em serviço). Em 2015 foram mais duas faltas.

A decisão que julgou procedente o agravo interposto pela União em face da segunda decisão antecipatória da tutela consta do EV 48.

Lauda pericial no EV 56, no qual a conclusão foi pela plena capacidade da autora:



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
1ª Vara Federal de Magé

“Pela avaliação médica atual ao exame físico/mental e documentos médicos, não há alterações pelas doenças mencionadas que impeçam a autora de retornar ao trabalho. Realiza o tratamento hormonal, no entanto, não há efeitos colaterais que interfiram nas atividades laborativas, podendo tal tratamento ser combinado com seu trabalho. Dessa forma, considerando quadro patológico atual e profissão, concluo que está a parte autora apta para o trabalho militar e civil.”

“O transexualismo, apesar de ter descrição em CID, não considero transtorno, mas uma identificação pessoal da autora, que de forma alguma interfere no trabalho militar. Apresentou ao exame de estado mental atual quadro totalmente compatível com qualquer atividade, sem nenhuma alteração psiquiátrica no momento.”

Intimada acerca do laudo, a União não apresentou qualquer manifestação específica, somente reiterou os termos de sua contestação.

No EV 66 a autora informa que sua certidão de nascimento foi alterada para a inclusão de seu nome social. No EV 74 a União informa que foi cumprida a antecipação de tutela com a emissão de nova identidade funcional à autora.

Manifestação do assistente técnico da União no EV 77, no qual este entende que a autora estaria acometida de Transexualismo:

“Entendem os ATs que o quesito se refere a(s) patologia(a) atual(is) da periciada. Conforme verificado durante a Perícia e consulta aos Autos, no momento a periciada não é portadora de S93.4 (Entorse de tornozelo) nem de F32 (Episódio Depressivo). A patologia que acomete atualmente a periciada é F64.0 (Transtorno da Identidade sexual: Transexualismo).”

Os assistentes baseiam a incapacidade atual da autora em possíveis e eventuais efeitos que poderiam ser causados pelo tratamento hormonal. Não existe qualquer fato concreto, sintomatologia ou episódio recente que indique o afastamento da autora da atividade militar. Pelo contrário, o que se percebe da leitura dos autos é que seu afastamento das suas atividades laborais em razão suas condições pessoais é fato que estigmatiza e viola sua dignidade. Em outras palavras, ao impedir o exercício da profissão a pessoa capaz.

(...) Os ATs concordam que, no momento da entrevista psiquiátrica, a periciada não exibiu alterações psicopatológicas significativas. Contudo, chamam a atenção na resposta oferecida dois pontos importantes: Os ATs concordam que NÃO é possível a cura completa do transtorno após tratamento; e Causa estranheza a afirmação do ilustre Sr. Perito do Juízo, segundo a qual, “o transexualismo, apesar de ter descrição na CID-10, não considero transtorno, mas uma identificação pessoal da autora”. A rubrica F64.0 consta da Classificação Internacional de Doenças, publicação da Organização Mundial de Saúde, mais especificamente no V Capítulo, destinado aos Transtornos Mentais e do Comportamento. Segundo a citada publicação, o transtorno é entendido como “Um desejo de viver e ser aceito como um membro do sexo oposto, usualmente acompanhado por uma sensação de desconforto ou impropriedade de seu próprio sexo anatômico e um desejo de se submeter a tratamento hormonal e cirurgia para tornar seu corpo tão congruente quanto possível com o sexo preferido” (OMS, Classificação dos Transtornos Mentais e do Comportamento da CID-10: Descrições clínicas e diretrizes diagnósticas, ARTMED, 1993, p.210).”

No EV80 a autora foi intimada para manifestar-se quanto à informação prestada pela Marinha de que teria ocorrido a sua reforma administrativa, visto que ultrapassado o período de dois anos na condição de agregado (art. 106, inciso III da Lei 6.880/80). Manifestação da autora aduzindo a ilegalidade da atuação da administração no EV 83, visto que a questão está sendo discutida nos presentes autos.

05/10/2021 10:11

:: 510006230017 - eproc - ::



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
1ª Vara Federal de Magé

No EV 84 a Marinha foi intimada para apresentar o termo de saúde que justificou sua reforma. Termo de Inspeção que indica o Transsexualismo como a doença incapacitante consta do EV 100.

Parecer do MPF no EV 116, nos seguintes termos:

“A medida de reforma compulsória, justificada pelo fato de Allanis ser transexual, vista como uma doença pela Marinha do Brasil, está desatualizada, baseada em preconceitos e caminha no sentido oposto ao que tem sido empregado no trato das identidades de gênero atualmente.

É evidente que a transexualidade não impede o exercício de atividades laborativas de qualquer espécie. Não há a menor razoabilidade em aplicar ao servidor (civil ou militar) regras inerentes à incapacidade laboral.

São ilícitas condutas da Administração Pública civil ou militar, no sentido de tratar de forma diferenciada o indivíduo transexual e, apenas por este fato, se utilizar de licenças médicas, afastamentos ou mesmo redução de coeficiente de aptidão como forma de restringir os direitos dessa pessoa, com fundamento exclusivo em sua sexualidade. Desta forma, deve ser confirmada a decisão judicial que antecipou os efeitos da tutela para determinar a retificação do nome e gênero da autora nos assentos militares e no tratamento interpessoal em seu ambiente de trabalho, além de sua reintegração ao quadro da Marinha, sem prejuízo à progressão funcional, computando-se o tempo de serviço durante todo o período em que esteve em licença para tratamento de saúde.”

No EV 118 o feito foi convertido para a realização de audiência com o fim de colher o depoimento pessoal da autora. Assentada e vídeos no EV 133.

Alegações finais da autora no EV 139 e da União no EV 141. Parecer do MPF pela procedência do pleito autoral no EV 143.

Vieram os autos conclusos.

É o relatório. Decido.

Não existem quaisquer preliminares no presente feito.

A autora formulou diversos pedidos na exordial, dentre os quais: a obtenção de identidade funcional com seu nome social; a autorização para o uso de uniformes femininos; a permissão para o uso do alojamento feminino; a invalidade das licenças médicas deferidas e a invalidade das avaliações efetivadas com a consequente possibilidade de sua participação no Exame de Admissão ao Curso Especial de Habilitação para Promoção a Sargento.

O pedido relativo ao uso do alojamento feminino enquadra-se no tema 778 do STF[1], com declaração de repercussão geral e ainda não julgado. Tal fato impede o julgamentosamente desse pedido.

Todavia, trata-se de pedido acessório em relação aos demais, visto que o principal pleito se refere ao seu retorno às atividades militares e à invalidade das licenças médicas concedidas desde 2015. Não é possível que, em razão de suspensão relativa a



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
1ª Vara Federal de Magé

pedido acessório, todo o restante reste paralisado e a autora permaneça afastada de suas funções laborativas, mesmo inexistindo qualquer incapacidade, conforme atestado no laudo médico judicial.

Aplico ao caso o previsto no parágrafo único do art.354 do CPC, que permite o julgamento antecipado do mérito de apenas parte do processo. Passo a julgar, portanto, todos os demais pedidos e mantenho o feito suspenso somente quanto ao pedido de uso do alojamento feminino, até que o Supremo se pronuncie em relação ao Tema 778.

1.Das normas aplicáveis ao caso concreto.

Inicialmente, cabe ressaltar que a Constituição Federal prevê, entre o rol dos direitos individuais, a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III), o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, além da igualdade entre todos (art.5º). A par disso, a MagnaCarta, em seu artigo 3º, inciso IV, veda a discriminação de qualquer natureza.

No âmbito internacional, o Pacto de San José da Costa Rica também estabelece o direito ao nome (artigo 18); o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica (artigo 3); o direito à liberdade pessoal (artigo 7.1) e o direito à honra e à dignidade (artigo 11.2).

A Assembleia das Nações Unidas, por sua vez, adotou a "Declaração sobre Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero", na qual também ressalta a vedação de discriminação em razão da orientação sexual dos indivíduos e da identidade de gênero. Relevante, ainda, o constante do art.3º dos Princípios de Yogyakarta, documento voltado para o tratamento dos direitos humanos nas áreas de orientação sexual e identidade de gênero:

"Toda pessoa tem o direito de ser reconhecida, em qualquer lugar, como pessoa perante a lei. As pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas devem gozar de capacidade jurídica em todos os aspectos da vida. A orientação sexual e identidade de gênero autodefinidas por cada pessoa constituem parte essencial de sua personalidade e um dos aspectos mais básicos de sua autodeterminação, dignidade e liberdade. Nenhuma pessoa deverá ser forçada a se submeter a procedimentos médicos, inclusive cirurgia de mudança de sexo, esterilização ou terapia hormonal, como requisito para o reconhecimento legal de sua identidade de gênero. Nenhum status, como casamento ou status parental, pode ser invocado para evitar o reconhecimento legal da identidade de gênero de uma pessoa. Nenhuma pessoa deve ser submetida a pressões para esconder, reprimir ou negar sua orientação sexual ou identidade de gênero."

O tema em litígio, aliás, já foi abordado de forma paradigmática pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, na Opinião Consultiva nº24/2017:

"61.A Corte apontou que a noção de igualdade deriva diretamente da unidade da natureza do gênero humano e é inseparável da dignidade essencial da pessoa, frente a qual é incompatível toda situação que, por considerar superior um determinado grupo, conduza a tratá-lo com privilégio; ou, inversamente, por considerá-lo inferior, tratá-lo com hostilidade ou de qualquer forma o discrimine do gozo de direitos que são reconhecidos para aqueles que não se consideram incluídos em tal situação. Os Estados devem abster-se de realizar ações que, de qualquer maneira, sejam direcionadas, direta ou indiretamente, à criação de situações de discriminação de jure ou de facto. A jurisprudência da Corte também indicou que, na atual fase da evolução do direito internacional, o princípio fundamental da igualdade e não discriminação entrou no domínio da ius cogens. Sobre ele repousa a base jurídica da ordem pública nacional e internacional e permeia todo o ordenamento jurídico.

05/10/2021 10:11

:: 510006230017 - eproc - ::



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
1ª Vara Federal de Magé

63. *A este respeito, o Tribunal estabeleceu que o artigo 1.1 da Convenção é uma norma de caráter geral cujo conteúdo se estende a todas as disposições do tratado, e estabelece a obrigação dos Estados Partes de respeitar e garantir o pleno e livre exercício dos direitos e liberdades nele reconhecidos "sem qualquer discriminação". Ou seja, independentemente da origem ou da forma que assuma, qualquer tratamento que possa ser considerado discriminatório em relação ao exercício de qualquer um dos direitos garantidos na Convenção é, per se, incompatível com a mesma. 151 A violação pelo Estado da obrigação geral de respeitar e garantir os direitos humanos, por meio de qualquer tratamento diferente que possa resultar discriminatório, ou seja, que não persiga fins legítimos, seja desnecessário e/ou desproporcional, gera responsabilidade internacional. 152 É por isso que existe uma ligação indissolúvel entre a obrigação de respeitar e garantir os direitos humanos e o princípio da igualdade e da não discriminação."*

No campo doutrinário, o entendimento não é diverso. Segundo magistério do Desembargador do Tribunal Regional Federal da Quarta Região, Roger Raupp Rios, os direitos da sexualidade devem ser resguardados contra deliberações majoritárias, as quais, a despeito de invocarem “razões morais”, impõem às minorias escolhas pessoais, que passam a ser consideradas como o padrão a ser seguido por todos:

“De fato, na própria gênese da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do constitucionalismo está a afirmação de certos direitos invioláveis e garantidos inclusive contra deliberações majoritárias. No caso da sexualidade, identidades e práticas estigmatizadas, uma vez subsumidas aos princípios básicos da igualdade e da liberdade, estão protegidas contra deliberações majoritárias que as violem. Nessa tradição do constitucionalismo e dos direitos humanos, inclusive, uma condição para a vida democrática é a preservação deste núcleo fundamental, já que sua afirmação não subverte a vida democrática; ao contrário, tal proteção é exigida pela democracia, regime que não se resume à vontade da maioria.

*A segunda objeção invoca razões morais, o argumento moralista. Tais direitos, simplesmente, não seriam direitos, pois, sendo contrários à moral, seriam deturpações valorativas. Esse argumento se aproxima do anterior na medida em que associa à dinâmica majoritária das democracias a defesa de uma moralidade também majoritária. A resposta a tal objeção, numa perspectiva que privilegia liberdade e igualdade, vem de John Stuart Mill (2015): **a única moralidade que a democracia pode acolher é a moralidade crítica, em que os argumentos do gosto, da tradição, do nojo e do sentimento de repulsa da maioria não podem ser finais, sob pena das ameaças do integrismo, do fundamentalismo das tradições, do autoritarismo vindo daqueles que se considerem iluminados.**[2]*

Em verdade, embora a liberdade seja princípio consagrado na Constituição, nas Convenções Internacionais e no debate público, no âmbito do direito à sexualidade ainda vicejam influências religiosas na aplicação do ordenamento jurídico. Nesse sentido, os esclarecimentos de Daniel Borillo:

*“A liberdade sexual é a capacidade de agir eroticamente, sem coação, e de se expressar sexualmente conforme escolha própria. A vontade e o consentimento constituem os pilares nos quais se fundamenta a liberdade sexual. Como qualquer outra liberdade, compõe-se de dois elementos indissociáveis: o direito do indivíduo a exercê-la e a obrigação de todos os membros da sociedade de absterem-se de interferir. O único limite dessa liberdade deveria ser aquele de não prejudicar o próximo. No entanto, quando pensamos na sexualidade como expressão da liberdade, deparamo-nos com o seguinte paradoxo: **as sociedades modernas que não deixam de festejar a autonomia do indivíduo e que proclamam a separação da Igreja e do Estado continuam, no entanto, abordando a moral sexual a partir de uma perspectiva religiosa**[3]*



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
1ª Vara Federal de Magé

Descabe, portanto, marginalizar situações divergentes do estilo de vida compartilhado pela maioria, com base em preconceitos sociais e morais que não se coadunam com o respeito à dignidade humana. Inconcebível, dessa forma, a existência de discriminação que impeça ou exclua qualquer minoria do acesso aos bens necessários à vida. Relevantes, novamente, as lições do Desembargador Raupp Rios:

“Um direito democrático da sexualidade, enraizado nos princípios dos direitos humanos e nos direitos constitucionais fundamentais, deve atuar simultaneamente no sentido do reconhecimento do igual respeito às diversas manifestações da sexualidade e do igual acesso de todos, sem distinções, aos bens necessários para a vida em sociedade. Reconhecimento e distribuição, nas palavras de Nancy Fraser, são categorias fundamentais para a compreensão dos paradigmas da justiça socioeconômica e da justiça cultural ou simbólica (FRASER, 1997), universos habitados por diversos direitos sexuais”. [4]

Das considerações efetivadas nesse primeiro tópico, pode-se inferir que as normas internacionais e a Constituição Federal vedam de forma expressa qualquer discriminação de gênero. Impensável nos dias atuais, portanto, a exclusão de um indivíduo dos elementos configuradores da sua dignidade em decorrência de opções sexuais que não refletem os valores da maioria.

2. Da possibilidade de adoção do nome social

Conforme já referido anteriormente, o direito à identidade pessoal é reconhecido de forma expressa e ampla no âmbito internacional e na Constituição Federal. Segundo referido pela Ministra Rosa Weber, no julgamento da ADI 4257, trata-se do “direito dos direitos” da pessoa humana, pois é, a partir dele que podem ser desenvolvidos os seus demais direitos :

“13. Direito à identidade pessoal, que compreende a identidade sexual e de gênero, é um dos direitos fundamentais da pessoa humana. Melhor explicando, o direito à identidade pessoal é o direito dos direitos da pessoa humana, porquanto apenas a partir do reconhecimento da identidade é que o indivíduo pode desenvolver sua personalidade, autonomia e lugar na comunidade a qual pertence.”

Por outro lado, é conceito assente, atualmente, que a conformação física externa não é a única característica definidora do gênero. A identidade de gênero relaciona-se, em última análise, com a construção individual, isto é, através de uma decisão livre e autônoma acerca da forma como o indivíduo se reconhece. Nos termos da já citada Opinião Consultiva da CIDH:

“88. Em vista disto, um aspecto central do reconhecimento da dignidade é a possibilidade de todo ser humano se autodeterminar e escolher livremente as opções e circunstâncias que dão sentido à sua existência, de acordo com suas próprias escolhas e convicções. Neste contexto, o princípio da autonomia da pessoa desempenha um papel fundamental, o que veda toda ação estatal que procure a instrumentalização da pessoa, isto é, que a converta em um meio para fins alheios às escolhas sobre sua própria vida, seu corpo e o pleno desenvolvimento de sua personalidade, dentro dos limites impostos pela Convenção. Desta forma, de acordo com o princípio do livre desenvolvimento da personalidade ou autonomia pessoal, cada pessoa é livre e autônoma para seguir um modelo de vida de acordo com seus valores, crenças, convicções e interesses. (...) 94. Neste ponto, deve-se lembrar que a identidade de gênero foi definida neste parecer como a experiência interna e individual do gênero como cada pessoa sente, o que pode corresponder ou não ao sexo atribuído no momento do nascimento. O que precede também leva à experiência

05/10/2021 10:11

:: 510006230017 - eproc - ::



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
1ª Vara Federal de Magé

*peçoal do corpo e outras expressões de gênero, como são a vestimenta e o modo de falar (supra, par. 32.f). Nesta linha, para esta Corte, o reconhecimento da identidade de gênero está necessariamente ligado à ideia de que **sexo e gênero devem ser percebidos como parte de uma construção de identidade que é o resultado da decisão livre e autônoma de cada pessoa, sem ter que estar sujeita à sua genitalidade.***

Das premissas acima, surge de forma evidente que o direito ao reconhecimento da identidade de gênero acarreta o direito à modificação do nome, nas hipóteses em que a opção da identidade sexual não corresponda ao gênero constante dos registros públicos originais[5].

Não se trata de mero formalismo, mas de uma necessidade para a realização das pessoas que sofrem de disforia de gênero, visto que, a cada situação em que seja necessária a apresentação do documento original, ocorre nova situação de constrangimento e vergonha. A CIDH pontua, ademais, que a ausência de reconhecimento do direito à identidade de gênero das pessoas transgênero contribui para reforçar e perpetuar comportamentos discriminatórios contraelas:

“134. Nesta opinião, já foi indicado que a falta de reconhecimento do direito à identidade de gênero das pessoas transgênero contribui para reforçar e perpetuar comportamentos discriminatórios contra elas (supra, Capítulo IV.B). Isso também pode aprofundar a sua vulnerabilidade aos crimes de ódio, ou à violência transfóbica e psicológica, 282 a qual constitui uma forma de violência por razões de gênero, guiada pela vontade e desejo de castigar pessoas cuja aparência e comportamento desafiam os estereótipos de gênero. 283 Da mesma forma, a falta de reconhecimento de sua identidade de gênero, pode levar a violações de outros direitos humanos, por exemplo, torturas ou maus tratos em centros de saúde ou de detenção, violência sexual, negação do direito de acesso à saúde, discriminação, exclusão e bullying em contextos de educação, discriminação no acesso ao emprego ou na atividade profissional, moradia e acesso à segurança social.”

Nesse diapasão, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, na Opinião Consultiva 24/2017, declarou que a mudança de nome e a adequação dos registros públicos para que eles reflitam a adequação dos registros públicos é um direito protegido pela Convenção Americana:

“EXPRESSA O PARECER por unanimidade, que: 2. A mudança de nome e, em geral, a adequação dos registros públicos e dos documentos de identidade para que estes sejam conforme a identidade de gênero autopercebida constitui um direito protegido pelos artigos 3º, 7.1, 11.2 e 18 da Convenção Americana, em relação com o 1.1 e 24 do mesmo instrumento, pelo que os Estados estão obrigados a reconhecer, regular e estabelecer os procedimentos adequados para tais fins, nos termos estabelecidos nos pars. 85 a 116.

d) O reconhecimento da afirmação da identidade sexual e de gênero como uma manifestação da autonomia pessoal é um elemento constituinte e constitutivo da identidade das pessoas que se encontra protegido pela Convenção Americana em seus artigos 7 e 11.2 (supra, par. 98); e) A identidade de gênero e sexual está ligada ao conceito de liberdade, ao direito à vida privada e à possibilidade de todo ser humano se autodeterminar e escolher livremente as opções e circunstâncias que dão sentido à sua existência, segundo suas próprias convicções (supra, par. 93);

4275: Tal, aliás, foi o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal na ADI



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
1ª Vara Federal de Magé

DIREITO CONSTITUCIONAL E REGISTRAL. PESSOA TRANSGÊNERO. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO NO REGISTRO CIVIL. POSSIBILIDADE. DIREITO AO NOME, AO RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, À LIBERDADE PESSOAL, À HONRA E À DIGNIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO OU DA REALIZAÇÃO DE TRATAMENTOS HORMONAIIS OU PATOLOGIZANTES. 1. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero. 2. A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. 3. A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. 4. Ação direta julgada procedente”

Em sentido semelhante, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no bojo do Recurso Especial nº 1.626.739-RS, com relatório do Ministro Luis Felipe Salomão:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO PARA A TROCA DE PRENOME E DO SEXO (GÊNERO) MASCULINO PARA O FEMININO. PESSOA TRANSEXUAL. DESNECESSIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. 1. À luz do disposto nos artigos 55, 57 e 58 da Lei 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), infere-se que o princípio da imutabilidade do nome, conquanto de ordem pública, pode ser mitigado quando sobressair o interesse individual ou o benefício social da alteração, o que reclama, em todo caso, autorização judicial, devidamente motivada, após audiência do Ministério Público. “ (...) Sob essa ótica, devem ser resguardados os direitos fundamentais das pessoas transexuais não operadas à identidade (tratamento social de acordo com sua identidade de gênero), à liberdade de desenvolvimento e de expressão da personalidade humana (sem indevida intromissão estatal), ao reconhecimento perante a lei (independentemente da realização de procedimentos médicos), à intimidade e à privacidade (proteção das escolhas de vida), à igualdade e à não discriminação (eliminação de desigualdades fáticas que venham a colocá-los em situação de inferioridade), à saúde (garantia do bem-estar biopsicofísico) e à felicidade (bem-estar geral) (...)”

No caso dos autos, deve ser confirmada a tutela deferida, com vistas a que a autora tenha sua identidade militar emitida nos termos requeridos, conforme permite o Decreto 8.727/2016. No ponto, resta evidente que a foto do referido documento deve corresponder ao seu gênero declarado, sendo inconcebível que a requerente seja constrangida a usar uniformes masculinos ou a não usar maquiagem nesse momento. Entendimento contrário equivaleria a um mero reconhecimento formal do direito da autora, que se veria humilhada em usar traje que não corresponde ao seu gênero autodeclarado, justamente no momento em que começa a construir sua nova identidade.

3. Da possibilidade de uso de vestimentas femininas e dispensa do corte de cabelo

No corpo da inicial, a autora relata que, embora sugerido pelo Capitão Tenente Sr. Hudo Leonardo, a “autoridade coatora” teria negado o direito da autora de usar uniforme feminino, o que, segundo suas palavras “deslegitima a identidade da autora como mulher transexual”:

05/10/2021 10:11

:: 510006230017 - eproc - ::



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
1ª Vara Federal de Magé

“Em 06/07/2016 mesmo após ter sido sugerido pelo Capitão Tenente, Sr. Hugo Leonardo, o uso de uniforme feminino dispensa de corte de cabelo, a autoridade coatora peremptoriamente nega o direito da suplicante, inclusive a suplicante está sem documento de identidade porque a Marinha se nega a emitir somente se a demandante usar uniforme masculino, sem maquiagem e prender o cabelo, o que é desumano e totalmente arbitrário tendo em vista que deslegitima a identidade da autora como mulher transexual, sem sequer que um motivo legal para tal conduta.”

Trata-se de pedido constante do corpo da exordial e que, portanto, deve ser julgado pelo magistrado por ocasião da prolação da decisão definitiva. O pedido deve ser compreendido da leitura de todo o corpo da inicial e não apenas do título específico ao mesmo. Não é outro, aliás, o entendimento unânime do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema:

“EMEN: AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO APELO EXTREMO. INSURGÊNCIA RECURSAL DO REQUERIDO. 1. Conforme a jurisprudência deste Tribunal, nos termos dos artigos 515 do CPC/73 e 1.013 do CPC/15, o recurso de apelação devolverá em profundidade a matéria ali impugnada. 2. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, o pedido deve ser extraído a partir de interpretação lógico-sistemática da petição inicial, ou seja, da análise de todo o seu conteúdo e não apenas da rubrica específica. 3. Incidência da Súmula 283/STF, dada a subsistência de fundamentos inatacados aptos a manter a conclusão do aresto impugnado. Precedentes. 4. Agravo interno desprovido. ...EMEN: (AIRES - AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL - 1736501 2018.00.92583-0, MARCO BUZZI, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA:07/10/2019 ..DTPB:.)

O referido pleito já foi analisado em análise perfunctória no EV19:

“Todavia, em face ao relato feito pela autora às fls. 301, entendo prudente esclarecer que a finalidade do Decreto nº8.727/2016 foi conferir tratamento digno aos travestis e transexuais. Em outras palavras, apesar do objetivo direto da norma relacionar-se ao nome funcional, a ideia subjacente ao seu texto é a de que o travesti ou transexual deve ser tratado pela sociedade conforme a identidade que os mesmos se conferem e não pelo constante da certidão de nascimento. Trata-se de irradiação direta do princípio da dignidade da pessoa humana, esculpido como um dos fundamentos do Estado Democrático do Direito (artigo 1º, inciso III da Constituição Federal). Não por outra razão, aliás, o parágrafo único do artigo 2º do Decreto em comento institui que: “É vedado o uso de expressões pejorativas e discriminatórias para referir-se a pessoas travestis ou transsexuais.” Ora, a mera modificação dos assentos funcionais, sem que seja permitido à autora a sua apresentação no serviço militar com uniformes e acessórios femininos reflete a perpetuação da discriminação e do tratamento pejorativo em face de sua peculiar condição. Há, nesse ponto, ofensa direta às finalidades do Decreto e da própria Magna Carta, que dispõem que a integração do travesti e do transexual na sociedade deve ocorrer de forma digna e respeitosa.

Permitir somente o deferimento do nome social e não a mudança de sua apresentação pessoal é decisão que mantém a situação de constrangimento no âmbito no qual a autora exerce suas funções e em nada ofende o regular funcionamento da Marinha. Em verdade, entendo que a presença da militar no interior do órgão é fato que ensejará uma possibilidade de amadurecimento aos seus companheiros às questões de diversidade e respeito às escolhas alheias. Em sentido semelhante, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no bojo do Recurso Especial nº 1.626.739-RS, com relatório do Ministro Luis Felipe Salomão:

“RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO PARA A TROCA DE PRENOME E DO SEXO (GÊNERO) MASCULINO PARA O FEMININO. PESSOA TRANSEXUAL. DESNECESSIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. 1. À luz do disposto nos artigos 55, 57 e 58 da Lei 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), infere-se que o



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
1ª Vara Federal de Magé

princípio da imutabilidade do nome, conquanto de ordem pública, pode ser mitigado quando sobressair o interesse individual ou o benefício social da alteração, o que reclama, em todo caso, autorização judicial, devidamente motivada, após audiência do Ministério Público.

" (...)Sob essa ótica, devem ser resguardados os direitos fundamentais das pessoas transexuais não operadas à identidade (tratamento social de acordo com sua identidade de gênero), à liberdade de desenvolvimento e de expressão da personalidade humana (sem indevida intromissão estatal), ao reconhecimento perante a lei (independentemente da realização de procedimentos médicos), à intimidade e à privacidade (proteção das escolhas de vida), à igualdade e à não discriminação (eliminação de desigualdades fáticas que venham a colocá-los em situação de inferioridade), à saúde (garantia do bem-estar biopsicofísico) e à felicidade (bem-estar geral) (...)".

Em face de todo o acima narrado, concluo que a proibição da autora em utilizar uniforme e acessórios femininos reflete a falta de consideração quanto à sua identidade de gênero e institui uma situação vexatória e de inferioridade. Por outro lado, não há na contestação, nenhum indício de que o tratamento da requerente em conformidade com a identidade social seja ato passível de causar qualquer problema no funcionamento das atividades militares. Assim, em análise perfunctória, defiro nova antecipação dos efeitos da tutela com a finalidade de permitir que a autora se apresente ao serviço militar com trajes militares femininos e os acessórios femininos que sejam permitidos nas normas militares para as mulheres em geral. A presente decisão passa a integrar a decisão anterior."

Reitero os termos da decisão referida e entendo também pela procedência do pedido de uso de trajes femininos pela autora. Acresço ao ponto apenas uma consideração final. O requerido pela militar é apenas e tão somente o uso dos trajes femininos da Marinha, ou seja, ela não pretende inovar ou desrespeitar as normas já existentes para as vestimentas das militares. O pedido da autora pretende manter o respeito aos uniformes da Marinha e apenas adequar o seu uso ao seu gênero auto identificado.

3. Do uso de alojamento conforme o gênero autoidentificado.

No ponto, vale referir que o pedido de uso do alojamento encontra-se albergado no tema 778 do STF, com declaração de repercussão geral, o qual dispõe:

RE 845779 RG / SC - SANTA CATARINA REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO **Julgamento: 13/11/2014** **Publicação: 10/03/2015**
Órgão julgador: Tribunal Pleno **Publicação PROCESSO ELETRÔNICO DJe-045 DIVULG 09-03-2015 PUBLIC 10-03-2015** **Ementa: TRANSEXUAL. PROIBIÇÃO DE USO DE BANHEIRO FEMININO EM SHOPPING CENTER. ALEGADA VIOLAÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A DIREITOS DA PERSONALIDADE. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. O recurso busca discutir o enquadramento jurídico de fatos incontroversos: afastamento da Súmula 279/STF. Precedentes. 2. Constitui questão constitucional saber se uma pessoa pode ou não ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente, pois a identidade sexual está diretamente ligada à dignidade da pessoa humana e a direitos da personalidade 3. Repercussão geral configurada, por envolver discussão sobre o alcance de direitos fundamentais de minorias – uma das missões precípua das Cortes Constitucionais contemporâneas –, bem como por não se tratar de caso isolado.**

Decisão: O Tribunal, por maioria, reputou constitucional a questão, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Teori Zavascki. Não se manifestaram os Ministros Gilmar Mendes e Cármen Lúcia. O Tribunal, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral da questão

05/10/2021 10:11

:: 510006230017 - eproc - ::



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
1ª Vara Federal de Magé

constitucional suscitada, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Teori Zavascki. Não se manifestaram os Ministros Gilmar Mendes e Cármen Lúcia. Ministro ROBERTO BARROSO Relator

Tema

778 - Possibilidade de uma pessoa, considerados os direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana, ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente.

Em razão da suspensão determinada pelo Supremo Tribunal Federal dos processos com pedidos semelhantes ao objeto da repercussão, suspendo o julgamento do processo somente em relação ao pedido em testilha. O uso do alojamento é pedido acessório ao pleito principal, qual seja, o de invalidade das licenças médicas e do retorno da militar ao serviço da ativa.

Não há qualquer justificativa processual que justifique que todos os demais pedidos sigam a sorte de pedido acessório, como já ressaltado anteriormente.

4. Da não consideração do transexualismo como uma doença.

Em primeiro lugar, cabe restar assentado que o transexualismo foi a causa determinante dos diversos afastamento médicos da autora e também o motivo de sua reforma. A partir de outubro de 2015, a autora passou a ser considerada incapaz temporariamente para o Serviço Ativo da Marinha por doença sem relação de causa e efeito com o serviço. Obviamente, a referida patologia não se referia à entorse de tornozelo objeto da inspeção de saúde realizada em junho de 2015, na qual a autora foi considerada apta com restrições.

Em outras palavras, após a lesão em seu tornozelo, decorrente de acidente em serviço, a autora foi considerada apta com restrições em razão de sequelas ainda existentes do mesmo. A partir de outubro de 2015 até a data de sua reforma, a patologia considerada para os sucessivos afastamentos foi a transexualidade.

Essa conclusão surge evidente da leitura do Parecer nº 99/2018 elaborado pelo centro de Perícias Médicas da Marinha (EV44):

“ (...) em IS realizada em 16 de junho de 2015 pela Junta regular de Saúde 2 da Base Naval do Rio de Janeiro (JRS2/BNRJ), o Autor foi considerado apto com restrições por apresentar sinais de entorse do tornozelos esquerdo; c) em cinco sucessivas IS realizadas no período de 9 de outubro de 2015 a 29 de junho de 2017, o Autor foi considerado incapaz temporariamente para o Serviço Ativo da Marina (SAM), por doença sem relação de causa e efeito com o serviço. Recebeu licença para o tratamento de saúde por 180 dias.

(...) No parecer psiquiátrico da UISM, datado de 9 de abril de 2018, consta que a Autora tem diagnóstico de Transtorno de Identidade Sexual, Transexualismo (F 64 –CID-10), tendo informado que estava em acompanhamento psiquiátrico nessa unidade e havia usado medicação específica para tratamento de Transtorno misto de ansiedade e depressão.

(...) Inicialmente, cabe destacar que, segundo a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas relacionados com a Saúde (CID-10), publicada pela Organização Mundial da saúde, e que fornece códigos relativos à classificação de doenças e de uma grande variedade



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
1ª Vara Federal de Magé

de sintomas, aspectos anormais, queixas, circunstâncias sociais e causas externas para ferimentos e doenças. O transexualismo é um transtorno do comportamento caracterizado pelo desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto (...)

No EV 84 a Marinha foi intimada para apresentar o termo de saúde que justificou sua reforma. O referido Termo indica o Transsexualismo como a doença incapacitante (EV 100).

Outrossim, na manifestação dos assistentes técnicos da União no EV 77, a indicação do Transexualismo como doença causadora do afastamento foi feita de forma expressa:

“Entendem os ATs que o quesito se refere a(s) patologia(a) atual(is) da periciada. Conforme verificado durante a Perícia e consulta aos Autos, no momento a periciada não é portadora de S93.4 (Entorse de tornozelo) nem de F32 (Episódio Depressivo). A patologia que acomete atualmente a periciada é F64.0 (Transtorno da Identidade sexual: Transexualismo).”

Todavia, desde 25 de junho de 2018, com a divulgação da décima primeira edição da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas relacionados com a Saúde, a OMS não classifica mais as identidades trans e travestis como doença. Elas apenas permanecem como “ condição relativa à saúde sexual” , com o escopo de que essa população continue recebendo políticas públicas de saúde em alguns países[6].

Em verdade, a condição da autora nunca lhe causou qualquer incapacidade para o exercício de suas atividades. A condição fática não foi alterada, somente a classificação médica modificou-se diante do entendimento acerca da inexistência de um padrão sexual a ser seguido pelo indivíduo.

Nesse sentido, não existindo qualquer comprometimento psicológico ou físico que impedisse o exercício das atividades laborativas pela autora, não há que se falar em incapacidade para o SAM. A nova classificação da OMS apenas veio corroborar situação fática, qual seja, a de que o transexualismo não prejudica seu desempenho profissional. Não por outro motivo, o laudo médico concluiu pela plena capacidade da autora para suas atividades laborativas.

Causa estranheza, no ponto, o fato da reforma da autora ter ocorrido após a nova classificação da OMS e quando pendente processo judicial em que se discutia justamente a legalidade das sucessivas perícias médicas concedidas à autora (fls.511).

As considerações feitas pelo corpo médico da ré vão ainda mais longe, no afã de afastar a autora de seu labor, ao utilizar como argumento para o afastamento um possível quadro patológico futuro da autora, com base em probabilidades estatísticas (EV 44):

“Pelo exposto, resta claro que o transexualismo é reconhecido, até o presente momento, como patologia, como bem define a CID-10, a intenção de proposta para a futura CID-11, O CFM e o pronunciamento do STF. Do ponto de vista técnico, conforme explanado pelo Compêndio de Psiquiatria, publicado por autores consagrados, a disforia de gênero cursa com índices mais elevados de associação com outros transtornos psiquiátricos, pensamentos suicidas e até a possibilidade insatisfação pós-cirúrgica de transgenitalização, bem como repercussões na saúde e risco de complicações graves com o uso da terapia hormonal.”

05/10/2021 10:11

:: 510006230017 - eproc - ::



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
1ª Vara Federal de Magé

Conforme relato feito na audiência, a autora teve um episódio depressivo somente no início de seu tratamento hormonal e, desde então, não teve qualquer outro problema psicológico. Na verdade, os sentimentos de angústia e frustração vivenciados a partir de então dizem respeito apenas à forma discriminatória como vêm sendo tratado pela Marinha do Brasil não configuraram patologia capaz de afastá-la do SAM.

Inexistindo nos autos comprovação de doença psiquiátrica, pretender o afastamento e a reforma da autora apenas pela maior incidência desse tipo de doenças em transexuais acarretaria a necessidade de afastar todos os militares que tenham alguma predisposição genética a algum tipo de doença incapacitante. Ora, nesses casos, a probabilidade de incidência dessas patologias é maior nesses grupos e nunca, jamais, houve o uso desse argumento para algum militar que tivesse, por exemplo, casos anteriores de câncer entre seus familiares.

Os assistentes baseiam a incapacidade atual da autora em possíveis e eventuais efeitos que poderiam ser causados pelo tratamento hormonal. Não existe qualquer fato concreto, sintomatologia ou episódio recente que indique o afastamento da autora da atividade militar. Pelo contrário, o que se percebe da leitura dos autos é que seu afastamento das suas atividades laborais em razão suas condições pessoais é fato que estigmatiza e viola sua dignidade. Os próprios assistentes indicaram que, no momento da perícia, a militar não exibiu alterações psicológicas significativas:

(...) Os ATs concordam que, no momento da entrevista psiquiátrica, a periciada não exibiu alterações psicopatológicas significativas.

O que resta evidente desse trecho do parecer é que esse afastamento preventivo em razão de possíveis patologias futuras mascara um tratamento expressamente discriminatório e reprovável por parte da Marinha. Em razão de toda a argumentação desenvolvida no tópico 1, a negativa de impedir a autora de trabalhar por eventuais doenças que possa desenvolver no futuro soa completamente descasada dos avanços legislativos, doutrinários e mesmo sociais que temos assistidos nos últimos anos em relação ao tratamento das minorias em nosso país.

Corroborando todos esses argumentos, no sentido da capacidade laboral da autora, a perícia judicial foi clara em afirmar que não há alterações pelas doenças relacionadas que impeçam a autora de retornar ao trabalho (EV56):

“Pela avaliação médica atual ao exame físico/mental e documentos médicos, não há alterações pelas doenças mencionadas que impeçam a autora de retornar ao trabalho. Realiza o tratamento hormonal, no entanto, não há efeitos colaterais que interfiram nas atividades laborativas, podendo tal tratamento ser combinado com seu trabalho. Dessa forma, considerando quadro patológico atual e profissão, concluo que está a parte autora apta para o trabalho militar e civil.”

O transexualismo, apesar de ter descrição em CID, não considero transtorno, mas uma identificação pessoal da autora, que de forma alguma interfere no trabalho militar. Apresentou ao exame de estado mental atual quadro totalmente compatível com qualquer atividade, sem nenhuma alteração psiquiátrica no momento.”

5. Da ilegalidade das licenças médicas concedidas



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
1ª Vara Federal de Magé

Conforme já mencionado acima, a disforia de gênero nunca impediu a autora de exercer suas atividades, o que foi corroborado pela perícia judicial. O novo entendimento da OMS, que retirou o transexualismo da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas, apenas declarou fato evidente, isto é, a inexistência de impedimentos laborais em decorrência da não adequação dos transexuais aos padrões sociais relativos à gênero.

Como consequência óbvia, as licenças concedidas à autora desde outubro de 2015, quando não havia mais o quadro de entorse de tornozelo, deve serem ser consideradas ilegais em razão da ausência de situação incapacitante para o serviço ativo da marinha. Trata-se de caso exemplar de ato administrativo privado de motivo, visto que, inexistente a incapacidade, não pode subsistir o ato que concedeu a licença à autora.

6. Da ilegalidade da reforma da autora

Em decorrência das sucessivas licenças a que a autora foi submetida, ainda que plenamente capaz física e psicologicamente, houve a sua reforma, nos termos do que preceitua o art. 106, inciso III da Lei 6.880/80[7] (fls.511). Conforme já aduzido acima, a reforma ocorreu em momento no qual o transexualismo não era mais classificado como uma doença pela OMS. A par disso, era de conhecimento da Marinha a existência do presente feito, cujo objeto discutia justamente a incapacidade da autora para o SAM. Logo, a reforma baseou-se em licenças ilegais, ignorou a nova classificação efetivada pela OMS e, por fim, desconsiderou a existência de processo judicial ainda pendente sobre o tema.

Não há dúvida, portanto, que, considerada indevidas as licenças deferidas desde outubro de 2015, a reforma efetivada a partir de outubro de 2018 deve ser considerada ilegal da mesma forma e, como consequência, ser considerada nula.

7. Da vedação de prejuízo o autor nas suas avaliações em razão de licençapor doença inexistente.

Nas informações prestadas pela União no EV 46, a mesma descreve a forma de avaliação dos militares em licença para tratamento de saúde (LTS):

“ (...) Cabe ressaltar que o militar nessa condição (LTSP) de acordo com a DGPM-313 no item 4.11, alínea 4.11.1. combinado com o item 4.10, alínea 4.10.3 terá sua avaliação gerada no módulo repetição, por meio do programa SISEAD-WEB, ou seja, será repetido o último conceito antes de entrar de LTSP até o término da mesma.

O procedimento acima descrito perdurou até o primeiro semestre de 2017, pois a partir do segundo semestre de 2017 a sistemática de avaliação para militares em LTSP (licença para tratamento de saúde própria) sofreu alteração e o militar nessa condição ficará sem avaliação até o fim da referida Licença.”

Considerada a ilegalidade das licenças, pode-se concluir pela inaplicabilidade da nova normativa à autora, a qual deverá ter considerada como sua nota de avaliação, a última concedida antes da licença.

No entanto, ainda aqui é possível verificar o tratamento discriminatório sofrido pela autora em relação às punições sofridas. Embora justificáveis[8], as penas aplicadas não foram revistas em seu pedido de reconsideração. Conforme consta do documento de fls. 373, as

05/10/2021 10:11

:: 510006230017 - eproc - ::



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
1ª Vara Federal de Magé

citadas punições referem-se a faltas por ter saído de bordo quando em serviço no ano de 2013 (cinco faltas, um atraso e uma saída em serviço). Em 2015 foram mais duas faltas.

Na reconsideração de parecer datada de 17 de agosto de 2016, o Capitão de Mar e Guerra, Comandante Alexandre Tito dos Santos Xavier, informa que:

“(...) o referido militar, por ocasião das punições relacionadas ao ano de 2013, estava passando por fortes transtornos psicológicos, em virtude de agressão sofrida e ainda, devido ao agravo do quadro de saúde de sua genitora, diagnosticada com câncer de mama, a qual veio a falecer em meados de 2014. Cabe ressaltar que o militar em tela possui atualmente sua pontuação máxima de comportamento e não mais incorreu em qualquer Contravenção Disciplinar.

3. Participo que este Comando é de parecer FAVORÁVEL ao pleito do requerente.”

Consideradas como ilegais as licenças concedidas, as quais prejudicaram a pontuação do autor e o caráter discriminatório da negativa ao pedido de justificação de suas faltas, verifico que foi indevida a negativa da sua participação no Exame de Admissão ao Curso Especial de Habilitação para Promoção a Sargento.

9. Da possibilidade de exercício da função de operador de Sonar ou outra equivalente.

Outro óbice ao pleito autoral, segundo a União, seria a impossibilidade de sua permanência no Corpo de Praças da Armada como operador de Sonar, após a cirurgia de redesignação sexual, visto que tal posto apenas pode ser ocupado por pessoas do sexo masculino. Acresce, ainda que:

“Adicionalmente, torna-se mister deixar claro que o instituto de Requalificação previsto no PCPM não se aplicaria ao mesmo, já que é uma faculdade concedida à Administração que permite o reaproveitamento da praça que, embora apto para o SAM, por força de recomendações médicas emanadas de Inspeção de Saúde fique incapaz definitivamente de exercer tarefas inerentes à sua especialidade situação distinta da verificada no caso concreto.”

Em primeiro lugar, nos quatro anos de trâmite do processo, não houve sequer uma petição da ré que indicasse qual seria a impossibilidade de a função de operador de Sonar ser exercida por uma mulher.

Na descrição das atribuições de tal função, consta o que segue:

“O Sonar (Sound Navigation and Ranging) é um sensor de detecção acústica capaz de determinar a presença, distância e de alvos submersos (submarinos). Ele é um dos principais sensores de um navio de guerra e dos submarinos. Na Marinha, os militares especializados na utilização de sonares são chamados de Operadores Sonar (OS). Normalmente os OS trabalham em compartimentos chamados de Centro de Operações de Combate, em navios e submarinos, operando modernos equipamentos eletrônicos, de detecção submarina (Sistemas Sonar) e outros equipamentos auxiliares, tais como telefones submarinos, batitermógrafos, e equipamentos de comunicação. Auxiliam os oficiais na condução de tarefas operativas de detecção de alvos submarinos e Guerra Antissubmarino, em uma atividade que exige constante treinamento e dedicação. Nos submarinos os sonares são equipamentos extremamente importantes, sendo o principal sensor para a detecção de navios e submarinos. É uma especialidade eminentemente operativa que proporciona oportunidades como a de operar em forças navais multinacionais no Brasil e no exterior.[9]”



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
1ª Vara Federal de Magé

Da leitura acima, não há menção a qualquer atividade que pareça não ser capaz de ser exercida por uma mulher ou por um transexual, antes ou depois de sua cirurgia de redesignação sexual. Ademais, como referido acima, a Marinha não justificou essa impossibilidade com nenhum argumento, seja ele plausível ou não.

A discricionariedade administrativa tem seu campo de atuação restrito aos limites constitucionais. Logo, impensável uma restrição ao exercício de atividades por mulher sem uma justificativa razoável, o que, mais uma vez indica a violação ao previsto no artigo 3º, inciso IV da Constituição Federal[10].

Ainda que, de fato, fosse demonstrada a impossibilidade de a autora exercer a função de Operador de Sonar, o que, repise-se, nunca foi demonstrado, seria possível a aplicação da Marinha do Instituto da Requalificação (Portaria 342 de 17.12.2017[11]). Como salientado, a discricionariedade administrativa apenas se justifica dentro da legalidade. Não é uma carta em branco para que o administrador atue como lhe aprouver. Portanto, na hipótese de que exista realmente a referida impossibilidade de sua atuação como OS, em decorrência de sua nova definição de gênero, mostra-se evidente a possibilidade de seu reaproveitamento em função equivalente.

Em face de todo o exposto, devem os pedidos da autora ser julgados procedentes, visto que a Marinha do Brasil deve respeito aos ditames constitucionais, notadamente o queveda qualquer tipo de discriminação. Esclarecedoras, nesse diapasão, as palavras do Ministro Marco Aurélio Melo, nos autos da ADI 4275/DF:

*“É tempo de a coletividade atentar para a insuficiência de critérios morfológicos para afirmação da identidade de gênero, considerada a dignidade da pessoa humana. **Descabe potencializar o inaceitável estranhamento relativo a situações divergentes do padrão imposto pela sociedade para marginalizar cidadãos, negando-lhes o exercício de direitos fundamentais.** A tutela estatal deve levar em conta a complexidade insita à psique humana, presente a pluralidade dos aspectos genésicos conformadores da consciência. **É inaceitável, no Estado Democrático de Direito, inviabilizar a alguém a escolha do caminho a ser percorrido, obstando-lhe o protagonismo, pleno e feliz, da própria jornada.** A dignidade da pessoa humana, princípio desprezado em tempos tão estranhos, deve prevalecer para assentar-se o direito do ser humano de buscar a integridade e apresentar-se à sociedade como de fato se enxerga. Solução diversa apenas reforça o estigma que conduz muitos cidadãos transgêneros à depressão, à prostituição e ao suicídio. (...)*

*Surge relevante a autonomia da vontade, na vivência desimpedida do autodescobrimento, condição de plenitude do ser humano. **É dever do Poder Público, no Estado Democrático de Direito, promover a convivência pacífica com o outro, na seara do pluralismo, sem admitir o crivo da maioria sobre escolhas exclusivamente morais, sobretudo quando decorrem de inafastáveis circunstâncias próprias à constituição somática da pessoa. Cabe a cada qual trilhar a respectiva jornada, arcando com a responsabilidade imposta pela própria consciência, na busca pelos objetivos que se propôs a cumprir.**”*

10. Condeno a União, portanto, a:

1. Anular a reforma baseada em doença inexistente;
2. Reintegrar a autora no serviço ativo, na atividade de Operadora de Sonar, desde outubro de 2015, com osconsequentes efeitos financeiros decorrentes da reintegração;
3. Tornar definitiva a tutela deferida, para permitir sua identificação funcional com seu nome social;

05/10/2021 10:11

:: 510006230017 - eproc - ::



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
1ª Vara Federal de Magé

4. Permitir que a autora vista trajes femininos, seja dispensada de corte de cabelo e possa usar maquiagem, nos termos do regulamento da Marinha;
5. Não prejudicar a autora em suas avaliações, em razão das sucessivas licenças médicas que foram deferidas à mesma desde 2015;
6. Permitir que a autora participe do próximo Exame de Admissão ao Curso Especial de Habilitação para Promoção a Sargento.

Em razão da cognição exauriente efetivada na presente decisão e do *periculum in mora* decorrente da situação de penúria financeira na qual se encontra a autora, desde a sua reforma, conforme narrado em seu depoimento, defiro a antecipação dos efeitos da tutela. Deverá a autora ser reintegrada no serviço ativo da Marinha na função de Operadora de Sonar, com o uso de trajes femininos, dispensa de corte de cabelo e possibilidade de uso de maquiagem. Prazo: 10 dias, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00.

Intimem-se as partes.

Após o trânsito em julgado da presente decisão, os autos deverão ser suspensos até que ocorra o pronunciamento definitivo do STF quanto ao Tema 778.

[1] “Possibilidade de uma pessoa, considerados os direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana, ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente.”

[2] RIOS, Roger Raupp, “ Por um Direito Democrático da Sexualidade”, in Direitos sexuais e direito de família em perspectiva queer, BORILLO, Daniel; SEFFNER, Fernando e RIOS, Rogério Raupp, editora da UFCSPA, 2018, pág. 109.

[3] BORILLO, Daniel, “Uma perspectiva crítica do Direito, do Gênero e das Sexualidades no mundo latino”, in Direitos sexuais e direito de família em perspectiva queer, BORILLO, Daniel; SEFFNER, Fernando e RIOS, Rogério Raupp, editora da UFCSPA, 2018, pág. 122.

[4] RIOS, Roger Raup, “ Por um Direito Democrático da Sexualidade”, in Direitos sexuais e direito de família em perspectiva queer, BORILLO, Daniel; SEFFNER, Fernando e RIOS, Rogério Raupp, editora da UFCSPA, 2018, pág. 101.

[5] Opinião Consultiva CIDH 24/2017: “112. Da mesma forma, é possível inferir que o direito de reconhecimento da identidade de gênero implica, necessariamente, o direito de que os dados dos registros e documentos de identidade correspondam à identidade sexual e de gênero assumida pelas pessoas transgêneros. A este respeito, os princípios de Yogyakarta impõem aos Estados a obrigação de adotar medidas legislativas, administrativas e outras que sejam necessárias para “respeitar plenamente e reconhecer legalmente o direito de cada pessoa à identidade de gênero que ela definir para si própria”, assim como que “existam procedimentos mediante os quais todos os documentos de identidade emitidos pelo Estado que indicam o gênero ou sexo de uma pessoa – incluindo certidões de nascimento, passaportes, registros eleitorais e outros documentos – reflitam a identidade de gênero profunda que a pessoa define por si e para si.”



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro
1ª Vara Federal de Magé

[6] <https://www.reciis.icict.fiocruz.br/index.php/reciis/article/download/1699/2273>

[7] Art. 106. A reforma será aplicada ao militar que: III - estiver agregado por mais de 2 (dois) anos por ter sido julgado incapaz, temporariamente, mediante homologação de Junta Superior de Saúde, ainda que se trate de moléstia curável;

[8] Cabe aqui referir matéria publicada no jornal “Folha de São Paulo”, no dia 04.10.2021, que menciona o grande número de punições aplicadas às patentes inferiores. Entre 2017 e o começo de 2021, por exemplo, foram aplicadas 17 mil punições por transgressões de suboficiais, sargentos, cabos, marinheiros e soldados, ou seja, mais de dez punições por dia, em média. Acesso em 04.10.2021 através do link: **Marinha aplicou 17 mil punições em praças e subalternos, mas blindou superiores nos últimos 4 anos - 03/10/2021 - Poder - Folha (uol.com.br)**

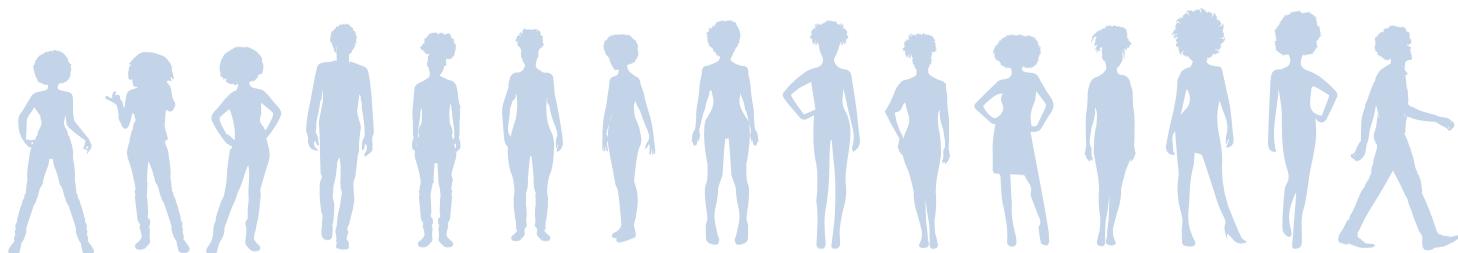
[9] https://admin.folhadirigida.com.br/filemanager/files/concursos/a_prendiz_de_marinheiro__reas.pdf

[10] Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

[11] “3.16.1 - Motivo de Transferência de Quadros e Corpos A transferência das praças é procedida na razão das necessidades do serviço, a critério da Administração Naval, e condicionada ao preenchimento dos requisitos existentes e a capacidade de a praça atender ao emprego previsto no Corpo ou Quadro destino, em função da qualificação e da proficiência demonstrada na carreira. Transferências são efetuadas ex officio ou a pedido.”

Documento eletrônico assinado por ANA CAROLINA VIEIRA DE CARVALHO, Juíza Federal, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 2ª Região nº 17, de 26 de março de 2018. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc.jfrj.jus.br>, mediante o preenchimento do código verificador **510006230017v4** e do código CRC **c6d2b767**.

Informações adicionais da assinatura:
Signatário (a): ANA CAROLINA VIEIRA DE CARVALHO
Data e Hora: 4/10/2021, às 20:14:27



CATEGORIA 5

Direito dos Afrodescendentes

Acórdão premiado

Processo nº 1050987-63.2020.8.26.0053
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Desa. Relatora Maria Fernanda de Toledo Rodovalho



Confira as outras duas decisões finalistas da categoria



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2022.0000077225

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1050987-63.2020.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado GLOBO COMUNICAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI (Presidente) E CARLOS VON ADAMEK.

São Paulo, 9 de fevereiro de 2022.

MARIA FERNANDA DE TOLEDO RODOVALHO
Relator(a)
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Voto nº 2.523

Apelação nº 1050987-63.2020.8.26.0053

Comarca: São Paulo

Apelante: Estado de São Paulo

Apelado: Globo Comunicações e Participações S/A

MULTA ADMINISTRATIVA – EMISSORA DE TELEVISÃO -SECRETARIA DA JUSTIÇA E DA DEFESA DA CIDADANIA – ESTADO DE SÃO PAULO – Pretensão de desconstituir multa aplicada à emissora de televisão pelo conteúdo transmitido em programa humorístico Episódio do “cãodoblé” veiculado no Programa “Sensacionalista” do Multishow com a utilização de animal com comportamentos humanos em referência aos praticantes da religião de matriz africana – Processo administrativo que observou os requisitos legais, facultou o contraditório e a ampla defesa, estando formalmente em ordem – Imputação de conduta constrangedora e vexatória para a população afrodescendente, nos termos do art. 2º, VIII, da Lei Estadual nº 14.187/2010 (Lei Contra Discriminação Racial)– Impossibilidade de análise do mérito administrativo pelo Poder Judiciário – Aplicação de multa, no exercício regular do poder de polícia, voltada a coibir comportamentos proibidos – Penalidade aplicada nos termos da lei, observada a proporcionalidade e razoabilidade – Liberdade artística e de expressão que não são direitos absolutos e cedem espaço ao princípio da não discriminação de raça e cor – Necessidade de proteção especial às religiões de origem africanas, historicamente perseguidas – Precedentes do C. STF – Manutenção do processo administrativo, que culminou na aplicação de multa de R\$ 88.803,75 (3.000 UFESPs) – Sentença reformada. APELO PROVIDO.

Vistos.

GLOBO COMUNICAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S/A ajuizou em face do ESTADO DE SÃO PAULO ação com o objetivo anular o processo administrativo nº 8/2014, ou, subsidiariamente, reduzir o valor da multa imposta. Pleiteou a empresa autora a antecipação de tutela, para afastar a exigibilidade imediata da multa.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A tutela provisória foi indeferida pela decisão de fls. 243 e 244, mas a autora recorreu com sucesso e o Des. Rel. Alves Braga Junior deferiu a suspensão da cobrança mediante apresentação de seguro garantia (fls. 272 a 276).

Ao final, o pedido foi julgado procedente para anular o processo administrativo e a respectiva multa aplicada. O réu foi condenado ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa, conforme sentença de fls. 492 a 497.

Inconformado, apela o réu para reverter o julgado. Alega o apelante que o processo administrativo é formalmente regular. A partir de denúncia formalizada à Coordenação de Políticas para População Negra e Indígena, foi instaurado processo para apurar a prática de conduta constrangedora e vexatória, transmitida por meio televisivo, contra a população afrodescendente, por motivo de raça ou cor (fls. 14), com observância do contraditório e ampla defesa. No mérito, a decisão foi fundamentada e a empresa incorreu na conduta descrita no art. 2º, VIII, da Lei Estadual nº 14.187/2010, quanto à prática de ato discriminatório por motivo de raça ou cor. A multa foi aplicada dentro dos parâmetros legais e considerou a situação econômica do infrator. Por fim, aduz o apelante que os atos administrativos têm presunção de legitimidade e veracidade e a autora não comprovou os fatos constitutivos de seu direito, razão pela qual a multa aplicada em regular processo administrativo deve ser mantida (fls. 501 a 511).

Apelo tempestivo, isento de preparo e respondido (fls. 516 a 526). A apelada arguiu preliminar de não conhecimento do recurso.

Não há oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

De início, não se verifica ofensa ao princípio da dialeticidade recursal (art. 1.010, III, do CPC): o apelante impugna diretamente a r. sentença em seus aspectos centrais, forte na tese da regularidade do processo administrativo e da sanção aplicada. As razões da irrisignação, portanto, estão relacionadas ao que foi decidido no julgado.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Conheço, pois, do recurso.

No mérito, o apelo comporta provimento.

Nos dias 26 e 28 de outubro de 2013, foi veiculado pela autora, no Programa “Sensacionalista” do canal de televisão Multishow, episódio envolvendo um cachorro, com vestimentas brancas, que era tratado pela sua tutora e pela comunidade local como um animal especial, já que ele “recebe entidades”, “prevê o futuro” e “joga búzios”.

O cachorro foi, então, denominado de “cãodomblé”.

O episódio foi denunciado pela Coordenação de Políticas para a População Negra e Indígena-CPPNI à Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania. Em dezembro de 2013, o processo administrativo foi instaurado (fls. 52 e 53) culminando na imposição de multa à autora de 3.000 UFESPs à pessoa jurídica.

Com relação aos fatos que motivaram a aplicação da sanção, não pode o Judiciário invadir a esfera de discricionariedade de outro Poder. O que é passível de apuração é a regularidade do procedimento.

Quanto ao procedimento administrativo que culminou na aplicação de multa à emissora de televisão, foram garantidas TODAS as oportunidades de defesa: a interessada foi cientificada da acusação (fls. 58, 59 e 72), teve oportunidade para mostrar seus argumentos (fls. 75, 76, 108, 116, 117, 130, 131, 166 a 172), e o fez, de forma efetiva, inclusive constituindo advogado para tanto (fl. 81).

O procedimento a que foi submetida a autora é válido e regular, notadamente a regularidade da atuação da autoridade julgadora, nos limites da sua competência, conforme estabelecido pela Lei nº 14.187/2010:

Artigo 3º - A prática dos atos discriminatórios a que se refere esta lei



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

será apurada em processo administrativo, que terá início mediante:

- I - reclamação do ofendido ou de seu representante legal, ou ainda de qualquer pessoa que tenha ciência do ato discriminatório;
- II - ato ou ofício de autoridade competente.

Artigo 4º - Aquele que for vítima da discriminação, seu representante legal ou quem tenha presenciado os atos a que se refere o artigo 2º desta lei poderá relatá-los à Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania.

§ 1º - O relato de que trata o “caput” deste artigo conterà:

- 1- a exposição do fato e suas circunstâncias;
- 2 - a identificação do autor, com nome, prenome, número da cédula de identidade, seu endereço e assinatura.

§ 2º - A critério do interessado, o relato poderá ser apresentado por meio eletrônico, no sítio de rede mundial de computadores - “internet” da Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania.

§ 3º - Recebida a denúncia, competirá à Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania:

- I - promover a instauração do processo administrativo devido para apuração e imposição das sanções cabíveis;
- II - transmitir notícia à autoridade policial competente, para a elucidação cabível, quando o fato descrito caracterizar infração penal.

A aferição da regularidade de conduta da pessoa jurídica é intrínseca ao poder disciplinar da Administração. A imposição de sanções é inerente à avaliação de comportamentos. E é evidente que, se a função de fiscalização não fosse acompanhada do poder de impor sanções, seria inócua.

Assim, a autoridade administrativa pode impor, resguardado o direito de defesa do interessado, a sanção administrativa mais adequada à infração funcional cometida.

No caso em tela, a autora foi condenada à penalidade de multa de 3.000 UFESPs (fls. 216), nos termos do art. 6º, II, §3º da Lei Estadual nº 14.187/2010, pela prática de ato discriminatório por motivo de raça ou cor, conforme previsto no art. 2º, VIII do mesmo diploma:

Artigo 1º - Será punido, nos termos desta lei, todo ato discriminatório por motivo de raça ou cor praticado no Estado por qualquer pessoa, jurídica ou física, inclusive a que exerça função pública.

Artigo 2º - Consideram-se atos discriminatórios por motivo de raça ou



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

cor, para os efeitos desta lei:

[...]

VIII - praticar, induzir ou incitar, por qualquer mecanismo ou pelos meios de comunicação, inclusive eletrônicos, o preconceito ou a prática de qualquer conduta discriminatória;

Artigo 6º - As sanções aplicáveis aos que praticarem atos de discriminação nos termos desta lei serão as seguintes:

[...]

II - multa de até 1.000 UFESPs (mil Unidades Fiscais do Estado de São Paulo);

[...]

§ 3º - A multa poderá ser elevada até o triplo, quando se verificar que, em virtude da situação econômica do infrator, sua fixação em quantia inferior seria ineficaz.

Com relação aos fatos que motivam a aplicação da sanção, a autora não os nega, embora discuta que eles não se amoldam ao tipo legal.

Para que se tenha ideia do conteúdo audiovisual transmitido, transcreve-se trechos da decisão da Comissão processante (fls. 71 a 94):

“15. No caso concreto, a denúncia procede porque restou demonstrado sem sombra de dúvida nos autos que a denunciada praticou a ação discriminatória imputada na denúncia.

16. Essa a conclusão a que se chega da análise da prova produzida no administrativo, qual seja, a cópia do programa veiculado constante da mídia CD juntada pela própria denunciada às fls.52/56.

19. Conforme exposto pela Defensoria Pública nas alegações finais de fls. 58/61, assistindo o CD juntado pela denunciada simplesmente se constata que nas datas imputadas ela exibiu no canal Multishow de sua responsabilidade programa televisivo de personagem principal denominado “cãodomblé”, um cachorro que seria praticante do candomblé (???!!!). **Durante todo o quadro são feitas evidentes referências as religiões de matriz africana em inequívoca abordagem jocosa e discriminatória dessas religiões que restaram, em franca e absurda atitude de menosprezo e rebaixamento, associadas a um animal (cachorro).**

20. Logo, evidente o dolo (quando menos eventual) discriminatório da denunciada que redundou na filmagem e exibição do programa, a configurar a infração tipificada nas disposições do art. 2o, inc. VIII, da Lei nº 14.187/20 nos seguintes termos:

[...]

22. A discriminação é vedada, quer na modalidade direta (“qualquer



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

distinção, exclusão, restrição, ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha o propósito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade dos direitos humanos e liberdades fundamentais"), quer na modalidade indireta ("qualquer distinção, exclusão, restrição, ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade dos direitos humanos e liberdades fundamentais"), o que acabou ocorrendo no caso concreto como demonstra o conjunto probatório.

[...]

25. Por conseguinte, esta Comissão não desconhece que a liberdade religiosa pertinente às religiões de matriz africana merece destaque na história do direito de igualdade racial, por representar um direito fundamental conquistado a duras penas pelos africanos escravizados e seus descendentes.

26. A intolerância religiosa foi a tônica durante séculos da história do Brasil. [...]

[...]

29. As Constituições de 1934 (arts. 17, 13, 146 e 153), de 1937 (arts. 32, 122 e 133), de 1946 (arts. 31, 141, 163 e 168), de 1967 (arts. 9o, 20, 167 e 168) e de 1969 (arts. 9o, 19, 153, 175 e 176) confirmaram a tradição constitucional de posituação do Estado laico. Todavia, na exposição de Eunice Aparecida de Jesus Prudente: "(...) as religiões africanas, cuja prática só era permitida nas senzalas (para manter os negros entretidos e/ou satisfeitos), após a abolição foram proibidas e tiveram seus cultos devastados pela policia. As duas principais religiões afrobrasileiras, o 'candomblé' (de origem gegenagô, usando vocábulo yorubá, pouco influenciado pelo cristianismo) e a 'umbanda' (um sincretismo formado pelo catolicismo, cultos indí-geas e africanos), somente por volta de 1950, passaram a ser respeitados como religião, apesar da liberdade de culto das Constituições brasileiras."⁹

[...]

32. Todavia, a realidade é que esse direito fundamental e humano, no que tange as religiões de matriz africana, é insistentemente violado no Brasil, em razão do racismo (inclusive o institucional), do preconceito e da discriminação racial.

[...]

49. Toda discriminação é ato de violência que não pode ser admitido, sob pena de violação ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1o, inc. I), bem como ao princípio e ao fundamental de igualdade (arts. 3o e 5o caput) expressamente positivados na Constituição Federal de 1988. **No caso concreto, a gravidade dos atos ilícitos é ainda mais inequívoca em se tratando de empresa de comunicação social, com obrigação de promover o respeito a diversidade étnico-racial por força das normas constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis à espécie** (e não consumir, ao menos em dolo eventual, as práticas



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

discriminatórias étnico-raciais como comprovado nas provas do presente expediente)”.

A discriminação racial, segundo a Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial da ONU, ratificada pelo Brasil (Decreto nº 65.810/69):

1. Nesta Convenção, a expressão “**discriminação racial**” significará **qualquer distinção, exclusão restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano, (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública.**

A empresa autuada entende que o conteúdo é fictício, caricato, com propósito humorístico e pautado na liberdade de expressão.

Nesse sentido, afirma a apelada que “*o programa “Sensacionalista” é de cunho eminentemente humorístico, que possui como objetivo fazer rir e divertir o público em geral através de matérias bem-humoradas e isentas de realidade. Trata-se de um telejornal de humor com notícias inverídicas, onde matérias fictícias parecem ser reais, tendo como referência os tradicionais telejornais da TV aberta. É um humor nonsense” (fls. 519 - grifado).*

Com essa tese, pretende a autora afastar a subsunção dos fatos à norma, ou então, com base nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade ver-se livre da multa imposta.

Em que pesem os esforços, contudo, nenhuma das tentativas vingam.

A proibição de preconceito e discriminação não é mera retórica, mas decorre do real, sujeito a uma valoração. No caso dos autos, a adequação da conduta à norma jurídica foi feita de maneira correta.

A punição não foge ao razoável ou ao proporcional, visto que, não se pode aceitar, sob a roupagem do exercício do humor, que a imagem das religiões de matrizes africanas, historicamente perseguidas, continue flagelada



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

com piadas e expressões estigmatizantes.

Essas culturas e tradições sofram maior discriminação. Basta lembrar, por exemplo, que em 2015, uma adolescente de 11 (onze) anos, vestida de branco, foi apedrejada no Rio de Janeiro ao retornar de uma festa no terreiro¹. O episódio reflete um dado objetivo de que religiões de origem africana são os principais alvos de intolerância no país².

O então Secretário de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (2015-2016), do Ministério de Mulheres, Igualdade Racial e Direitos Humanos do Governo Federal, Ronaldo Barros, bem elucidou o tema tratado:

“No Brasil, predominam ataques dirigidos a religiões de matriz africana, por isso que alguns especialistas chamam de racismo religioso. Não só porque está direcionado a um determinado grupo, mas também porque a religião afro-brasileira constitui a identidade de um grupo. Quando essa identidade é violada, você está violando a condição histórica e étnica deste grupo. Por isso também que a violação da intolerância religiosa reflete um nível de racismo religioso”³

Nesse passo, é preciso cuidar para que, sob o pretexto de neutralidade, sobre pouco ou nenhum espaço para a proteção de minorias religiosas.

Atento a esses dados históricos, o C. Supremo Tribunal Federal reconheceu a prática e rituais de sacrifício de animal como patrimônio cultural imaterial dessas religiões, além da necessidade de conferir maior proteção às

¹ Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/educacao/discriminacao-criancas-candomble/>. Acesso em 03.02.22.

² Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2015-07/negros-e-religioes-africanas-sao-os-que-mais-sofrem-discriminacao>. Acesso em 03.02.22

³ Disponível em: (i) <https://memoria.ebc.com.br/cidadania/2016/01/negros-sao-maiores-vitimas-das-denuncias-de-violacoes-de-direitos-humanos>; (ii) https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2019/11/11/interna_cidadesdf.805394/religioes-de-matriz-africana-avos-de-59-dos-crimes-de-intolerancia.shtml; (iii) <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/presidencia-da-cdhm-frentes-parlamentares-e-entidades-da-sociedade-civil-reportam-a-onu-violencia-contrareligioes-de-matriz-africana>; e (iv) <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/11/20/denuncias-de-discriminacao-religiosa-contradeptos-de-religioes-de-matriz-africana-aumentam-55percent-em-2018.ghtml>. Acesso em 03.02.22.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

minorias religiosas:

“DIREITO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. LIBERDADE RELIGIOSA. LEI 11.915/2003 DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. NORMA QUE DISPÕE SOBRE O SACRIFÍCIO RITUAL EM CULTOS E LITURGIAS DAS RELIGIÕES DE MATRIZ AFRICANA. COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS ESTADOS PARA LEGISLAR SOBRE FLORESTAS, CAÇA, PESCA, FAUNA, CONSERVAÇÃO DA NATUREZA, DEFESA DO SOLO E DOS RECURSOS NATURAIS, PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE E CONTROLE DA POLUIÇÃO. SACRIFÍCIO DE ANIMAIS DE ACORDO COM PRECEITOS RELIGIOSOS. CONSTITUCIONALIDADE. 1. Norma estadual que institui Código de Proteção aos Animais sem dispor sobre hipóteses de exclusão de crime amoldam-se à competência concorrente dos Estados para legislar sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição (art. 24, VI, da CRFB). 2. A prática e os rituais relacionados ao sacrifício animal são patrimônio cultural imaterial e constituem os modos de criar, fazer e viver de diversas comunidades religiosas, particularmente das que vivenciam a liberdade religiosa a partir de práticas não institucionais. 3. A dimensão comunitária da liberdade religiosa é digna de proteção constitucional e não atenta contra o princípio da laicidade. 4. O sentido de laicidade empregado no texto constitucional destina-se a afastar a invocação de motivos religiosos no espaço público como justificativa para a imposição de obrigações. A validade de justificações públicas não é compatível com dogmas religiosos. 5. A proteção específica dos cultos de religiões de matriz africana é compatível com o princípio da igualdade, uma vez que sua estigmatização, fruto de um preconceito estrutural, está a merecer especial atenção do Estado. 6. Tese fixada: “É constitucional a lei de proteção animal que, a fim de resguardar a liberdade religiosa, permite o sacrifício ritual de animais em cultos de religiões de matriz africana”. 7. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (STF, RE 494601, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 28/03/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-251 DIVULG 18-11-2019 PUBLIC 19-11-2019)

A atenção especial do Estado não fere o princípio da isonomia, segundo extrai-se de trecho do voto do Ministro Luís Roberto Barroso neste mesmo caso:

“Por que a mim me parece, claramente, que não há uma violação ao



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

princípio da isonomia ou da igualdade no fato de que a lei do Rio Grande do Sul ressalva apenas as religiões de matriz africana? Penso que a razão é que tais religiões é que têm sido, historicamente, vítimas de intolerância, de discriminação e de preconceito. Os católicos não precisam de proteção; os protestantes não precisam de proteção; porém, quem tem um histórico multissecular de intolerância, de discriminação e de preconceito é que precisa da proteção especial”.

Por todo o exposto, conclui-se que discriminação, no caso em tela, é deliberada e dirigida especificamente a identidade de um grupo étnico minoritário (candomblecistas), o que configura ato ilícito de prática discriminatória e preconceituosa de raça e de cor, com as consequências administrativas que o acompanham.

Todos esses elementos, somados, só reforçam a conclusão de que, a se acolher o pedido inicial, mantém-se a histórica proteção das culturas predominantes contra as mais subjugadas, consolidando um país que forma barreiras contra os menos favorecidos.

Por fim, o pedido subsidiário de redução da multa tampouco merece ser acolhido. Não houve excesso na estipulação da sanção, que é adequada à gravidade dos fatos, bem como a situação econômica do infrator, nos termos do art. 6º, II, §3º, da Lei nº 14.187/10.

Logo, é o caso de manutenção do processo administrativo e da multa aplicada pela Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania, razão pela qual reforma-se a r. sentença guerreada a fim de se julgar improcedente o pedido.

Com a inversão da sucumbência, a autora arcará com o pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários fixados em 11% sobre o valor atualizado da causa, já majorados nesta instância recursal, nos termos do art. 85, §§ 2º, 3º e 11, do CPC.

Ante o exposto, dá-se provimento ao apelo.

Recursos que venham a ser interpostos contra esta



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

decisão, salvo expressa e oportuna oposição, estarão sujeitos ao julgamento virtual.

MARIA FERNANDA DE TOLEDO RODOVALHO
RELATORA



CATEGORIA 6

Direitos dos Povos Indígenas e Comunidades Tradicionais

Decisão premiada

Processo nº 5006915-58.2020.4.04.7104
Tribunal Regional Federal da 4ª Região
Juiz Federal Substituto Fabiano Henrique de Oliveira



Confira as outras duas decisões finalistas da categoria

24/04/2022 22:10

:: 710014341975 - eproc - ::



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

Rua Antonio Araújo, 1110 - Bairro: João Lângaro - CEP: 99010-220 - Fone: (54)3316-9024 - Email: rspfu02@jfrs.jus.br

AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 5006915-58.2020.4.04.7104/RS

AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RÉU: INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA

RÉU: FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI

SENTENÇA

I - Relatório

Trata-se de Ação Civil Pública movida pelo **Ministério Público Federal** em face da **Fundação Nacional do Índio - FUNAI** e do **Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA)**, na qual, em síntese, se insurge em face dos efeitos das alterações promovidas pela IN nº 9/2020-FUNAI, em especial nos territórios indígenas localizados nos municípios sob jurisdição desta Subseção de Passo Fundo/RS.

Referiu que a presente ação busca, mediante suspensão dos efeitos da Instrução Normativa FUNAI nº 9/2020 (IN nº 9/2020-FUNAI), nos limites da Subseção Judiciária de Passo Fundo/RS, assegurar a manutenção e/ou a inclusão de todas as terras indígenas no SIGEF (Sistema de Gestão Fundiária) e no SICAR (Sistema do Cadastro Ambiental Rural), ainda que o respectivo processo de demarcação não esteja concluído, bem como a consideração das referidas áreas no procedimento de análise de sobreposição realizada pelos servidores credenciados no SIGEF e para a emissão da Declaração de Reconhecimento de Limites (DRL).

Em breve histórico, aduziu que a Lei nº 10.627/2001 foi a norma responsável por introduzir, como requisito obrigatório e específico para a matrícula imobiliária de imóveis rurais que sejam objeto de desmembramento, parcelamento, remembramento ou alienação, o georreferenciamento das terras rurais de acordo com o Sistema Geodésico Brasileiro, o qual foi regulamentado pela Norma de Execução nº 105, de 26/12/2012, que previu que todo o recebimento e processamento dos dados e informações são condensados em um único sistema computadorizado, qual seja, o SIGEF – Sistema de Gestão Fundiária, desenvolvido pelo INCRA e pelo Ministério do Desenvolvimento Agrário.



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

Salientou que, assim, o SIGEF é uma importante ferramenta eletrônica, desenvolvida para subsidiar a governança fundiária do território nacional, funcionando como base de dados centralizada que armazena informações relevantes, as quais servem para orientar políticas de destinação de terras e regularização fundiária, sendo que a certidão obtida eletronicamente via SIGEF é indispensável para desmembrar, transferir, comercializar ou dar a terra em garantia na obtenção de empréstimos bancários, negócios jurídicos previstos no art. 54 da Lei nº 13.097/15.

Aduziu que, outrossim, os registros do SICAR (Sistema de Cadastro Ambiental Rural), instituído pelo art. 29 da Lei nº 12.651/2012, com a finalidade de integrar as informações ambientais das propriedades e posses rurais, mediante autodeclaração, para fins de comprovação da regularidade ambiental, estão sendo unificados a partir da integração entre o SICAR e a base de dados do SIGEF.

Referiu que a Lei Registral (nº 6.015/1973), outrossim, impõe ao INCRA o dever de conferir todos os dados de um imóvel rural, a partir do Sistema Geodésico Brasileiro, e decidir sobre o deferimento do requerimento apresentado pelo (virtual) proprietário rural, de modo a concretizar a gestão fundiária agrária nacional, sendo que a decisão deve levar em consideração, nos termos do Anexo da Norma de Execução nº 105/2012-INCRA, não apenas os “polígonos limpos” apresentados pelo requerente, como também os polígonos já constantes da base de dados do próprio INCRA, além de outros polígonos georreferenciados que estão a cargo de outros órgãos públicos/entidades públicas responsáveis pela gestão fundiária de outros temas importantes (ambiental, indígena etc).

Destacou que, nesse sentido, a Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2012, expedida pela FUNAI com o objetivo de estabelecer regras sobre a manifestação da entidade quanto à incidência de imóvel rural em terras indígenas ou de confrontação de limites, previu, como instrumentos para a FUNAI comunicar ao INCRA o seu entendimento de “sobreposição” (ou não) de imóvel rural particular em relação a terras indígenas (TIs), o Atestado Administrativo (AA) e a Declaração de Reconhecimento de Limites (DRL). No ponto, de acordo com a IN nº 3/2012, configurava hipótese impeditiva de emissão de Atestado Administrativo o fato de o imóvel de terceiros incidir em (ou estar sobreposto a) terras indígenas nas mais diferentes fases do procedimento de demarcação.

Aduziu o *parquet* que, contudo, em 22 de abril de 2020, foi publicado no Diário Oficial da União (DOU) a Instrução Normativa nº 9, de 16 de abril de 2020, expedida pela FUNAI (IN nº 9/2020-FUNAI), tratando do “*requerimento*,

24/04/2022 22:10

:: 710014341975 - eproc - ::



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

análise e emissão da Declaração de Reconhecimento de Limites em relação a imóveis privados”, e restringindo substancialmente as hipóteses de impedimento de emissão de DRL em favor do proprietário rural.

Salientou que, no ponto, a IN nº 9/2020-FUNAI prevê, no § 1º do art.1º, que *“a Declaração de Reconhecimento de Limites se destina a fornecer aos proprietários ou possuidores privados a certificação de que os limites do seu imóvel respeitam os limites das terras indígenas homologadas, reservas indígenas e terras domaniais indígenas plenamente regularizadas*”, enquanto que o § 2º do mesmo artigo estabelece que *“não cabe à FUNAI produzir documentos que restrinjam a posse de imóveis privados em face de estudos de identificação e delimitação de terras indígenas ou constituição de reservas indígenas*”.

Alegou que, desse modo, a IN nº 9/2020-FUNAI não mais trata da *“área em estudo de identificação e delimitação*”, da *“terra indígena delimitada (pela FUNAI)*”, da *“terra indígena declarada (pelo Ministro da Justiça)*” e da *“terra indígena interdita*” como hipóteses impeditivas de emissão da DRL em favor do proprietário rural, revogando a necessidade de observância da poligonal de terras indígenas em processo de demarcação prevista na anterior Instrução Normativa/FUNAI nº 03/2012.

Afirmou o autor que a alteração normativa retirou, dessa forma, como condição para emissão de Atestado Administrativo de regularidade geográfica do imóvel particular, a necessidade de observância dos limites de áreas de interesse indígena com procedimentos administrativos não finalizados, circunstância que passou a permitir que imóveis rurais sobrepostos a essas áreas obtivessem o devido cadastramento no Sistema de Gestão Fundiária - SIGEF do INCRA. Daí o risco para áreas indígenas ainda em demarcação ou no lento processo de aguardar a abertura de processo de reconhecimento pela FUNAI.

Sustentou que, desse modo, em síntese, a IN nº 9/2020-FUNAI: (i) contraria o caráter originário do direito dos indígenas às suas terras e a natureza declaratória do ato de demarcação; (ii) cria indevida precedência da propriedade privada sobre as terras indígenas, em flagrante ofensa ao art. 231, § 6º, da Constituição, cuja aplicabilidade se impõe inclusive aos territórios não demarcados; (iii) contraria a Convenção nº 169 da OIT, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, não resistindo ao controle de convencionalidade; (iv) viola os princípios da publicidade, da legalidade e da segurança jurídica; (v) vai de encontro à Informação Técnica nº 26/2019/ASSTEC-FUNAI, ao Parecer nº 00044/2019/COAF/PFE-FUNAI/PGF/AGU e às conclusões do

Acórdão

nº



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

727/2020, do Tribunal de Contas da União; (vi) não passou por processo de consulta prévia, livre e informada com os povos indígenas interessados, como assegura o art.6º, 1, a, da Convenção nº 169 da OIT; (vii) representa um indevido retrocesso na proteção socioambiental; (viii) incentiva a grilagem de terras e os conflitos fundiários; e (ix) configura comportamento contraditório, vedado pela tutela da confiança e pelo dever de boa-fé.

Destacou que, considerando apenas as áreas indígenas localizadas em municípios que integram a Subseção Judiciária de Passo Fundo, mais de 3.567,0000 hectares de territórios tradicionais deixarão de ser considerados terra indígena com a aplicação da IN nº 9/2020-FUNAI, sendo retirados do SIGEF e ocultados do sistema de gestão fundiária, de modo que proprietários de imóveis rurais que estiverem sobrepostos com todo esse território indígena, que é bem imóvel da União, poderão obter declarações do SIGEF sem essa informação, criando um incomensurável risco não só para os indígenas e para o meio ambiente, como também para os negócios jurídicos que envolvam tais bens.

Salientou que, ao fazer prevalecer o registro de títulos em territórios que deverão ser demarcados – e que não o foram em razão da mora do Estado brasileiro –, a FUNAI omite-se no dever de proteção do patrimônio público e suscita em não indígenas a ideia de que é necessário/possível avançar sobre essas áreas.

Justifica, ainda, a necessidade de concessão de liminar em razão: do sucateamento em execução infligido à FUNAI, bem como a realidade concreta das terras indígenas presentes nos municípios da Subseção Judiciária de Passo Fundo atingidas pela aplicação da IN nº 9/2020-FUNAI; da demora na conclusão dos procedimentos de demarcação, o fez com que o MPF ajuizasse diversas ações civis públicas nos últimos anos, em desfavor da União e da FUNAI, podendo ser citados, a título exemplificativo, os casos das demandas territoriais das comunidades indígenas de Mato Castelhanos/RS (autos nº 5005234-63.2014.4.04.7104), Novo Xingu, em Constantina e Novo Xingu/RS (autos nº 5004716-31.2014.4.04.7118), Carazinho 75/RS (autos nº 5002075-02.2016.4.04.7118), São Miguel do Faxinal, em Água Santa/RS (autos nº 5000890-97.2018.4.04.7104), e Campo do Meio, município de Gentil/RS (autos nº 5000895-22.2018.4.04.7104); considerando que nenhum dos procedimentos demarcatórios foi concluído, se antes os territórios reivindicados se enquadravam em alguma das hipóteses impeditivas da IN nº 3/2012-FUNAI, atualmente todos eles estariam excluídos do rol protetivo, que foi indevidamente restringido pela novel IN nº 9/2020-FUNAI. Fez os seguintes pedidos:

4.1) declarar, incidentalmente, a nulidade da IN nº 9/2020-FUNAI, por estarem suficientemente configuradas a sua ilegalidade, inconveniência e inconstitucionalidade;

24/04/2022 22:10

:: 710014341975 - eproc - ::



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

4.2) condenar a FUNAI e o INCRA a obrigação de fazer, consistente em revogar todos os atos praticados com base na aplicação da IN nº 9/2020-FUNAI;

4.3) condenar a FUNAI a obrigação de fazer, consistente em manter ou incluir no SIGEF, além das terras indígenas homologadas, terras dominiais indígenas plenamente regularizadas e reservas indígenas, as terras indígenas em processo de demarcação nas seguintes situações: a) Área formalmente reivindicada por grupos indígenas; b) Área em estudo de identificação e delimitação; c) Terra indígena delimitada; d) Terra indígena declarada;

4.4) condenar a FUNAI a obrigação de fazer, consistente em considerar, para a emissão da Declaração de Reconhecimento de Limites, além das terras indígenas homologadas, terras dominiais indígenas plenamente regularizadas e reservas indígenas, as terras indígenas em processo de demarcação nas seguintes situações: a) Área formalmente reivindicada por grupos indígenas; b) Área em estudo de identificação e delimitação; c) Terra indígena delimitada; d) Terra indígena declarada;

4.5) condenar a FUNAI a obrigação de fazer, consistente em manter ou incluir no SICAR, além das terras indígenas homologadas, terras dominiais indígenas plenamente regularizadas e reservas indígenas, as terras indígenas em processo de demarcação nas seguintes situações: a) Área formalmente reivindicada por grupos indígenas; b) Área em estudo de identificação e delimitação; c) Terra indígena delimitada; d) Terra indígena declarada;

Juntou documentos (E1).

Foi determinada a intimação prévia dos réus (E3).

Manifestou-se o INCRA requerendo, preliminarmente, nos termos do § 2º do artigo 55 do CPC e § 3º do artigo 5º da Lei n. 4.717/1965, a reunião do presente feito à Ação Popular nº 1026656-93.2020.4.01.3400, que tramita na Seção Judiciária do Distrito Federal, uma vez que possuiriam objetos idênticos - a declaração de nulidade da Instrução Normativa/FUNAI nº 09/2020, sendo prevento aquele Juízo para todas as ações que forem posteriormente intentadas contra as mesmas partes e sob os mesmos fundamentos. Alegou, outrossim, que se trata de suposto dano de abrangência nacional, razão pela qual há competência concorrente do foro do Distrito Federal para julgamento da demanda, em analogia ao artigo 93, II, do CDC.

Arguiu, ainda, a preliminar de inadequação da via eleita, ao argumento, em síntese, de que o *Parquet* busca declaração de inconstitucionalidade de ato normativo federal, cuja via adequada não seria a ação civil pública.

No mérito, defendeu a legalidade da IN nº 09/2020.



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

Alegou que esta disciplina a emissão da Declaração de Reconhecimento de Limites, documento este que visa apenas fornecer aos proprietários ou possuidores privados a certificação de que os limites do seu imóvel respeitam os limites das terras indígenas homologadas, reservas indígenas e terras domaniais indígenas plenamente regularizadas, ou seja, territórios sob domínio da União, administração da Funai e usufruto das comunidades indígena, de modo que a emissão do dito documento não implica reconhecimento de domínio ou exatidão dos limites do imóvel particular e também não atesta a legitimidade da posse, não servindo como instrumento a regularização fundiária, buscando apenas salvaguardar o Estado de que o particular requerente não está adentrando irregularmente em área de interesse indígena, seja declarada ou constituída, devidamente registrada em nome da União.

Aduziu que cabe à FUNAI a alimentação do banco de dados do SIGEF com as poligonais de terras indígenas sob sua administração, em observância aos parâmetros estabelecidos na IN nº 09/2020.

Alegou que, enquanto vigente, a IN 03/2012 a FUNAI alimentava o SIGEF com poligonais de áreas em qualquer das situações discriminadas no seu art. 6º, incluindo no banco de dados gerido pelo INCRA uma série de informações sujeitas a alterações, uma vez que, enquanto não concluído definitivamente o processo de demarcação de terras indígenas, não há certeza acerca da extensão territorial e da delimitação geográfica da área de domínio da União (são limites que podem ser alterados a qualquer momento no curso do processo de regularização na FUNAI), gerando insegurança jurídica e técnica a utilização de tais dados como base do Sistema.

Aduziu que, em relação às Reservas Indígenas e às Terras Domaniais Indígenas, não há falar em efeito declaratório do ato de destinação da terra à comunidade, e sim em ato constitutivo, uma vez que não se confundem com terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas.

Defendeu que, embora a demarcação da terra indígena de ocupação tradicional possua natureza declaratória, os efeitos declaratórios do ato somente são desencadeados após sua devida formação, o que não ocorre antes da finalização do processo administrativo correspondente. Portanto, enquanto não aperfeiçoado o ato, não há falar em disponibilidade do mesmo para produção de efeitos próprios.

Sustentou que, embora a existência de procedimento demarcatório em curso não iniba a emissão de certificação de limites, garantido a plena propriedade, não há falar em ofensa ao princípio da publicidade, já que há previsão de averbação

24/04/2022 22:10

:: 710014341975 - eproc - ::



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

de tal situação na matrícula de eventual imóvel sobreposto a área. Juntou documentos (E11).

Manifestou-se a FUNAI reiterando todas as alegações e fundamentos apresentados pelo INCRA (E12).

O MPF juntou cópia de sentença proferida nos autos de ação civil pública similar, relativa às áreas indígenas da Subseção Judiciária de Santarém/PA, que julgou procedentes os pedidos (E14).

A decisão do E15 deferiu o pedido liminar.

O INCRA opôs embargos de declaração (E24).

Manifestações da FUNAI comprovando o cumprimento da liminar (E26 e E29).

Embargos de declaração não acolhidos (E31).

Citados, o INCRA e a FUNAI apresentaram suas contestações respectivamente nos E38 e E39. O INCRA alegou como preliminares: (a) a existência de conexão entre a presente ação civil pública e a ação popular nº 1026656-93.2020.4.01.3400; (b) ausência de interesse processual pela inadequada via eleita; (c) ilegitimidade passiva ad causam do INCRA. No mérito, sustentou a constitucionalidade e legalidade da citada instrução normativa. De sua vez, a FUNAI alegou preliminarmente: (a) a existência de conexão entre a presente ação civil pública e a ação popular nº 1026656-93.2020.4.01.3400; (b) ausência de interesse processual pela inadequação da via eleita; (c) ilegitimidade passiva ad causam da FUNAI. No mérito, também defendeu a constitucionalidade e legalidade da Instrução Normativa da FUNAI nº 9/2020 (evento 39).

A FUNAI e o INCRA interpuseram o agravo de instrumento nº 5008878-39.2021.4.04.0000 (E40).

O Ministério Público Federal se manifestou em réplica (E45).

Comunicação de decisão do agravo de instrumento nº 5008878-39.2021.4.04.0000/RS (E47 e E48) no qual foi deferido efeito suspensivo da liminar concedida e reconhecido a prevenção desta ação civil pública com a ação popular denº 1026656-93.2020.4.01.3400, para haver trâmite e julgamento conjunto na 16ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal/DF.



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

Foi negado provimento ao agravo de instrumento nº 5008878-39.2021.4.04.0000/RS, mantendo-se a decisão antecipatória de tutela (E15) e a competência desse Juízo para o julgamento desta ação (E59).

O Ministério Público Federal juntou outras sentenças similares (E66).

Não havendo pedidos de produção de outras provas, vieram-me os autos conclusos para sentença.

É o breve relatório. Decido.

II - Fundamentação

1. Preliminarmente

1.1. Incompetência do juízo e inadequação da via eleita

As preliminares de existência de conexão entre a presente ação civil pública e a ação popular nº 1026656-93.2020.4.01.3400 e ausência de interesse processual pela inadequação da via eleita já foram analisadas e afastadas na decisão do E15. Quanto à competência desse Juízo, foi confirmada pelo TRF4 no agravo de instrumento nº 5008878-39.2021.4.04.0000.

Importante salientar que a competência, no caso dos autos, é regida pelo art. 2º da Lei nº 73.347/1985, segundo o qual "*as ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa*"), sendo, portanto, de natureza absoluta.

No presente caso, a lide se limita à competência territorial desta Subseção e a declaração de inconstitucionalidade e ilegalidade da Instrução Normativa/FUNAI nº 09/2020 é apenas questão prejudicial ao julgamento da ação, que em verdade busca assegurar a manutenção e/ou inclusão de todas as terras indígenas existentes na área de circunscrição desta Subseção no SIGEF e no SICAR (dano local).

Outrossim, eventual conexão, ainda que existente, não teria o condão de alterar competência absoluta.

24/04/2022 22:10

:: 710014341975 - eproc - ::



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

Referente a adequação da via eleita, a declaração de inconstitucionalidade e ilegalidade da Instrução Normativa/FUNAI nº 09/2020 é apenas questão prejudicial ao julgamento da ação.

Ocorre que é cabível ação civil pública fundada em inconstitucionalidade de norma, desde que este não seja o seu pedido principal.

Analisando a peça inaugural, verifico que o objeto da presente ação é a imposição de obrigações de fazer e de não fazer, consistentes na manutenção e/ou inclusão de todas as terras indígenas existentes na área de circunscrição desta Subseção no SIGEF e no SICAR.

O que se busca nesta ação, portanto, tem relação com os efeitos concretos da IN nº 09/2020, relativos à restrição sem propósito útil e oportuno e desnecessária para satisfazer um interesse público imperativo, assim como desproporcional em relação aos direitos dos povos indígenas às suas terras, havendo inúmeras ações em curso nesta Subseção relacionadas a tais direitos. Além disso, há outros enfoques de análise, como a verificação de legalidade do ato normativo infralegal, assim como dos efeitos concretos nas relações jurídicas e fáticas existentes no âmbito da Subseção e afetações específicas a núcleos essenciais de direitos das comunidades indígenas localizadas na região e efeitos específicos daí decorrentes.

Outrossim, o próprio MPF trouxe um rol de áreas indígenas, sob jurisdição desta Vara, potencialmente afetadas pela norma em questão, quais sejam (E1, INIC1, fls. 15-16):

Nome	Etnia	Município	Superfície (ha)	Fase do procedimento	Modalidade
TI Carreteiro	Kaingang	Água Santa	602,9751	Regularizada	Tradicionalmente ocupada
TI Mato Castelhana	Kaingang	Mato Castelhana	3.567,0000	Delimitada	Tradicionalmente ocupada



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

TI Monte Caseros	Kaingang	Muliterno, Ibiraiaras	1.112,4105	Regularizada	Tradicionalmente ocupada
TI Nonoai	Guarani e Kaingang	Rio dos Índios, Planalto, Nonoai e Gramado dos Loureiros	19.830,0000	Declarada	Tradicionalmente ocupada
TI Nonoai/Rio da Várzea	Kaingang	Trindade do Sul, Planalto, Nonoai, Liberato Salzano, Gramado dos Loureiros	16.415,4443	Regularizada	Tradicionalmente ocupada
TI Segu	Kaingang	Novo Xingu	0,0000	Em estudo	Tradicionalmente ocupada
TI Serrinha	Kaingang	Três Palmeiras, Ronda Alta, Engenho Velho, Constantina	11.752,7578	Declarada	Tradicionalmente ocupada
			Total 53.280,5877 ha		

Desse modo, não estamos diante de análise de inconstitucionalidade em abstrato da norma, mas sim dos efeitos concretos dessa, os quais passam pela análise incidental de constitucionalidade de ato normativo derivado, além da análise de legalidade do ato normativo infralegal, assim como dos efeitos concretos nas relações jurídicas e fáticas existentes no âmbito da Subseção.

Com efeito, a presente ação civil pública não visa à apreciação da validade constitucional de norma em tese, mas o julgamento de uma específica e concreta relação jurídica, tornando-se lícito e possível promover, *incidenter tantum*, o controle difuso de constitucionalidade de qualquer ato emanado do Poder Público.

A análise de inconstitucionalidade/ilegalidade do ato normativo é mera questão incidental, não sendo objeto principal da ação, desprovida do condão de produzir efeitos *erga omnes*, não incidindo em hipótese de inadequação da via eleita, nem fazendo as vezes das ações típicas de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade (a exemplo da ADI, ADC e ADPF) ou usurpação da função atribuída constitucionalmente ao STF ou ainda invasão da atividade legislativa que afronte a separação dos poderes.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTROLE INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. A jurisprudência do STJ entende possível a declaração incidental de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, em sede de ação civil pública, quando a controvérsia constitucional figurar como causa de pedir ou questão

24/04/2022 22:10

:: 710014341975 - eproc - ::



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

prejudicial indispensável à resolução dopedido principal.2. Agravo interno não provido. [STJ, AgInt no REsp 1364679/MG, PRIMEIRA TURMA, Ministro SERGIO KUKINA, DJE 22/02/2019]

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO SINDICATO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. LIMITAÇÃO TERRITORIAL DA SENTENÇA. VIA ELEITA. LEGITIMIDADE PASSIVA. PRESCRIÇÃO. AUXÍLIO CRECHE. DESCONTOS. ART. 6º DO DECRETO Nº 977/1993. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. LEI Nº 7.347/1995. [...] 3. Quando a controvérsia constitucional não figure como pedido, mas, sim, como causa de pedir, fundamento ou simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal em torno da tutela do interesse público, é possível, em sede de ação coletiva, dentre as quais, a ação civil pública, a declaração de inconstitucionalidade, incidenter tantum, de lei ou ato normativo federal ou local. [...] [TRF4, AC 5021303-42.2015.404.7200, QUARTA TURMA, Relatora VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA, Data da decisão: 26/04/2017]

No presente caso, o TRF4 decidiu em sede de agravo de instrumentonº 5008878-39.2021.4.04.0000 que:

EMENTA: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FUNAI. INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 09/2020. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO INCIDENTAL DA VALIDADE DE ATO NORMATIVO. PREVENÇÃO. CONEXÃO. INOCORRÊNCIA - Conquanto esteja em discussão na ação de origem a validade da Instrução Normativa FUNAI 09/2020, constitui essa temática questão incidental, pois o objetivo principal é a manutenção e/ou a inclusão de todas as terras indígenas abrangidas pela competência da Subseção Judiciária de Passo Fundo no SIGEF e no SICAR, ainda que os respectivos processo de demarcação não estejam concluídos, bem como a consideração desta circunstância no procedimento de análise de sobreposição realizada pelos servidores credenciados no SIGEF e para a emissão de declarações de reconhecimento de limites. - Como o objeto do processo não é derrubada da IN nº 9/2020-FUNAI em si, não se cogita de ação contra ato normativo em tese, muito menos de efeitos atrativos por parte de ação que tramita no Distrito Federal questionando o próprio ato. Com efeito, a se entender assim, a vis atractiva se faria sentir em todas as situações em que diferentes demandas discutissem a higidez de lei frente à Constituição. - No caso, permitido o controle difuso aos órgãos jurisdicionais, a eventual discrepância de entendimento, gerando decisões eventualmente contraditórias em relação a imóveis em situações assemelhadas, decorre do próprio sistema judiciário nacional, pelo que deverá, se for o caso, ser solucionada mediante ativação das ferramentas previstas no Código de Processo Civil. (TRF4, AG 5008878-39.2021.4.04.0000, QUARTA TURMA, Relator RICARDO TEIXEIRA DO VALLE PEREIRA, juntado aos autos em 16/06/2021)

Portanto, restam afastadas as preliminares de inadequação da via eleita e incompetência do juízo.



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

1.2. Ilegitimidade passiva da FUNAI e do INCRA

A FUNAI alegou sua ilegitimidade passiva, em razão de não possuir “atribuição legal de gerenciar, administrar, e controlar os dados armazenados no SIGEF e no SICAR”. Argumentou que não detinha competência para alimentar/administrar os mencionados sistemas. O INCRA, por sua vez, também alegou sua ilegitimidade passiva, porquanto seria “mero gestor do SIGEF, não lhe competindo a alimentação do sistema com dados cartográficos de imóveis públicos que se relacionam às competências de outros entes”. Referiu que “a alimentação do banco de dados do SIGEF com poligonais de terras indígenas não é feita pelo INCRA, mas pela FUNAI”.

Sem razão, contudo.

De acordo com a Lei nº 6.015/73 e o Decreto nº 4.449/2002 é de competência do INCRA a certificação do memorial descritivo da área cadastrada. Essa certificação indica que a poligonal objeto do memorial descritivo não está sobreposto a nenhuma outra área. Nesse sentido, é evidente a responsabilidade da autarquia federal quanto à realização adequada do procedimento a fim de emitir o certificado. Ademais, conforme o próprio INCRA apontou em sua contestação, é o gestor do SIGEF, de modo que é responsável por sua gerência e funcionamento, evidenciando o seu interesse na demanda.

Quanto à FUNAI, embora a base de dados do SIGEF seja gerenciada por este, cabe aos órgãos e entes públicos alimentar esse sistema, entre os quais a fundação indigenista, por ser a detentora das informações de identificação e delimitação de terras indígenas, bem como de áreas reivindicadas pelos indígenas. Ademais, a IN nº 09/2020, contra a qual se insurge o autor, foi expedida pela FUNAI.

Dessa forma, rejeito a preliminar.

2. Mérito

O MPF postula que, em relação aos territórios indígenas localizados em municípios sob jurisdição da Subseção Judiciária de Passo Fundo/RS, a FUNAI mantenha e/ou inclua no SIGEF e no SICAR, bem como considere na emissão da Declaração de Reconhecimento de Limites, e o INCRA considere no procedimento de análise de sobreposição realizada pelos servidores credenciados no SIGEF, além das terras indígenas homologadas, terras dominiais indígenas plenamente regularizadas e reservas indígenas, as terras indígenas em processo de demarcação nas seguintes situações: a) Área formalmente reivindicada por grupos indígenas, b)

24/04/2022 22:10

:: 710014341975 - eproc - ::



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

Área em estudo de identificação e delimitação, c) Terra indígena delimitada, e d) Terra indígena declarada. Postula, ainda, que o INCRA, como gestor do Sistema de Gestão Fundiária – SIGEF, providencie os meios técnicos necessários para o imediato cumprimento da decisão judicial.

No presente caso, a verificação da afetação concreta da restrição da Instrução Normativa/FUNAI nº 09/2020 sobre os direitos originários das comunidades indígenas sobre as suas terras tradicionalmente ocupadas se deve perquirir se a regulamentação administrativa tem efeitos concretos sobre terras tradicionalmente ocupadas por comunidades indígenas localizadas no âmbito da Subseção de Passo Fundo e se observa ou não os princípios da legalidade, necessidade e proporcionalidade, conforme uma sociedade democrática na forma que segue:

a) se a regulamentação administrativa prevista na Instrução Normativa/FUNAI nº 09/2020 e a não inclusão de terras não definitivamente demarcadas (áreas formalmente reivindicadas por indígenas, áreas em estudo de identificação e delimitação, terras indígenas delimitadas e terra indígena declaradas) no SIGEF e no SICAR, ainda que o respectivo processo de demarcação não esteja concluído, bem como a desconsideração das referidas áreas no procedimento de análise de sobreposição realizada pelos servidores credenciados no SIGEF e para a emissão da Declaração de Reconhecimento de Limites (DRL) deve obediência aos princípios da legalidade que ordena o Estado a estabelecer de forma precisa os limites entre às propriedade particulares e as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas;

b) se a regulamentação administrativa, como ato normativo infralegal, resulta em violação concreta e imediata a direitos e situações de fato existentes no âmbito da Subseção de Passo Fundo;

c) se o conjunto da restrição administrativa, além de ter sido prevista em lei é não discriminatória e se não elimina ou obstaculiza o núcleo essencial de direitos fundamentais e humanos como o direito originário das comunidades ao uso e gozo às terras tradicionalmente ocupadas;

d) se a restrição administrativa é baseada em critérios razoáveis e racionais e se atende a um propósito útil e oportuno; se é necessária para satisfazerem interesse público imperativo; e se é proporcional e não atente contra a segurança jurídica.

Pois bem.



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

O processo administrativo de demarcação da terra indígena, pertinente à sua identificação, delimitação, demarcação e homologação, é amparado e determinado pelos arts. 20, inciso XI, e 231 e seu § 1º da Constituição Federal e 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Ademais, é estabelecido pelos arts. 17 e 19 da Lei Federal nº 6.001, de 19.12.1973 - Estatuto do Índio, além de ser regulamentado pelos Decretos nºs 22/91 e 1.775/96.

Mas é interessante notar que antes disso tudo o Alvará Régio de 1º de Abril de 1680 reservou alguns direitos indígenas dos chamados "primários e naturais senhores da terra" decretando por consequência a invalidade das sesmarias dadas sobre as terras indígenas em razão do caráter originário da posse, inspirando a teoria do indigenato dada a apropriação congênita que posteriormente terá influências nas Constituições de 1934, 1937, 1946 e 1967, apesar de outros regimes instituídos, por um lado, na Lei Pombalina de 06 de julho de 1755 que assegurou inteiro domínio e pacífica posse das terras para gozarem delas e por outro lado, em 1850, na Lei Imperial nº 601 chamada de lei geral de terras públicas que pretendeu caracterizar como terras devolutas as terras destinadas ao usufruto indígena.

É perceptível no histórico legislativo que já havia proteção jurídica normativa do uso e gozo das terras indígenas por suas comunidades mesmo antes da Constituição Federal de 1988. Apesar do histórico ser relevante para a compreensão geral, se faz necessário verificar o âmbito jurídico de proteção vigente atualmente. Nessa linha, a Constituição Federal disciplina os direitos dos indígenas sobre as terras tradicionalmente ocupadas por eles, nos seguintes termos:

Art. 20. São bens da União: (...)

XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

(...)

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

24/04/2022 22:10

:: 710014341975 - eproc - ::



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

§ 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.

Então, a Constituição Federal de 1988 reconheceu os direitos originários dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam, evidenciando o direito de posse permanente (com domínio especial e destinação específica) e usufruto exclusivo. Assim, a Constituição Federal de 1988 marca expressamente três características essenciais:

I) Originariedade, sendo um direito mais antigo que qualquer outro, preponderando sobre direitos adquiridos, ainda que registrados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não índios, os quais se consubstanciam em atos nulos e extintos, conforme §6º do art. 231 da CF (ANJOS FILHO, 2011. p.936; LIPPEL, Alexandre Gonçalves. p.81; STF Petição 3388, AYRES BRITO, p.237);

II) Tradicionalidade relacionada ao valor cultural da terra, a preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem estar e a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições LIPPEL, Alexandre



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

Gonçalves. p.82; STF Petição 3388, AYRES BRITO. p.236;

III) Ocupação permanente relacionada a necessidade de fundamentar a preservação destas terras para o futuro para que sejam suficientes para garantir o habitat dos indígenas e espaço necessário para a reprodução e desenvolvimento de estilo de vida das comunidades segundo sua cultura e tradições, com atividade produtiva e preservação de recursos ambientais (LIPPEL, Alexandre Gonçalves. p.83).

Já o artigo 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias estabelece que "*a União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição*".

A Lei Federal nº 6.001/73 - Estatuto do Índio, por sua vez, considerando os direitos originários dos índios às suas terras, estabelece a sua demarcação, nos seguintes termos

Art. 18. As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício da posse direta pela comunidade indígena ou pelos silvícolas.

Art. 19. As terras indígenas, por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio, serão administrativamente demarcadas, de acordo com o processo estabelecido em decreto do Poder Executivo.

Art. 65. O Poder Executivo fará, no prazo de cinco anos, a demarcação das terras indígenas, ainda não demarcadas.

Nesse contexto, é possível concluir que as terras indígenas identificadas e demarcadas, mesmo antes de concluído o processo de homologação, devem ser protegidas, tendo em vista o direito originário dos indígenas sobre tais áreas, sendo que, se o Estado brasileiro tivesse cumprido com o prazo previsto pelo ADCT da Constituição de 1988, todas as terras indígenas já teriam sido demarcadas e seriam usufruídas pelas comunidades indígenas. Ademais, no artigo 18, já era proibido qualquer ato ou negócio jurídico que restringisse o pleno exercício da posse direta pelas comunidades indígenas.

Ressalte-se, outrossim, que "*as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios não perdem essa característica por ainda não terem sido demarcadas, na medida em que a demarcação tem efeito meramente declaratório*" (REsp 1.097.980/SC, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 1/4/2009). Assim, "*diante do efeito meramente declaratório da demarcação das terras indígenas, não*

24/04/2022 22:10

:: 710014341975 - eproc - ::



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

há falar em pretensão direito de propriedade do particular" (AgInt no REsp 1584758/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/05/2020, DJe 04/06/2020).

Nesse sentido, cito ainda o seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA E EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ITR. IMÓVEL SITUADO DENTRO DE RESERVA INDÍGENA. NATUREZA DECLARATÓRIA DO ATO DE DEMARCAÇÃO. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. NÃO INCIDÊNCIA DE ITR. APRESENTAÇÃO DO ADA. AGRAVO RETIDO. 1. O ato administrativo demarcatório de reserva indígena não possui natureza constitutiva, mas declaratória, pois reconhece uma situação preexistente com base no direito originário dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam, o qual prepondera sobre os títulos de propriedade ou de legitimação de posse em favor de não índios, considerados nulos e extintos pelo art. 231 da Constituição Federal. (...) (TRF4 5002806-06.2013.4.04.7117, PRIMEIRA TURMA, Relator AMAURY CHAVES DE ATHAYDE, juntado aos autos em 06/02/2017)

Contudo, a Instrução Normativa/FUNAI nº 09/2020, ao prever, em seu §1º do art. 1º que “a Declaração de Reconhecimento de Limites se destina a fornecer aos proprietários ou possuidores privados a certificação de que os limites do seu imóvel respeitam os limites das terras indígenas homologadas, reservas indígenas e terras dominiais indígenas plenamente regularizadas”, deixou à margem da norma a grande maioria das terras indígenas, as quais ainda não possuem regularização plena.

Portanto aqui já se verifica a manifesta antinomia da Instrução Normativa/FUNAI nº 09/2020 em relação aos artigos 17, 18, 19 e 65 da Lei Federal nº 6.001/1973 primeiramente por ser ato infralegal, e por conseguinte ao art. 231 da Constituição Federal ao excluir de antemão por ficção a possibilidade de realização e consideração da existência do direito originário ao uso e gozo das comunidades indígenas localizadas na Subseção sobre as terras ocupadas tradicionalmente, eliminando controle informativos, impedindo registros e cadastros públicos e dificultando a continuidade de demarcações em curso e todas medidas prévias necessárias para sua efetiva realização, tem por consequência obstaculizar o próprio reconhecimento das terras indígenas.

Desse modo, é perceptível que a Instrução Normativa/FUNAI nº 09/2020 possibilita a violação dos direitos das comunidades indígenas localizadas na Subseção Judiciária de Passo Fundo por eliminar a possibilidade de reconhecimento das terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, uma



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

vez que desconsidera de antemão demarcações em curso classificadas como por exemplo: a) áreas dependentes dos estudos antropológicos, históricos, fundiários, cartográficos e ambientais, que fundamentam a identificação e a delimitação da terra indígena; b) áreas delimitadas que são as terras que tiveram os estudos aprovados pela Presidência da Funai, com a sua conclusão publicada no Diário Oficial da União e do Estado, e que se encontram na fase do contraditório administrativo ou em análise pelo Ministério da Justiça, para decisão acerca da expedição de Portaria Declaratória da posse tradicional indígena; c) declaradas que são as terras que obtiveram a expedição da Portaria Declaratória pelo Ministro da Justiça e estão autorizadas para serem demarcadas fisicamente, com a materialização dos marcos e georreferenciamento. Apenas não seriam afetadas as Terras Homologadas que são as que possuem os seus limites materializados e georreferenciados, cuja demarcação administrativa foi homologada por decreto Presidencial; as Terras Regularizadas que são as terras que, após o decreto de homologação, foram registradas em Cartório em nome da União e na Secretaria do Patrimônio da União e; as Terras Interditadas que são as áreas interditadas, com restrições de uso e ingresso de terceiros, para a proteção de povos indígenas isolados.

Então, ao permitir a certificação em prol da propriedade privada com desconsideração das demarcações não finalizadas tem o efeito concreto de eliminar e impossibilitar o reconhecimento do direito das comunidades indígenas às terras tradicionalmente ocupadas por elas, afrontando o núcleo essencial deste direito e seu âmbito de proteção, agredindo a legalidade e a finalidade pública, afastando-se da necessidade e adequação da atividade administrativa a utilidade pública, gerando incertezas e conflitos com afetação em grau máximo da segurança jurídica assim como sem a correspondente satisfação segura de direito aos destinatários da regulamentação.

Veja que a Constituição Federal, ao prever no art. 231 o direito originário das comunidades indígenas as terras tradicionalmente ocupadas, estabeleceu direitos fundamentais aos povos indígenas como a posse permanente e uso e gozo dos recursos naturais como elemento essencial para a preservação de sua identidade cultural e a continuidade de sua reprodução física e espiritual. Assim, ao desconsiderar de antemão a possibilidade de reconhecimento destas áreas, a administração pública interfere e restringe em grau máximo a preservação da existência das comunidades indígenas localizadas na Subseção de Passo Fundo, assim como afeta as suas organizações sociais e culturais.

24/04/2022 22:10

:: 710014341975 - eproc - ::



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

Ademais, registros em escrituras públicas ou cadastros governamentais ou títulos de legitimação de posse em favor de não índios com violação ao regime destas terras são, conforme §6º do art. 231 da CF, considerados atos nulos e extintos.

Além da pretensão da administração pública violar a legalidade e a Constituição Federal **também há contrariedade às normas previstas em Tratados Internacionais de Direitos Humanos** os quais vinculam a atividade administrativo Estado Brasileiro.

Se observa que a **Convenção 169 da OIT prevê o direito humano originário às terras tradicionalmente ocupadas por indígenas**, nos artigos 13, 14 e 15, obrigando inclusive o Estado Parte a instituir procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados, conforme segue:

Convenção 169 da OIT

Art. 13. 1. Na aplicação das disposições desta Parte da Convenção, os governos respeitarão a importância especial para as culturas e valores espirituais dos povos interessados, sua relação com as terras ou territórios, ou ambos, conforme o caso, que ocupam ou usam para outros fins e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação.

2. O uso do termo terras nos artigos 15 e 16 incluirá o conceito de territórios, que abrange todo o ambiente das áreas que esses povos ocupam ou usam para outros fins.

Artigo 14

1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes.

2. Os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse.

3. Deverão ser instituídos procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados.

Artigo 15

1. Os direitos dos povos interessados aos recursos naturais existentes nas suas terras deverão ser especialmente protegidos. Esses direitos abrangem o direito desses povos a participarem da utilização, administração e conservação dos



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

recursos mencionados.

2. Em caso de pertencer ao Estado a propriedade dos minérios ou dos recursos do subsolo, ou de ter direitos sobre outros recursos, existentes nas terras, os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessados, a fim de se determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados, e em que medida, antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras. Os povos interessados deverão participar sempre que for possível dos benefícios que essas atividades produzam, e receber indenização equitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades.

Além disso, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas da ONU de 2007, com relevante valor hermenêutico e referencial ético, estabelece um rol de formulações internacionais referente a relação que as comunidades indígenas tem com terras as tradicionalmente ocupadas em vários Estados, conforme se pode ver abaixo:

Artigo 25 Os povos indígenas têm o direito de manter e de fortalecer sua própria relação espiritual com as terras, territórios, águas, mares costeiros e outros recursos que tradicionalmente possuem ou ocupem e utilizem, e de assumir as responsabilidades que a esse respeito incorrem em relação às gerações futuras.

Artigo 26 1. Os povos indígenas têm direito às terras, territórios e recursos que possuem e ocupam tradicionalmente ou que tenham de outra forma utilizado ou adquirido. 2. Os povos indígenas têm o direito de possuir, utilizar, desenvolver e controlar as terras, territórios e recursos que possuem em razão da propriedade tradicional ou de outra forma tradicional de ocupação ou de utilização, assim como aqueles que de outra forma tenham adquirido. 3. Os Estados assegurarão reconhecimento e proteção jurídicos a essas terras, territórios e recursos. Tal reconhecimento respeitará adequadamente os costumes, as tradições e os regimes de posse da terra dos povos indígenas a que se refiram.

Artigo 27 Os Estados estabelecerão e aplicarão, em conjunto com os povos indígenas interessados, um processo equitativo, independente, imparcial, aberto e transparente, no qual sejam devidamente reconhecidas as leis, tradições, costumes e regimes de posse da terra dos povos indígenas, para reconhecer e adjudicar os direitos dos povos indígenas sobre suas terras, territórios e recursos, compreendidos aqueles que tradicionalmente possuem, ocupam ou de outra forma utilizem. Os povos indígenas terão direito de participar desse processo.

Neste contexto, Kingsbury observa que há uma vasta gama de formulações legais internacionais as relações dos grupos indígenas com a terra, territórios e recursos que possuem e tradicionalmente ocupam e suas relações decorrentes (KINGSBURY, Benedct. *Cinco estruturas conceituais concorrentes de reivindicação de povos indígenas em direito internacional e no direito comparado*. IN: Direito a diferença. JUBILUT. Lilliana Lyra. p.127). Assim, primeiramente, é

24/04/2022 22:10

:: 710014341975 - eproc - ::



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

perceptível que a Convenção 169 da OIT inaugurou uma nova fase de consideração dos direitos dos povos indígenas superando a visão estruturada nas ideias da tutela e da provisoriedade da condição de povos diferenciados prevista na anterior Convenção 107 da OIT. Também houve a superação das ideias de que os povos indígenas seriam um obstáculo ao desenvolvimento econômico e social.

Antes da Convenção 169 da OIT imperava uma visão com enfoque, por um lado, culturalista etnocêntrico que manifestava certo grau de posição de hierarquia inferior da cultura indígena em relação às culturas nacionais majoritárias ou dominantes de modo que as práticas de integração e homogeneização cultural resultantes de políticas assimilacionistas eram consideradas como vantajosas para os indígenas e de outro lado, um enfoque estruturalista que via a questão indígena sob uma ótica econômica e não cultural, de modo a autorizar a integração de acordo com os fundamentos de progresso econômico e desenvolvimento nacional (IKAWA. Daniela. Direitos dos povos indígenas. Igualdade de diferença e direitos humanos. 2010. p.518). Ademais, a Convenção 107 da OIT de 1957, apesar de prever a proteção a direitos sociais trabalhistas dos indígenas e respeito a seus costumes ainda pressupunha a inferioridade e condição de estágios menos adiantados dos indígenas, atribuindo ao Estado as políticas sistemáticas de tutela e integração progressiva à vida das sociedades dos respectivos países.

Assim, o sistema normativo anterior a Convenção 169 da OIT, seja nas legislações nacionais, seja na Convenção 107 da OIT, manifestava características assimilacionistas ou integracionistas cuja pretensão imediata era o silenciamento e disciplinamento e a pretensão mediata seria levar os diferentes povos e grupos ao abandono de sua essência cultural. Em um contexto de pressão dos movimentos indigenistas a partir das décadas de 60, 70 e 80 pelo reconhecimento dos direitos à diferença e as críticas à orientação integracionista da Convenção 107 da OIT resultou na elaboração da Convenção 169 da OIT, celebrada em 1989, que instituiu obrigações aos Estados signatários para com os povos indígenas e representou novas molduras conceituais em respeito e consideração a direitos à diferença dos povos indígenas, suas crenças, seus costumes, reconhecendo o controle sobre suas instituições, formas de vida, desenvolvimento econômico e a manutenção definitiva de suas identidades, línguas, religiões dentro dos Estados em que vivem.

Então, a Convenção 169 da OIT e consequente Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas da ONU de 2007 representaram um marco internacional para efetividade do reconhecimento jurídico das terras tradicionais e da juridicidade de seus costumes e proporcionou a formação de uma metodologia de fundamentação jurídica multicultural centrada na alteridade concreta



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

e coerente com um sistema comunitário mais fraterno de modo a preservar o núcleo essencial do direito a diferença cultural/existencial dos povos indígenas e remover o assimilacionismo e a tutela integracionista.

Ademais, é perceptível que a Convenção 169 da OIT não menciona proteção e integração. Outra diferença importante é que a Convenção 169 da OIT não fala meramente de populações tribais e semitribais como fazia a Convenção 107 da OIT. Assim, a Convenção 169 se refere a povos indígenas e tribais, reconhecendo que a consciência da identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como um critério fundamental para determinar aos grupos a que se aplicam as disposições da Convenção. Todavia, a própria Convenção 169 menciona que a utilização do termo povos não deverá ser interpretada no sentido de ter implicação alguma no que se refere aos direitos que possam ser conferidos a este termo no direito internacional, ou seja, não haverá reflexo no perdimento da soberania dos Estados partes.

Todo esse bloco concatenado de proteção está relacionada a cinco vetores normativos do direito nacional, internacional e comparado, conforme o jurista internacional Benedict Kingsbury: *1. Reivindicação de direitos humanos e não discriminação, 2 reivindicação de direitos de minorias; 3 reivindicação baseada em autodeterminação; 4. reivindicações baseadas na soberania histórica; 5. Reivindicação como povos indígenas baseados em tratados ou outros acordos entre povos indígenas e Estados.* (Kingsbury, Benedict. *Cinco estruturas conceituais concorrentes de reivindicações de povos indígenas em direito internacional e no direito comparado.* NYU Journal of International Law and Politics, 34, 2001.p 189.)

Importante ressaltar que diante da pluralidade de normas é tarefa do jurista de coordenar estas fontes, considerando o que elas dizem e aplicando o que Erik Jayme chama de “diálogo das fontes”, através do qual as normas dialogam entre si, a fim de obter a efetividade de sistemas autônomos de proteção, aponta um procedimento hermenêutico que caminha em uma nova direção, deixando de lado a exclusão para dar lugar à coexistência, deixando de lado a intransigência a fim de aceitar o diálogo.(MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Rumo às novas relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno: da exclusão à coexistência, da intransigência ao diálogo das fontes.* 2008. p. 24 e 148).

Verificando, esse específico bloco concatenado de garantias internacionais de direitos dos povos indígenas e sua vinculação ao direito originário às terras tradicionalmente ocupadas é interessante ver a posição das Cortes Internacionais.

24/04/2022 22:10

:: 710014341975 - eproc - ::



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos destacou a ligação espiritual e cultural dos indígenas com as terras tradicionalmente ocupadas, pois a cultura dos membros das comunidades indígenas corresponde, na moldura do artigo 13 da Convenção nº 169 da OIT, uma forma de vida particular de existência, vivência e compreensão, constituída a partir de sua estreita relação com seus territórios tradicionais e os recursos que ali se encontram, não apenas por serem estes seus principais meios de subsistência, mas também porque constituem em elementos integrantes de sua cosmovisão, religiosidade e, deste modo, de sua identidade cultural (Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai, Corte Interamericana de Direitos Humanos, Sentença de 17 de junho de 2005). Aponta também a Corte Internacional a relação existencial da comunidade indígena com o reconhecimento do direito coletivo a terra tradicional indígena. O fato de não ser garantida a possibilidade de reconhecimento do direito às terras tradicionalmente ocupadas aos indígenas, colocam estes em condições desumanas sem acesso aos bens de necessidade primária, como por exemplo acesso a alimentação adequada e água potável. Em decorrência disso, é diretamente afetada a existência digna e as condições básicas para o exercício dos demais direitos.

Inclusive, a Corte Interamericana ressaltou a importância da terra para a Comunidade indígena na relação as suas tradições e expressões orais, seus costumes e línguas, suas artes e rituais, seus conhecimentos e usos relacionados com a natureza, suas artes culinárias, o direito consuetudinário, sua vestimenta, filosofia e valores. Segundo a Corte, os membros das comunidades indígenas transmitem de geração em geração este patrimônio cultural imaterial, que é recriado constantemente pelos membros das comunidades e grupos indígenas (§134 e §135 da Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai).

Além disso, se mostra interessante que a Corte Interamericana de DH considerou que o conflito do direito de propriedade da comunidade indígena com o direito de propriedade privada dos atuais ocupantes da terra traz primeiro a necessidade de perceber que o reconhecimento da terra indígena envolve o conceito de originariedade deste direito, tendo em vista que o caráter histórico da ocupação indígena lhe traz uma condição de precedência e maior antiguidade a qualquer outro direito de propriedade atual, inclusive seu fundamento precede a própria ordem jurídica. Também para doutrina, trata-se de verdadeiro direito congênito que aliado a ocupação tradicional e permanente reconhecida por perícia antropológica traz a consequência que o reconhecimento deste direito a favor dos índios prepondera sobre direitos de propriedade daqueles que atualmente ocupam a terra, ainda que com os respectivos registros (LIPPEL. Alexandre Gonçalves. 2014. p. 81).



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

Já no caso *Maygna (Sumo) Awaw Tingni Community VS Nicarágua*, CIDH faz uma interpretação evolutiva da Convenção Americana de Direitos Humanos e apontou que entre os povos indígenas **existe uma tradição comunitária em relação a uma forma de propriedade coletiva da terra, no sentido de que a propriedade não é centrada no indivíduo, mas sim no grupo e sua comunidade** (§149 da Sentença da Corte). Além disso, no caso *Dann VS United States (2002)* a Comissão Interamericana de DH ampliou essa interpretação.

No caso *Lhaka Honhat VS Argentina* a CIDH decidiu em 6.02.2020 que **além do direito à propriedade comunitária indígena também há a autonomia de direitos econômicos sociais e culturais, com fundamento no artigo 26 da Convenção Americana, como direito a identidade cultural e diversidade, o direito a água e alimentação adequada e o meio ambiente sadio equilibrado, os quais tem força normativa, são vinculantes e cuja satisfação devem contemplar os hábitos culturais, costumes e tradições da comunidade indígena, respeitando sua especial relação com a terra, sua pluralidade e diversidade, sem pressões de integração compulsória a cultura não indígena. Todos esses direitos se relacionam ao direito coletivo a terra (propriedade comunal, uso ancestral e atual da terra) e podem ser justiciabilizados e reivindicados em face das instituições públicas, inclusive da Corte Interamericana. Nesta linha o reconhecimento da propriedade comunitária deve permitir a comunidade indígena continuar com suas pautas socioeconômicas de subsistência e suas formas especiais de vida.**

Assim, se a Instrução Normativa/FUNAI nº 09/2020 simplesmente desconsidera as demarcações em andamento e reivindicações de terras em curso de antemão por meio de presunções fictas, então **há indícios claros de violação a legalidade, a Constituição Federal e Tratados Internacionais, seja porque viola os deveres de não intervenção excessiva nestes direitos ou porque atua em direção a impedimento, prejuízo e eliminação aos exercício destes direitos juridicamente protegidos.** De outro lado, a não adoção de medidas governamentais adequadas e necessárias para garantir o uso e gozo efetivo das terras ocupadas tradicionalmente por parte das comunidade indígenas localizadas no âmbito da subseção tem o potencial de ameaçar o livre desenvolvimento e a transmissão de sua cultura e práticas tradicionais, assim como não protege suficientemente nem o núcleo essencial destes direitos.

24/04/2022 22:10

:: 710014341975 - eproc - ::



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

Ademais, se verificando que a regulamentação tem o **efeito concreto de restrição e obstaculização sobre direitos das comunidades indígenas da Subseção** conforme aqui relatado isso é algo a ser considerado na prestação jurisdicional de um caso específico de ação civil pública, uma vez que a própria efetividade da tutela pelo Estado manifestada pela concretização material dos próprios direitos garantidos pelos tratados de direitos humanos e direitos fundamentais previstos na Constituição, não tem sua suficiência na mera previsão declaratória e abstrata de tais pretensões no direito internacional e interno, mas a realização de fato dos direitos por procedimentos adequados e equitativos, inclusive diante de sérias restrições governamentais e regulamentações administrativas de exclusões de direitos per se que afetam imediatamente no plano fático o exercíci dos direitos, de modo que a simples ausência de jurisdição resultaria no fato de que tais direitos perderiam qualquer razão de significado em termos de justa e efetiva proteção.

— Nesta linha, a análise da intervenção concreta da Instrução Normativa/FUNAI nº 09/2020 nas áreas localizadas no âmbito da Subseção enseja a análise do grau de afetação ao núcleo essencial do direito fundamental originário das comunidades indígenas ao uso, gozo e das terras tradicionalmente ocupadas por elas, seja sob o enfoque do preceito da proibição de excesso que consagra um feixe de competências negativas que envolvem o direito à não intervenção ou impedimento de ações ou de certas faculdades jurídicas, o direito à afetação não arbitrária ou à eliminação de bens legais e posições legais permitidas, que garantam a proteção da vida e existência concreta de cada comunidade indígena, preservação de sua identidade cultural e a continuidade de sua reprodução física e espiritual por meio do reconhecimento de posse permanente, uso e gozo destas áreas que proíbem a interferência em posições legais invioláveis destes núcleos essenciais de existência, fruição e identidade cultural (sem impedimento ou discriminação).

De outro lado, o preceito da proibição da proteção insuficiente confere competências positivas destinadas a assegurar e promover a dignidade humana sob o enfoque do direito a diferença e alteridade existencial que compreende a existência coletiva das comunidades indígenas e individual de seus membros, a identidade cultural e uso e gozo dos bens móveis e imóveis, elementos corpóreos e incorpóreos essenciais para reprodução física e espiritual, mediante prestações estatais valorização positiva das diferenças culturais, com enfoque em uma igualdade libertadora e direitos diferenciais de um projeto de desenvolvimento plural e emancipador.



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

Desse modo, quanto ao aspecto deontológico, é observável, que de um lado os direitos fundamentais negativos com suas posições jurídicas permissivas (*Erlaubnisnorm*), de proteção a bens jurídicos (*Schutzgut*) e de não intervenção (*Eigriff*) ou impedimento (*Hinderung*) ou prejuízo (*Beeinträchtigung*) e eliminação (*Beseitigung*) a estas posições tem os conteúdos deontológicos de dar, não fazer ou fazer próprios de normas que criam direitos subjetivos. De outro lado, os direitos sociais e culturais obrigam segundo um mandamento de promoção e ação (*Handlungsstufe*) que detém o conteúdo deontológico de dar, fazer e algumas vezes, inclusive, de não fazer que permitem a exigibilidade de tais direitos. (*ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. 1997. p. 222 ss y 294. Também BOROWSK, Martin. Grundrechte als Prinzipien. P. 146-151.*)

Nessa linha, a garantia, concretização e promoção dos direitos negativos que exigem abstenção e limitação do Estado se analisam sobre o enfoque postulado da proibição do excesso (*Übermaßverbot*). (*BOROWSK, Martin. 1998, p.115, in apud: LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Teoria dos Direitos Fundamentais sociais. p 76.*) Já os direitos sociais e culturais a garantia de proteção/promoção se realiza por meio do enfoque da proibição da proteção insuficiente ou da não suficiência (*untermaßverbot*). (*SILVA, Virgilio Afonso. Op. Cit. p.28 BOROWSK, Martin. Op. cit. 120 e 151.*)

Desse modo, a questão também pode ser vista por uma metodologia coerente, racional e concatenada, dividida em fases e orientada pela proporcionalidade para a verificação se há em concreto um impacto desproporcional da regulamentação administrativa e atividade pública decorrente sobre direitos indígenas e pretensões sobre áreas sob as quais há procedimentos preparatórios ou andamento de demarcação em curso. Desse modo, segue a fundamentação para verificação se a restrição administrativa aos direitos indígenas é ou não baseada em critérios razoáveis e racionais e se atende ou não a um propósito útil e oportuno; se é necessária ou não para satisfazer um interesse público imperativo; e se é ou não proporcional.

Quanto a adequação a Instrução Normativa/FUNAI nº 09/2020 ao desconsiderar as terras indígenas em processo de demarcação restringe de forma inidônea e confusa ao não regulamentar claramente a possibilidade de reconhecimento das terras em processo de demarcação, assim como estimula ambiguidades ao sobrepor a propriedade privada sobre terras em curso de demarcações, de modo que retirando as condicionantes e especificações existentes na regulamentação anterior favorece uma aplicação arbitrária e discricionária que restringe excessivamente e indevidamente a possibilidade de reconhecimento do direito originário a posse permanente e ao uso e gozo das comunidades indígenas localizadas na Subseção sobre as terras ocupadas tradicionalmente.

24/04/2022 22:10

:: 710014341975 - eproc - ::



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

Ademais, ao mesmo tempo em que restringe, dificulta e até exclui a possibilidade de conclusão dos processos demarcatórios estimulando conflitos agrários, também não tem potencial de satisfazer com certeza jurídica os direitos de propriedades privadas dos particulares porque ao invés de respeitar limites realiza sobreposições indevidas geradoras de ambiguidades, contradições e multiplicidades de versões e estatutos jurídicos com repercussão em ações possessórias e sucessivos negócios jurídicos intensificando com grau acentuado de incertezas e imprevisibilidades a insegurança jurídica e evidenciando ineficiência estatal, o que demonstra a manifesta inadequação da regulamentação administrativa e imediatos procedimentos de certificação.

A regulamentação administrativa na Instrução Normativa/FUNAI nº 09/2020 simplesmente ao ignorar as demarcações em curso, diversamente das condições e especificações da regulamentação administrativa anterior **evidencia a restrição excessiva a núcleo essencial do direito fundamental e humano sem atender a um propósito útil e oportuno que a torne necessária para satisfazer um interesse público imperativo.**

A afetação de forma negativa ao direito originário ao uso e gozo das comunidades indígenas localizadas na Subseção sobre as terras ocupadas tradicionalmente e o dificultamento e neutralização da possibilidade de conclusões de demarcações mostram que a Instrução Normativa/FUNAI nº 09/2020 se constitui em restrição indevida e discriminatória ao exercício daquele direito e um limite desnecessário a satisfação dos direitos envolvidos, uma vez que alternativamente a regulamentação anterior (Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2012) considerava de forma mais abrangente todas as circunstâncias e condicionantes a certificação da propriedade privada com respeito e sem desconsideração de áreas formalmente reivindicadas por indígenas, áreas em estudo de identificação e delimitação, terras indígenas delimitadas e terras indígenas declaradas, inclusive com possibilidade de registros no SIGEF e no SICAR, ainda que os respectivos processos de demarcações não estivessem concluídos, bem como a não desconsideração das referidas áreas no procedimento de análise de sobreposição realizada pelos servidores credenciados no SIGEF e para a emissão da Declaração de Reconhecimento de Limites (DRL).



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

Logo, a própria regulamentação administrativa anterior (Instrução Normativa nº 3/2012) evidencia a existência de alternativas e atividades administrativas disponíveis menos invasivas ao direito constitucionalmente protegido de uso e gozo das comunidades indígenas localizadas na Subseção sobre as terras ocupadas tradicionalmente e não exclusão de antemão das possibilidades de conclusões das demarcações em curso, assim como não permitindo a geração de incertezas e inseguranças com o incentivo de sobreposições de propriedades, cujos meios menos agressivos se mostram mais capazes de alcançar os fins almejados, o que denota que a atual regulamentação administrativa é desnecessária e invade demasiadamente os direitos humanos e fundamentais protegidos.

No âmbito da proporcionalidade em sentido estrito se observa que a aferição do efeito concreto da restrição prevista na regulamentação administrativa com presunção favorável a imóveis privados conflita com o âmbito de proteção do direito originário ao uso e gozo das comunidades indígenas localizadas na Subseção sobre as terras ocupadas tradicionalmente por impedir de antemão a possibilidade de reconhecimento deste direito nos termos do art.231 da CF, artigos 13, 14 e 15 da Convenção 169 da OIT e artigos 17, 18, 19 e 65 da Lei Federal nº 6.001/1973.

Ocorre que as ambiguidades, incertezas e multiplicidade de efeitos jurídicos da ficção jurídica de presumir fictamente pela certificação de que os limites do imóvel privado respeitam os limites das terras indígenas homologadas, reservas indígenas e terras dominiais indígenas plenamente regularizadas, também desconsiderando de antemão as áreas formalmente reivindicadas por indígenas, áreas em estudo de identificação e delimitação, terras indígenas delimitadas e terras indígenas declaradas e não permitir a possibilidade de registros no SIGEF e no SICAR, ainda que os respectivos processos de demarcações não estejam concluídos, bem como não considerar as referidas áreas no procedimento de análise de sobreposição realizada pelos servidores credenciados no SIGEF e para a emissão da Declaração de Reconhecimento de Limites (DRL), não tem o potencial por si só de satisfazer desde logo por impossibilidade jurídica os direitos de propriedades privadas dos particulares porque ao invés de delimitar corretamente o direito, realiza recortes imprecisos com repercussão em ações possessórias e sucessivos negócios jurídicos com frontal nulidade nos termos do §6 do art.231 da Constituição Federal, cuja insegurança jurídica compromete a própria satisfatividade do direito que se pretendia realizar, de modo que a dimensão de peso e importância da respectiva regulamentação administrativa restritiva deve ser considerado em grau leve/leve.

24/04/2022 22:10

:: 710014341975 - eproc - ::



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

De outro lado, o prejuízo causado pela intensidade da intervenção no direito originário ao uso e gozo das comunidades indígenas localizadas na Subseção sobre as terras ocupadas tradicionalmente se dá em grau máximo já que afeta o seu núcleo essencial por comprometer de antemão a possibilidade de realização e consideração destes direitos por controle informativos, registros e consideração da continuidade de demarcações em curso e todas medidas prévias necessárias para sua efetiva realização, impedindo assim o próprio reconhecimento das terras indígenas, interferindo e restringindo em grau máximo a preservação da existência das comunidades indígenas localizadas na Subseção de Passo Fundo e afetando os direitos fundamentais de elevado grau de dimensão e importância dos povos indígenas a posse permanente e ao uso e gozo dos recursos naturais como elemento essencial para a preservação de sua identidade cultural e a continuidade de sua reprodução física e espiritual, colocando-os em condições desumanas sem acesso aos bens de necessidade primária, como a alimentação adequada e água potável.

Assim, a existência digna das comunidades e as condições básicas para o exercício dos demais direitos, na forma prevista na Constituição Federal, Tratados Internacionais de Direitos Humanos e legislação nacional conferem maior grau de dimensão e importância para consideração dos direitos indígenas de modo a justificar a sua prevalência jurídica, além da originariedade, e assim não ser afetada pela restrição prevista na Instrução Normativa/FUNAI nº 09/2020.

Assim, se conclui que regulamentação administrativa prevista na Instrução Normativa/FUNAI nº 09/2020 e a atividade administrativa decorrente não é baseada em critérios razoáveis e racionais, assim como não atende a um propósito útil e oportuno, sendo absolutamente desnecessária para satisfazer um interesse público imperativo, além de ser manifestamente desproporcional.

Além disso, a análise da finalidade da atividade administrativa no presente caso resultam em frontal contrariedade aos princípios da igualdade e da segurança jurídica.

Nessa linha, é preciso perceber que a finalidade da atividade administrativa é por sua vez preestabelecida em lei. Toda atividade administrativa possui como fim último o interesse público, mas terá uma finalidade imediata predefinida na norma jurídica. Rafael Maffini destaca dois aspectos da finalidade da atividade administrativa, uma abstrata e outra concreta. A finalidade abstrata, geral ou mediata (interesse público em sentido geral) impõe a Administração a busca da satisfação dos interesses da



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

coletividade, sendo vedado a ação administrativa para beneficiar interesses privados. Se ela agir de forma a satisfazer interesse privado estará viciado o ato por desvio de finalidade. Entretanto, quando a coincidência na satisfação do interesse público com a do interesse privado não haverá desvio de finalidade. Já de outro lado, a finalidade concreta, específica, imediata ou legal (interesse público específico) dos atos administrativos deve ser vista sob um conceito mais amplo e variável de interesse público, havendo vários interesses públicos que até podem ser colidentes entre si. Em suma, “a Administração pública deve observar não só o interesse público, abstratamente considerado, como também o interesse público para qual o ato foi praticado, sob pena de ter uma conduta inválida por desvio de finalidade” (MAFFINI, Rafael. *Elementos do direito administrativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016. p.110 a 111).

Conforme bem salientado pelo MPF, ao transcrever trecho da Informação Técnica nº 26/2019/ASSTEC-FUNAI, "*aos agente público(s) não é facultada a prerrogativa de abrir mão dos poderes instrumentais voltados, de maneira vinculada, para a consecução de um determinado fim previamente estabelecido por normas constitucionais e infraconstitucionais - Ao administrador público não é facultada a prerrogativa de gerir o Estado desvinculado do interesse público primário (estabelecido materialmente a partir das normas constitucionais e infraconstitucionais); • Ao administrador público veda-se dispor livremente dos deveres entregues pelas normas constitucionais e infraconstitucionais; e • Ao administrador público é imposto o dever de zelar pelo interesse público (compreendido a partir do materialmente delineado pelas normas constitucionais e infraconstitucionais)*".

Assim, a finalidade da atividade administrativa deve observar o igual respeito e consideração em relação aos administrados. E neste âmbito de análise da igualdade se faz interessante as observações de Canotilho no sentido de que à concretização do princípio da igualdade pode se realizar em três planos: a) Proibição do arbítrio (genérico) que impede diferenciações que não se baseiem num fundamento sério; num sentido legítimo e sem um fundamento razoável; b) Proibição da discriminação (concreto) que indica que ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação econômica ou condição social; c) Obrigação de diferenciação (discriminação positiva) que visa contrabalançar uma desigualdade de fato para igualar direitos conforme as características concretas de cada indivíduos ou grupos para garantir uma

24/04/2022 22:10

:: 710014341975 - eproc - ::



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

igualdade substancial (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª ed. Coimbra: Livraria Almedina. 2002. p. 407 e 424 a 430).

Além disso, se mostra evidente a relação entre justiça social e igualdade e a necessidade da de não haver desconsideração, ocultamento das situações de fato e de direitos dos diferentes grupos que compõe a sociedade, como é o caso das comunidades indígenas. Aqui é interessante fazer alguns apontamentos paralelos sobre a justiça social e sua relação com a igualdade. Numa visão bidimensional de redistribuição e reconhecimento defendida por Nancy Fraser, a justiça social envolve por um lado a inclusão social e por outro a não integração ou não assimilação a sociedade majoritária, uma vez que remete a direitos de distribuição de recursos e garantias sociais necessários a amenização dos efeitos da produção de desigualdades e direitos de reconhecimento que envolvem a valoração positiva da diferença de pessoas, grupos e etnias que monta um princípio geral de proteção identitária e proibição da valoração negativa que informa o princípio de não discriminação. (FRASER, Nancy. *Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma concepção integrada de justiça*. In: IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia; SARMENTO, Daniel. (coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2010, p. 167-172.)

Neste âmbito de relação do público com a igualdade é preciso salientar que a noção geral desse princípio pressupõe um valor relacional da pessoa humana como ser genérico pertencente a uma classe e direito em progressiva construção (BOBBIO. *Igualdade e liberdade*. 1997, p.13.), cujo sentido tem conotação histórica, social e valorativa, cujos amplos enfoques se manifestam na igualdade jurídica (isonomia), igualdade política (isegoria), igualdade no acesso ao exercício de funções (isotimia), igualdade na destinação das políticas públicas (impessoalidade), igual respeito e consideração, igualdade de condições e oportunidades, igualdade de posição, igualdade econômica ou material e inclusive igualdade ao reconhecimento da diferença, cuja categoria é relacionada também a fraternidade que mantém a relação de igualdade e diferença existencial num estágio de convivência pacífica, justa e solidária entre diferentes pessoas, grupos e povos dentro de certos campos espaciais e temporais e no resguardo de direitos coletivos e culturais dos povos, poli-étnicos e das minorias.

Assim, se a finalidade da atividade administrativa se afastada impessoalidade e da igualdade sob os múltiplos enfoques tratados acima, passando por atribuições ficcionais que desconsideram a existência das questões relativas às terras tradicionais e os processos de demarcação em andamento, o agente público age em prol de direitos privados, desconsiderando os direitos



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

humanos e fundamentais indígenas previstos nos Tratados de Direitos Humanos e na Constituição Federal, assim como na legislação ordinária, violando, por consequência, o interesse público e a igualdade, de modo que não há outro caminho além de concluir pela ilegalidade do ato administrativo normativo em questão.

Além disso, se verifica violação aos princípios da segurança jurídica e da publicidade, no momento em que a IN nº 09/2020 desconsidera as áreas formalmente reivindicadas por grupos indígenas, as áreas em estudo de identificação e delimitação, as áreas de Terra indígena delimitada, e as áreas de Terra indígena declarada. Com efeito, ao se validar a emissão da Declaração de Reconhecimento de Limites (DRL) e de regularidade ambiental sem considerar as áreas mencionadas, além da segurança jurídica, afronta-se o disposto na própria Constituição Federal, em seu artigo 231, em especial no §6º que estabeleceu que são nulos todos os atos (inclusive atos administrativos normativos) com pretensões de legitimação de domínio ou posse em favor de não indígenas sobre terras dessa natureza, com efeitos em registros, escrituras e cadastros públicos, assim como modifica o programa de diretrizes constitucionais para realizações de marcações se considerarmos o prazo de cinco anos previsto tanto no art. 67 do ADCT, quanto, anteriormente, ainda na era pré-constitucional, no Estatuto do Índio (art. 65).

Assim, mostra-se temerário permitir a emissão de Declaração de Reconhecimento de Limites de propriedades privadas sobrepostas a terras indígenas em processo de homologação, independentemente do argumento que se use.

Repita-se, se os processos de demarcação de terras indígenas já ultrapassaram em muito o prazo estabelecido tanto na era pré, quanto na era pós Constituição, não se pode admitir que, em face desta morosidade, seja tolhido o direito originário dos indígenas sobre as terras tradicionalmente por eles ocupadas, cuja mora não deram causa.

Outrossim, a IN nº 09/2020 inevitavelmente conduzirá ao aumento dos conflitos agrários nessas áreas, entre indígenas e pretensos possuidores, uma vez que cria expectativa de direitos aos particulares (não-indígenas) de que a área por eles pretendida ou ocupada é legítima, quando potencialmente há grande probabilidade de perdê-las após a conclusão do processo de demarcação.

A única forma de garantir segurança jurídica até que o processo de demarcação seja concluído é por meio do registro da reivindicação e das áreas ainda em processo de demarcação no SIGEF.

24/04/2022 22:10

:: 710014341975 - eproc - ::



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

Nesse sentido, pertinente transcrever o seguinte trecho de decisão exarada pelo Juízo da Vara Federal Cível e Criminal da Subseção Judiciária de Itaituba-PA, ao deferir tutela de urgência em ação análoga ao dos autos, o qual ora adoto como razão de decidir (Ação Civil Pública nº 1000826-56.2020.4.01.3908)1:

A FUNAI utilizou sua “ineficiência” em concluir os processos de demarcação de terras indígenas para onerar os povos tradicionais, retirando deles a segurança jurídica de alcançar o direito originário as terras ocupadas por eles, por meio da homologação, o que lhes é garantido pela Constituição Federal.

A IN 09 da FUNAI não resolve o problema original enfrentado pelos indígenas no Brasil nem o dos possuidores de lotes rurais, lentidão no processo de demarcação de terra indígena, pelo contrário, com a justificativa de proteger o direito de propriedade de particulares, fere o direito originário de posse dos índios. Ainda, transfere o ônus da ineficiência para os povos indígenas.

Não se deve esquecer que os possuidores também têm o direito de receber por parte do Estado uma resposta em prazo razoável, nos termos do art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, ao requerer a regularização dos lotes rurais conforme os requisitos legais, mas essa não é a opção adotada pela IN 09.

Ademais, é importante destacar que a IN 09, tal como redigida, pode aumentar os conflitos agrários nessa região (opondo indígenas e possuidores), pois criam expectativa de direitos aos particulares (não-indígenas) de que a área por eles ocupada é legítima, quando na verdade podem perde-las após a conclusão do processo demarcação, o que poderá gerar ônus a administração pública (Indenização), já que todos os negócios jurídicos praticados terão sido nulos.

Cito, ainda, o seguinte trecho de decisão proferida pelo Juízo da 3ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária de Mato Grosso, nos autos da ação civil pública nº 1007376-21.2020.4.01.3600, que visa assegurar a manutenção e/ou inclusão de todas as Terras Indígenas do Estado de Mato Grosso no SIGEF e no SICAR2:

(...) a nova norma inserida pela IN/9 da FUNAI, ao excluir as áreas citadas pelo MPF, como as que estão em estudo, acabou por nulificar inconstitucionalmente essa proteção, reconhecendo a validade de propriedade privada onde talvez ela não exista.

Essa atitude além de ferir a proteção aos indígenas, coloca em risco os particulares que criarão uma expectativa falsa sobre a propriedade, que depois pode vir a não ser realmente reconhecida. Isto também pode gerar inúmeras ações indenizatórias contra a União, por reconhecer como privada área que depois se mostre como indígena.



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

O MPF lista as áreas/terras que pretende que a FUNAI mantenha e/ou inclua no SIGEF e SICAR, bem como considere na emissão da Declaração de Reconhecimento de Limites (além das terras indígenas homologadas, terras dominiais indígenas plenamente regularizadas e reservas indígenas, as Terras Indígenas do Estado de Mato Grosso em processo de demarcação), e, ainda, que o INCRA leve em consideração, no procedimento de análise de sobreposição realizada pelos servidores credenciados no SIGEF, as terras/áreas nas seguintes situações:

- a) Área formalmente reivindicada por grupos indígenas;*
- b) Área em estudo de identificação e delimitação;*
- c) Terra indígena delimitada (com os limites aprovados pela FUNAI);*
- d) Terra indígena declarada (com os limites estabelecidos pela portaria declaratória do Ministro da Justiça);*
- e) Terra indígena com portaria de restrição de uso para localização e proteção de índios isolados.*

Importante destacar que em cada uma das áreas/terras elencadas na lista do MPF acima indicadas há o real risco apontado em linhas anteriores de criar uma expectativa falsa aos particulares acerca da sua propriedade, pois em todas as áreas destacadas pelo MPF há pedido de reconhecimento por parte dos indígenas ou pelo menos há estudos sobre o referido reconhecimento.

Nesse contexto, qualquer documento que venha a ser emitido pela FUNAI nessas condições é essencialmente um documento falso, que terá o significado de não existir terras indígenas onde, na verdade, pode haver. O resultado será muito danoso aos indígenas e aos particulares envolvidos, pois se for reconhecida a terra com indígena, administrativa ou judicialmente, todos os negócios jurídicos praticados terão sido nulos, com extensas consequências patrimoniais e indenizatórias.

Então, a regulamentação administrativa prevista na Instrução Normativa/FUNAI nº 09/2020 e a não inclusão de terras não definitivamente demarcadas (áreas formalmente reivindicadas por indígenas, áreas em estudo de identificação e delimitação, terras indígenas delimitadas e terra indígena declaradas) no SIGEF e no SICAR, ainda que o respectivo processo de demarcação não esteja concluído, bem como a desconsideração das referidas áreas no procedimento de análise de sobreposição realizada pelos servidores credenciados no SIGEF e permissão de certificação para a emissão da Declaração de Reconhecimento de Limites (DRL) em prol da propriedade privada com desconsideração das demarcações não finalizadas tem o efeito concreto de eliminar, prejudicar e dificultar o reconhecimento do direito das comunidades indígenas

24/04/2022 22:10

:: 710014341975 - eproc - ::



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

às terras tradicionalmente ocupadas por elas, afetando o núcleo essencial deste direito e o alcance e extensão de seu âmbito de proteção por dificultar e impedir o seu exercício, agredindo a legalidade, a finalidade pública impessoal, afastando-se da necessidade e adequação da atividade administrativa a uma utilidade pública, gerando incertezas e conflitos com afetação em grau máximo da segurança jurídica, assim como sem a correspondente satisfação segura de direito pretendida aos destinatários da regulamentação.

Diante de todos esses fundamentos que este juízo deferiu a tutela de urgência, uma vez que presente tanto a probabilidade do direito alegado, quanto a urgência da medida postulada, ressaltando, ainda, em relação a esta, que o perigo de dano é evidente diante do vasto território existente nas cidades sob jurisdição desta Subseção, que, com a aplicação do disposto na IN nº 09/2020, *não seria considerado Terra Indígena, sendo retirado do SIGEF e ocultado do sistema de gestão fundiária*, prejudicando ainda mais as condições de vida e tradições culturais das populações indígenas afetadas.

Logo, por todos esses argumentos, ratifico a liminar concedida por ser juridicamente necessária a suspensão imediata da aplicação da Instrução Normativa/FUNAI nº 09/2020 e de todos os efeitos dela decorrentes nas atividades administrativas no âmbito da Subseção Judiciária de Passo Fundo, conforme transcrito abaixo:

Ante o exposto, DEFIRO A LIMINAR POSTULADA para, suspendendo os efeitos e a aplicação da Instrução Normativa/FUNAI Nº 09/2020 em relação à área abrangida pelos municípios sob jurisdição da Subseção de Passo Fundo/RS, determinar que:

a) A FUNAI mantenha e/ou inclua no SIGEF e SICAR, bem como considere na emissão da Declaração de Reconhecimento de Limites, além das terras indígenas homologadas, terras domaniais indígenas plenamente regularizadas e reservas indígenas, as terras indígenas localizadas em município sob jurisdição desta Subseção de Passo Fundo/RS, em processo de demarcação nas seguintes situações: a) Área formalmente reivindicada por grupos indígenas; b) Área em estudo de identificação e delimitação; c) Terra indígena delimitada; e d) Terra indígena declarada; e

b) O INCRA leve em consideração no procedimento de análise de sobreposição realizada pelos servidores credenciados no SIGEF, além das terras indígenas homologadas, terras domaniais indígenas plenamente regularizadas e reservas indígenas, as terras indígenas localizadas em município sob jurisdição desta Subseção de Passo Fundo/RS, em processo de demarcação nas seguintes



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

situações: a) Área formalmente reivindicada por grupos indígenas; b) Área em estudo de identificação e delimitação; c) Terra indígena delimitada; e d) Terra indígena declarada.

Deverão os réus, no âmbito de suas competências, em especial o INCRA, como gestor do Sistema de Gestão Fundiária - SIGEF, providenciar os meios técnicos necessários para o imediato cumprimento da decisão judicial, sob pena de multa a ser fixada em caso de descumprimento.(E 15 - DESPAC1)

Observo que não houve mudança na situação fática desde o deferimento da liminar pelo que mais veio aos autos após esta decisão, nem há outros elementos indicativos de que as coisas não tenham mesmo assim se passado. Muito pelo contrário. Tal decisão foi confirmada pelo TRF4 no agravo de instrumento nº 5008878-39.2021.4.04.0000.

Então, bem solvido o litígio naqueles termos provisórios iniciais, confirmo aquela decisão liminar pelos próprios fundamentos aqui transcritos, definitivizando, assim, aquelas impressões primeiras havidas em juízo de cognição sumária, porquanto confirmadas e suficientes para um julgamento de procedência dos pedidos.

III - Dispositivo

Ante o exposto, **rejeito** as preliminares arguidas e, no mérito confirmo a decisão liminar do E15 e **JULGO PROCEDENTES** os pedidos do Ministério Público Federal formulados nesta Ação Civil Pública para reconhecer, incidentalmente, a nulidade da Instrução Normativa/FUNAI n. 09, de 16 de abril de 2020, publicada na edição de 22 de abril de 2020 do Diário Oficial da União, eafastar sua aplicação **em relação à área abrangida pelos municípios sob jurisdição da Subseção de Passo Fundo/RS, determinando que:**

a) A FUNAI mantenha e/ou inclua no SIGEF e SICAR, bem como considere na emissão da Declaração de Reconhecimento de Limites, além das terras indígenas homologadas, terras domaniais indígenas plenamente regularizadas e reservas indígenas, as terras indígenas localizadas em município sob jurisdição desta Subseção de Passo Fundo/RS, em processo de demarcação nas seguintes situações: a) Área formalmente reivindicada por grupos indígenas; b) Área em estudo de identificação e delimitação; c) Terra indígena delimitada; e d) Terra indígena declarada; e

b) O INCRA leve em consideração no procedimento de análise de sobreposição realizada pelos servidores credenciados no SIGEF, além das terras indígenas homologadas, terras domaniais indígenas plenamente regularizadas e reservas indígenas, as terras indígenas localizadas em município sob jurisdição desta Subseção de Passo Fundo/RS, em processo de demarcação nas seguintes

:: 710014341975 - eproc - ::



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal de Passo Fundo

situações: a) Área formalmente reivindicada por grupos indígenas; b) Área em estudo de identificação e delimitação; c) Terra indígena delimitada; e d) Terra indígena declarada.

c) condenar a FUNAI e o INCRA a revogar quaisquer atos ou declarações adotadas com base na IN 09 de 2020, nas terras indígenas localizadas em município sob jurisdição desta Subseção de Passo Fundo/RS.

Deverão os réus, no âmbito de suas competências, em especial o INCRA, como gestor do Sistema de Gestão Fundiária - SIGEF, providenciar os meios técnicos necessários para a manutenção do cumprimento da decisão judicial, sob pena de multa a ser fixada em caso de descumprimento.

Sem custas e honorários.

Intimem-se.

Sentença sujeita ao reexame necessário, nos termos do art. 19 da Lei 4.717/65. Oportunamente **remetam-se** os autos ao Egrégio TRF da 4ª Região, independentemente de recurso voluntário.

Documento eletrônico assinado por **FABIANO HENRIQUE DE OLIVEIRA, Juiz Federal Substituto**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **710014341975v32** e do código CRC **52504131**.

Informações adicionais da assinatura:
Signatário (a): FABIANO HENRIQUE DE OLIVEIRA
Data e Hora: 22/11/2021, às 19:6:3

5006915-58.2020.4.04.7104

710014341975 .V32



CATEGORIA 7

Direitos da Pessoa com Deficiência

Decisão premiada

Processo nº 0000747-07.2016.5.05.0007
Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região
Juíza do Trabalho Karina Mavromati de Barros e Azevedo



Confira as outras duas decisões finalistas da categoria



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região
33ª Vara do Trabalho de Salvador
Processo nº 00822-2007-033-05-00-9 RT



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 5ª REGIÃO7ª
VARA DO TRABALHO DE SALVADOR
PROC Nº 0000747-07.2016.5.05.0007

SENTENÇA

RECLAMANTE: LEILA ANDRADE CAMPOS

RECLAMADA: PETROLEO BRASILEIRO S A PETROBRAS

1 - RELATÓRIO

Relatório dispensado em razão do quanto disposto no art. 852-I da CLT com redação determinada pela Lei nº 9.957/00.

2 - FUNDAMENTOS

DO MÉRITO

DA REDUÇÃO DA CARGA HORÁRIA SEM REDUÇÃO SALARIAL - A reclamante ajuizou a presente reclamação trabalhista, com pedido de antecipação de tutela, fundamentada no art. 300 do CPC, requerendo que a reclamada procedesse a imediata redução em 50% da sua carga horária correspondente a 40 horas semanais, com a manutenção do mesmo patamar remuneratório e sem necessidade de compensação.

Foi deferida a antecipação de tutela de urgência (Id. 1dd190d), sendo que os fundamentos que lastrearam o acolhimento da pretensão serão ora renovados com acréscimos em contraponto a alguns argumentos lançados na contestação capazes de infirmar a conclusão



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região
33ª Vara do Trabalho de Salvador
Processo nº 00822-2007-033-05-00-9 RT

adotada.

Pois bem.

O requerimento autoral, lastreado em normas internacionais, constitucionais e infraconstitucionais, exsurge da necessidade de acompanhar seu filho, nascido em 21 de Julho de 2015 com alteração genética no cromossomo 21 (*Síndrome de Down*), conforme relatórios médicos nos autos, em constantes e diários tratamentos de natureza multidisciplinar destinados a minorar os efeitos da citada alteração genética e ao mesmo tempo garantir qualidade de vida às pessoas com Síndrome de Down.

Imprescindível, preliminarmente, tecer algumas palavras sobre a questão nevrálgica do caso em tela, acerca do *direito da criança* com Síndrome de Down à presença e acompanhamento ativo e constante dos seus pais aos tratamentos multidisciplinares destinados à redução da mortalidade precoce e ao desenvolvimento físico, sensorial e intelectual desse indivíduo e como tal questão é tratada pelo ordenamento jurídico pátrio e internacional, de forma a justificar a decisão proferida por este Juízo. Ao mesmo tempo, ressaltar o *dever do Estado e da própria família* em garantir o bem-estar da criança de forma plena e efetiva.

1. DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INFRACONSTITUCIONAIS E DE DIREITO INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO ÀS CRIANÇAS E PESSOAS COM DEFICIÊNCIA.

A análise da questão jurídica suscitada deve pautar-se sempre na busca incessante pela concretização dos direitos fundamentais como verdadeiro imperativo da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88), fonte dos direitos fundamentais, respeito aos valores sociais do trabalho (art. 1º, IV, CF/88) e construção de uma sociedade justa e solidária (art. 3º, I, CF/88).

A norma constitucional estabelece em seu artigo 6º que são direitos sociais, dentre outros: **a**



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região
33ª Vara do Trabalho de Salvador
Processo nº 00822-2007-033-05-00-9 RT

saúde, a alimentação, a proteção à maternidade e à infância. Tais normas consubstanciam direitos fundamentais por excelência, mais precisamente, direitos fundamentais de 2ª dimensão, que gozam, pela sua natureza, dos atributos da indisponibilidade, indivisibilidade e inalienabilidade. São irrenunciáveis e objeto de tutela ampla e efetiva pelo intérprete e aplicador do direito.

A própria Constituição Federal, no dispositivo que trata dos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais reconhece o direito à licença gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de cento e vinte dias (**art. 7º, XVIII**), a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei (**art. 7º, XIX**), a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (**art. 7º, XXII**), a assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até o cinco anos de idade em creches pré-escolas (**art. 7º, XXV**).

Tais normas de proteção à trabalhadora objetivam promover de forma efetiva, ampla e integral a igualdade de oportunidades, de acesso e permanência no trabalho, sem olvidar da necessária garantia do bem-estar e desenvolvimento da criança, desde o momento da concepção até os seus primeiros anos de vida.

O **artigo 196 da Carta Magna** assim estabelece: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. É obrigação do Estado, leia-se também, do Estado-Juiz garantir, mediante conduta lastreada no ativismo judicial, a efetivação do inteiro teor da norma constitucional.

Nesse contexto, exsurge o artigo 227 da CF/88: “**É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança,** ao adolescente e ao jovem, **com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação,** à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e **à convivência familiar** e comunitária, **além de colocá-**



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região
33ª Vara do Trabalho de Salvador
Processo nº 00822-2007-033-05-00-9 RT

los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

Impedir, negar, criar embaraços ou simplesmente impossibilitar o acesso da criança com Síndrome de Down à plenitude das possibilidades contempladas pelos tratamentos existentes para trissomia do cromossomo 21, principalmente no período compreendido entre o nascimento até os primeiros anos de vida, é fechar os olhos por completo para a citada norma constitucional e direitos que a mesma consagra, prejudicar a formação da criança como indivíduo, ou pelo menos a melhor formação possível, e contribuir para que mais uma vez direitos fundamentais fiquem em segundo plano de realização ou concretização fático-material.

O princípio da proteção integral da criança e do adolescente também está expresso no art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual afirma que “*A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.*”

O mesmo diploma legal contém série de direitos de extrema importância para elucidar o caso ora submetido à apreciação judicial, a seguir transcritos:

“Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região
33ª Vara do Trabalho de Salvador
Processo nº 00822-2007-033-05-00-9 RT

sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

Se interpretar a Norma Ápice é realizar a própria Constituição, tal conduta deve considerar como vetor principal a força normativa dos princípios (norma-princípio), sopesar conflitos existentes e promover a materialização dos direitos fundamentais no caso submetido à apreciação do Poder Judiciário.

O direito do trabalho consubstancia inequívoco direito social (direito fundamental de 2ª dimensão), cuja efetividade, por sua vez, constitui um dos maiores problemas em nossa sociedade. Não raro, presenciamos inúmeros dispositivos legais destituídos de eficácia prática em razão da omissão do Estado, seja de ordem administrativa ou legislativa.

Nessas situações, caberá ao Poder Judiciário resolver, mesmo que caso a caso, a insuficiência ou inexistência normativa expressa acerca da matéria ou a falta de política pública e, mediante conduta ativista, atuar como agente de transformação social e distribuição de justiça, tornando eficaz o conjunto de direitos e garantias estabelecidas pelo ordenamento jurídico em benefício de minorias ou grupos considerados vulneráveis socialmente, como exemplo as pessoas com deficiência.

Extremamente importante ressaltar o atributo da interdependência e complementaridade dos direitos fundamentais, motivo pelo qual a efetividade dos direitos de segunda (direitos da igualdade – sociais, econômicos e culturais), imprescinde da materialização daqueles de primeira (direitos da liberdade) e de terceira (direitos coletivos, das minorias e de grupos vulneráveis) dimensões. Assim como os direitos fundamentais de terceira dimensão necessitam da concretização de princípios e normas tipicamente de segunda e primeira dimensão.



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região
33ª Vara do Trabalho de Salvador
Processo nº 00822-2007-033-05-00-9 RT

A assertiva supra pode ser tranquilamente verificada no caso concreto na medida em que a plenitude de um direito de terceira dimensão (direito à proteção efetiva da criança com deficiência) depende do reconhecimento de outro que se encontra no campo dos direitos sociais, notadamente no direito laboral (redução da jornada de trabalho sem redução remuneratória).

A ordem jurídica internacional também possui diversas normas de proteção à criança e pessoa com deficiência, plenamente aplicáveis ao ordenamento jurídico pátrio (art. 8º da CLT), a seguir elencadas:

A **Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU**, aprovada em 10 de dezembro de 1948, marco da universalização dos direitos humanos, estabelece que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos (artigo I); toda pessoa que trabalhe tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social (artigo XXIII, item 3); toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, assegurando que a maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais (art. XXV, itens 1 e 2).

Por sua vez a **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem** (1948) prevê que toda pessoa tem direito de constituir família, elemento fundamental da sociedade e a receber proteção para ela (art. VI), assim como toda mulher em estado de gravidez ou em época de lactação, assim como toda criança, têm direito à proteção, cuidados e auxílios especiais (art. VII). Toda pessoa tem direito a que sua saúde seja resguardada por medidas sociais e cuidados médicos correspondentes ao nível permitido pelos recursos públicos e da coletividade (art. XI).

O **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais** (1966), adotado pela Assembléia Geral da ONU em 19 de dezembro de 1966, aprovado pelo Brasil mediante



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região
33ª Vara do Trabalho de Salvador
Processo nº 00822-2007-033-05-00-9 RT

Decreto Legislativo 226 de 12 de dezembro de 1991 e promulgado pelo Decreto 591 de 06 de Julho de 1992, possui natureza normativa e vinculante inconteste e contempla diversos dispositivos de aplicáveis ao caso concreto. Podemscitar os seguintes direitos:

Artigo 7

Os Estados-Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente

“Uma existência decente para eles e suas famílias, em conformidade com as disposições do presente Pacto.(art. 7º, ”a”, item ii)”

Artigo 10

Os Estados-Partes do presente Pacto reconhecem que:

1. **Deve-se conceder à família, que é o elemento natural e fundamental da sociedade, a mais ampla proteção e assistência possíveis, especialmente para sua constituição e enquanto ela for responsável pela criação e educação dos filhos.**

3. **Devem-se adotar medidas especiais de proteção e de assistência em prol de todas as crianças e adolescentes,** sem distinção alguma por motivo de filiação ou qualquer outra condição. **Devem-se proteger as crianças e adolescentes contra exploração econômica e social...**

Artigo 12

1. **Os Estados-Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevadonível possível de saúde física e mental.**

2. **As medidas que os Estados-Partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:**



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região
33ª Vara do Trabalho de Salvador
Processo nº 00822-2007-033-05-00-9 RT

a) *a diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento das crianças*”

A *Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica – 1969)*, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo 27 de 25.09.1992, afirma que *toda criança terá direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer, por parte da sua família, da sociedade e do Estado* (art. 19).

Por sua vez, o *Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (Protocolo de San Salvador – 1998), também aprovado pelo Brasil e promulgado mediante Decreto 3.321 de 30.12.1999, contempla série de direitos e garantias que podem perfeitamente servir de orientação para análise do caso concreto, entre os quais cito:

Artigo 6

Direito ao trabalho

1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, o que inclui a oportunidade de obter os meios para levar uma vida digna e decorosa por meio do desempenho de uma atividade lícita, livremente escolhida ou aceita.

2. Os Estados Partes comprometem-se a adotar medidas que garantam plena efetividade do direito ao trabalho, especialmente as referentes à consecução do pleno emprego, à orientação vocacional e ao desenvolvimento de projetos de treinamento técnico-profissional, particularmente os destinados aos deficientes. Os Estados Partes comprometem-se também a executar e a fortalecer programas que coadjuvem um adequado atendimento da família, a fim de que a mulher tenha real possibilidade de exercer o direito ao trabalho.

Artigo 15



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região
33ª Vara do Trabalho de Salvador
Processo nº 00822-2007-033-05-00-9 RT

Direito à constituição e proteção da família

1. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pelo Estado, que deverá velar pelo melhoramento de sua situação moral e material.

3. Os Estados Partes comprometem-se, mediante este Protocolo, a proporcionar adequada proteção ao grupo familiar e, especialmente, a:

a. Dispensar atenção e assistência especiais à mãe, por um período razoável, antes e depois do parto;

b. Garantir às crianças alimentação adequada, tanto no período de lactação quanto durante a idade escolar;

c. Adotar medidas especiais de proteção dos adolescentes, a fim de assegurar o pleno amadurecimento de suas capacidades físicas, intelectuais e morais;

d. Executar programas especiais de formação familiar, a fim de contribuir para a criação de ambiente estável e positivo no qual as crianças percebam e desenvolvam os valores de compreensão, solidariedade, respeito e responsabilidade.

Artigo 16

Direito da criança

Toda criança, seja qual for sua filiação, tem direito às medidas de proteção que sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado. Toda criança tem direito de crescer ao amparo e sob a responsabilidade de seus pais; salvo em circunstâncias excepcionais, reconhecidas judicialmente, a criança de tenra idade não deve ser separada de sua mãe. Toda criança tem direito à educação gratuita e obrigatória, pelo menos no nível básico, e a continuar sua formação em níveis mais elevados do sistema educacional.



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região
33ª Vara do Trabalho de Salvador
Processo nº 00822-2007-033-05-00-9 RT

Artigo 18

Proteção de deficientes

Toda pessoa afetada por diminuição de suas capacidades físicas e mentais tem direito a receber atenção especial, a fim de alcançar o máximo desenvolvimento de sua personalidade. Os Estados Partes comprometem-se a adotar as medidas necessárias para esse fim e, especialmente, a:

- a. Executar programas específicos destinados a proporcionar aos deficientes os recursos e o ambiente necessário para alcançar esse objetivo, inclusive programas trabalhistas adequados a suas possibilidades e que deverão ser livremente aceitos por eles ou, se for o caso, por seus representantes legais;
- b. Proporcionar formação especial às famílias dos deficientes, a fim de ajudá-los a resolver os problemas de convivência e convertê-los em elementos atuantes no desenvolvimento físico, mental e emocional destes;
- c. Incluir, de maneira prioritária, em seus planos de desenvolvimento urbano a consideração de soluções para os requisitos específicos decorrentes das necessidades deste grupo;
- d. Promover a formação de organizações sociais nas quais os deficientes possam desenvolver uma vida plena.

A *Convenção sobre os Direitos da Criança* (1989), adotada pela ONU e aprovada pelo Brasil pelo Decreto Legislativo 28 de 14 de setembro de 1990 e promulgada pelo Decreto 99.710, de 21 de novembro de 1990, contempla também série de dispositivos de extrema importância.

Artigo 3º



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região
33ª Vara do Trabalho de Salvador
Processo nº 00822-2007-033-05-00-9 RT

2. **Os Estados Partes se comprometem a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários para seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres** de seus pais, tutores **ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei** e, com essa finalidade, tomarão as medidas legislativas e administrativas adequadas.

3. **Os Estados Partes se certificarão de que as instituições, os serviços e os estabelecimentos encarregados do cuidado ou da proteção das crianças cumpram com os padrões estabelecidos pelas autoridades competentes, especialmente no que diz respeito à segurança e à saúde das crianças, ao número e à competência de seu pessoal e à existência de supervisão adequada.**

Artigo 18

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

Artigo 23

1. Os Estados Partes reconhecem que a criança portadora de deficiências físicas ou mentais deverá desfrutar de uma vida plena e decente em condições que garantam sua dignidade, favoreçam sua autonomia e facilitem sua participação ativa na comunidade.

2. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança deficiente de receber cuidados especiais e, de acordo com os recursos disponíveis e sempre que a criança ou seus responsáveis reúnam as condições requeridas, estimularão e assegurarão a prestação da assistência solicitada, que seja adequada ao estado da criança e às circunstâncias de seus pais ou das pessoas encarregadas de seus cuidados.



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região
33ª Vara do Trabalho de Salvador
Processo nº 00822-2007-033-05-00-9 RT

3. Atendendo às necessidades especiais da criança deficiente, a assistência prestada, conforme disposto no parágrafo 2 do presente artigo, será gratuita sempre que possível, levando-se em consideração a situação econômica dos pais ou das pessoas que cuidem da criança, e visará a assegurar à criança deficiente o acesso efetivo à educação, à capacitação, aos serviços de saúde, aos serviços de reabilitação, à preparação para o emprego e às oportunidades de lazer, de maneira que a criança atinja a mais completa integração social possível e o maior desenvolvimento individual factível, inclusive seu desenvolvimento cultural e espiritual.

Artigo 24

1. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança de gozar do melhor padrão possível de saúde e dos serviços destinados ao tratamento das doenças e recuperação da saúde.

2. Os Estados Partes garantirão a plena aplicação desse direito e, em especial, adotarão as medidas apropriadas com vistas a:

- a) **reduzir a mortalidade infantil;**
- b) **assegurar a prestação de assistência médica e cuidados sanitários necessários a todas as crianças, dando ênfase aos cuidados básicos de saúde;**
- c) **assegurar às mães adequada assistência pré-natal e pós-natal;**
- d) **assegurar que todos os setores da sociedade e, em especial os pais e as crianças, conheçam os princípios básicos de saúde e nutrição das crianças, as vantagens da amamentação, da higiene e do saneamento ambiental** e das medidas de prevenção de acidentes, e tenham acesso à educação pertinente e recebam apoio para a aplicação desses conhecimentos” (grifos nossos).



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região
33ª Vara do Trabalho de Salvador
Processo nº 00822-2007-033-05-00-9 RT

Artigo 27

1. Os Estados Partes reconhecem o direito de toda criança a um nível de vida adequado ao seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social.

2. Cabe aos pais, ou a outras pessoas encarregadas, a responsabilidade primordial de propiciar, de acordo com suas possibilidades e meios financeiros, as condições de vida necessárias ao desenvolvimento da criança.

3. Os Estados Partes, de acordo com as condições nacionais e dentro de suas possibilidades, adotarão medidas apropriadas a fim de ajudar os pais e outras pessoas responsáveis pela criança a tornar efetivo esse direito e, caso necessário, proporcionarão assistência material e programas de apoio, especialmente no que diz respeito à nutrição, ao vestuário e à habitação.

Por fim, cita-se a Convenção Interamericana para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (Convenção da Guatemala de 1999 – aprovada no Brasil mediante Decreto Legislativo 198 de 13.06.2001), em razão da qual os Estados Partes comprometem-se a (art. 3º, item 1, alínea “a”):

1. Tomar as medidas de caráter legislativo, social, educacional, trabalhista, ou de qualquer outra natureza, que sejam necessárias para eliminar a discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência e proporcionar a sua plena integração à sociedade, entre as quais as medidas abaixo enumeradas, que não devem ser consideradas exclusivas:

a) medidas das autoridades governamentais e/ou entidades privadas para eliminar progressivamente a discriminação e promover a integração na prestação ou fornecimento de bens, serviços, instalações, programas e atividades, tais como o emprego, o transporte, as comunicações, a habitação, o lazer, a educação, o esporte, o acesso à justiça e aos serviços policiais e as atividades políticas e de administração;



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região
33ª Vara do Trabalho de Salvador
Processo nº 00822-2007-033-05-00-9 RT

Percebe-se claramente pelo vasto normativo internacional ora apontado a preocupação incessante do legislador com a obrigação do Estado (leia-se “Estado-Juiz”) em promover de forma ampla e efetiva os direitos da criança e da pessoa com deficiência, bem como o direito-dever da família em relação aos cuidados necessários a serem adotados com vista a garantir uma vida plena, adequada e inclusiva a essas pessoas. Ressalte-se que tais normas internacionais de proteção aos direitos humanos apresentam natureza supralegal perante o ordenamento jurídico nacional, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário 349.703-1).

Não se trata, frise-se, de mera faculdade do Poder Público garantir a proteção integral e efetiva à criança com Síndrome de Down. Consubstancia verdadeiro e incontestado dever do agente público velar pela aplicação das normas supramencionadas de forma a possibilitar que a pessoa com necessidades específicas, ainda mais um bebê como é a situação dos autos, tenha todas as chances de alcançar um patamar civilizatório máximo com repercussão mínima das consequências oriundas da síndrome.

2. A FORÇA NORMATIVO-CONSTITUCIONAL DA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA.

Neste cenário, merece especial destaque a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (2006), primeiro instrumento internacional aprovado pelo Brasil com status de emenda constitucional (Decreto Presidencial n. 6949 de 25.08.2009), conforme procedimento contido no art. 5º, § 3º da CF/88, alterado pela EC n. 45/2004.

A referida norma estabelece que pessoas com deficiência são aquelas que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas (art. 1).

A leitura deste dispositivo permite claramente incluir a Síndrome de Down entre as causas



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região
33ª Vara do Trabalho de Salvador
Processo nº 00822-2007-033-05-00-9 RT

de deficiência do ser humano. Não somente isso. Demonstra que o grau de deficiência, seja esta qual for, dependerá da remoção de barreiras que dificultem o acesso integral e efetivo da pessoa aos tratamentos destinados à melhoria de sua condição específica em prol de uma qualidade de vida mais digna.

Tais barreiras, por óbvio, possuem origem várias, inclusive, de ordem social, política, legislativa, administrativa ou até mesmo jurídica, motivo pelo qual o magistrado deve atentar-se para o fato de que o vazio normativo específico não pode inviabilizar por completo os objetivos perseguidos pela norma internacional, ameaçando ou impedindo o acesso da pessoa com deficiência à plenitude de tratamentos com capacidade de promover com maior sucesso sua inclusão na sociedade.

São princípios expressos na citada convenção, dotados de inequívoca força normativa com aptidão de orientar, vincular e fundamentar a atuação do Judiciário, entre outros previstos no art. 3º, o respeito pela dignidade inerente à autonomia individual, inclusive a liberdade de fazeres próprias escolhas e a independência das pessoas; a plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; a igualdade de oportunidades e o respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade.

As obrigações dos Estados Partes, devidamente elencadas no art. 4º, demonstra a vinculação do Poder Público, em todas as suas esferas, aos ditames da norma internacional, na medida em que aqueles se comprometem a:

- a) **Adotar todas as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra natureza, necessárias para a realização dos direitos reconhecidos na presente Convenção;**
- b) **Adotar todas as medidas necessárias, inclusive legislativas, para modificar ou revogar leis, regulamentos, costumes e práticas vigentes, que constituírem discriminação**



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região
33ª Vara do Trabalho de Salvador
Processo nº 00822-2007-033-05-00-9 RT

contra pessoas com deficiência;

c) **Levar em conta, em todos os programas e políticas, a proteção e a promoção dos direitos humanos das pessoas com deficiência;**

d) *Abster-se de participar em qualquer ato ou prática incompatível com a presente Convenção e assegurar que as autoridades públicas e instituições atuem em conformidade com a presente Convenção;*

Por sua vez, o **artigo 7º**, que trata especificamente das crianças com deficiência, afirma que:

1. **Os Estados Partes tomarão todas as medidas necessárias para assegurar às crianças com deficiência o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, em igualdade de oportunidades com as demais crianças.**

2. **Em todas as ações relativas às crianças com deficiência, o superior interesse da criança receberá consideração primordial.**

3. **Os Estados Partes assegurarão que as crianças com deficiência tenham o direito de expressar livremente sua opinião sobre todos os assuntos que lhes disserem respeito, tenham a sua opinião devidamente valorizada de acordo com sua idade e maturidade, em igualdade de oportunidades com as demais crianças, e recebam atendimento adequado à sua deficiência e idade, para que possam exercer tal direito.**

Estabelece ainda a citada norma que integra o chamado bloco de constitucionalidade que:

Artigo 23

Respeito pelo lar e pela família

1. Os Estados Partes tomarão medidas efetivas e apropriadas para eliminar a



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região
33ª Vara do Trabalho de Salvador
Processo nº 00822-2007-033-05-00-9 RT

discriminação contra pessoas com deficiência, em todos os aspectos relativos a casamento, família, paternidade e relacionamentos, em igualdade de condições com as demais pessoas, de modo a assegurar que:

(...)

2. Os Estados Partes assegurarão os direitos e responsabilidades das pessoas com deficiência, relativos à guarda, custódia, curatela e adoção de crianças ou instituições semelhantes, caso esses conceitos constem na legislação nacional. Em todos os casos, prevalecerá o superior interesse da criança. Os Estados Partes prestarão a devida assistência às pessoas com deficiência para que essas pessoas possam exercer suas responsabilidades na criação dos filhos.

3. Os Estados Partes assegurarão que as crianças com deficiência terão iguais direitos em relação à vida familiar. Para a realização desses direitos e para evitar ocultação, abandono, negligência e segregação de crianças com deficiência, os Estados Partes fornecerão prontamente informações abrangentes sobre serviços e apoios a crianças com deficiência e suas famílias.

4. Os Estados Partes assegurarão que uma criança não será separada de seus pais contra a vontade destes, exceto quando autoridades competentes, sujeitas a controle jurisdicional, determinarem, em conformidade com as leis e procedimentos aplicáveis, que a separação é necessária, no superior interesse da criança. Em nenhum caso, uma criança será separada dos pais sob alegação de deficiência da criança ou de um ou ambos os pais.

5. Os Estados Partes, no caso em que a família imediata de uma criança com deficiência não tenha condições de cuidar da criança, farão todo esforço para que cuidados alternativos sejam oferecidos



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região
33ª Vara do Trabalho de Salvador
Processo nº 00822-2007-033-05-00-9 RT

por outros parentes e, se isso não for possível, dentro de ambiente familiar, na comunidade.

Artigo 28

Padrão de vida e proteção social adequados

1. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência a um padrão adequado de vida para si e para suas famílias, inclusive alimentação, vestuário e moradia adequados, bem como à melhoria contínua de suas condições de vida, e tomarão as providências necessárias para salvaguardar e promover a realização desse direito sem discriminação baseada na deficiência.

2. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à proteção social e ao exercício desse direito sem discriminação baseada na deficiência, e tomarão as medidas apropriadas para salvaguardar e promover a realização desse direito, tais como:

a) Assegurar igual acesso de pessoas com deficiência a serviços de saneamento básico e assegurar o acesso aos serviços, dispositivos e outros atendimentos apropriados para as necessidades relacionadas com a deficiência;

b) Assegurar o acesso de pessoas com deficiência, particularmente mulheres, crianças e idosos com deficiência, a programas de proteção social e de redução da pobreza;

c) Assegurar o acesso de pessoas com deficiência e suas famílias em situação de pobreza à assistência do Estado em relação a seus gastos ocasionados pela deficiência, inclusive treinamento adequado, aconselhamento, ajuda financeira e cuidados de repouso;



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região
33ª Vara do Trabalho de Salvador
Processo nº 00822-2007-033-05-00-9 RT

- d) Assegurar o acesso de pessoas com deficiência a programas habitacionais públicos;
- e) Assegurar igual acesso de pessoas com deficiência a programas e benefícios de aposentadoria.

A Lei 7853/1989, que dispõe sobre o apoio às pessoas com deficiência e sua respectiva inclusão social afirma em seu artigo 2º que **“ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico.”**

Por fim, a Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) explicita que consubstancia *dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à sexualidade, à paternidade e à maternidade, à alimentação, à habitação, à educação, à profissionalização, ao trabalho, à previdência social, à habilitação e à reabilitação, ao transporte, à acessibilidade, à cultura, ao desporto, ao turismo, ao lazer, à informação, à comunicação, aos avanços científicos e tecnológicos, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, entre outros decorrentes da Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e das leis e de outras normas que garantam seu bem-estar pessoal, social e econômico (artigo 8º).*

As normas mencionadas em linhas anteriores consubstanciam verdadeiras normas de conduta na atividade promocional do Estado em relação aos direitos fundamentais elencados nesta convenção, determinando a proteção integral da criança com deficiência em busca de sua plena inclusão social, o que importa reconhecer de forma indissociável o papel fundamental dos pais para que tal objetivo seja alcançado.



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região
33ª Vara do Trabalho de Salvador
Processo nº 00822-2007-033-05-00-9 RT

A família, núcleo natural e fundamental da sociedade, por sua vez, temo **dever-direito** de adotar todas as medidas e condutas a sua disposição com vista a garantir acesso efetivo da criança com deficiência sob sua responsabilidade aos cuidados necessários ao pleno exercício de seus direitos humanos e liberdades fundamentais, considerando que a efetiva participação da pessoa com deficiência na sociedade implicará fortalecimento do seu senso de pertencimento e significativo avanço do desenvolvimento humano, social, econômico, bem como erradicação da pobreza.

Significa afirmar que a família tem o direito de receber a proteção da sociedade e do Estado, ao mesmo tempo em que as pessoas com deficiência e seus familiares devem receber a proteção e a assistência necessárias para tornar as famílias capazes de contribuir para o exercício pleno e equitativo dos direitos das pessoas com deficiência.

A materialização dos citados direitos fundamentais, sociais por excelência, diversas vezes, necessitará da intervenção do Poder Judiciário no caso concreto submetido à sua apreciação, cuja conduta ativista e promocional pautar-se-á pela busca incessante do bem-estar da pessoa com deficiência.

Diplomas normativos de natureza estadual, antenados com os ditames da multicitada convenção, já contemplam o direito dos pais ou responsáveis legais em reduzir a jornada de trabalho sem prejuízo salarial.

A **Lei Complementar n. 10.098/94, do Rio Grande do Sul**, estabelece em seu artigo 127 que “O servidor, pai, mãe ou responsável por excepcional, físico ou mental, em tratamento, fica autorizado a se afastar do exercício do cargo, quando necessário, por período de até 50% (cinquenta por cento) de sua carga horária normal cotidiana, na forma da lei.”

A **Constituição do Estado do Piauí**, prevê expressamente em seu art. 54, § 3º que “Os servidores públicos estaduais e municipais que possuírem filhos portadores de deficiências físicas, sensoriais ou mentais, terão carga horária reduzida à metade, desde que



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região
33ª Vara do Trabalho de Salvador
Processo nº 00822-2007-033-05-00-9 RT

comprovem o fato perante a autoridade que lhe seja imediatamente superior”.

O *Estado do Rio de Janeiro editou a Lei 3807/2002*, regulamentando a matéria de maneira a assegurar ao servidor público civil, da administração direta, autárquica e fundacional do Estado do Rio de Janeiro, fica assegurado direito à redução, em 50% (cinquenta por cento), da carga horária de trabalho, enquanto responsável legal por pessoa portadora de necessidades especiais, que requeira atenção permanente (art. 1º).

Por mais elogiosa e responsável a conduta da empresa ora reclamada, uma das maiores empresas do País, em relação à adoção de benefício de natureza assistencial a seus empregados, além de expressa previsão em sede de acordo coletivo de trabalho de flexibilidade de horário de labor dos trabalhadores, **verifica-se que tais medidas são inservíveis e ineficazes para solucionar o caso concreto**, pois trata-se da necessidade de promover redução da jornada de trabalho a possibilitar efetivo e integral acompanhamento da mãe/empregada aos vários e diários tratamentos da criança com deficiência, devidamente comprovados nos autos, impossíveis se serem atendidas para uma trabalhadora com jornada de 8 horas de segunda à sexta-feira, ainda que flexíveis.

A própria norma constitucional, em perfeita harmonia com todo o normativo internacional, fundamenta a concessão da tutela ora requerida em desfavor da reclamada, pois estabelece expressamente no **art. 170** os princípios gerais da ordem econômica, afirmando que a mesma está fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar existência digna, conforme os ditames da justiça social, observando dentre outros princípios, a função social da propriedade (**art. 5º, XXIII, CF/88**).

O Código Civil, por sua vez, explicita que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato (art. 421). Tal norma contempla a prevalência do interesse coletivo em detrimento do interesse privado ou particular nas relações marcadas pela autonomia da vontade.

Tal viés interpretativo sistemático e teleológico decorre da aplicação dos princípios da



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região
33ª Vara do Trabalho de Salvador
Processo nº 00822-2007-033-05-00-9 RT

unidade da constituição, da máxima efetividade da norma constitucional e da prevalência dos direitos humanos.

Desse modo, diante do amplo arcabouço principiológico a amparar a pretensão autoral, apegar-se ao positivismo jurídico para sustentar a inexistência de amparo legal a autorizar a concessão da pretensão vindicada é conferir uma visão limitada e simplista para o conflito e ignorar que o paradigma da legalidade estatal moderna não consegue responder de maneira eficaz e legítima às demandas e aos anseios da sociedade.

De igual modo, os argumentos aduzidos pela acionada em torno dos termos do edital do concurso, das normas internas empresariais (RH e PCAC) e dos instrumentos normativos não a socorrem por todos os fundamentos já lançados acima, bem como pelo fato da reclamante ter dado a luz ao seu filho alguns anos após ter sido aprovada no concurso público e ter sido admitida na empresa.

Considerando o amplíssimo macrossistema normativo de proteção à criança com deficiência explicitado durante todo o presente *decisum* e o fato incontestável de que a requerente é mãe de uma criança menor de um ano de idade com Síndrome de Down (documento de Id n. 789d32e), pessoa com necessidades específicas, prioritárias e inadiáveis, cujos cuidados **imprescindem da presença de sua genitora**, que se apresenta como responsável maior pelos cuidados dispendiosos e indispensáveis ao bem-estar do bebê, devidamente comprovada está a probabilidade do direito.

Ao mesmo tempo, verifica-se pelo exame do material probatório juntado aos autos que a criança necessita de cuidados e tratamentos específicos, diários e urgentes, os quais contemplam naturezas e finalidades diversas e multidisciplinares, entre outros, a necessidade de terapia ocupacional, fisioterapia, pediatria, fonoaudiologia, geneticista e nutricionista conforme demonstram os relatórios médicos de Id n. 5b69384, 5750fe7 e 09bc57a, cuja implementação eficaz e célere será determinante para o progresso da criança em sua caminhada em busca de plena inclusão social, igualdade material e exercício dos direitos fundamentais. **Observe-se que os relatórios anexados com a petição inicial**



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região
33ª Vara do Trabalho de Salvador
Processo nº 00822-2007-033-05-00-9 RT

mencionam a necessidade da presença da mãe nas sessões de fisioterapia, fonoaudiologia e terapia ocupacional. (Id's_5b69384, 5750fe7 e 09bc57a)

A reclamante também comprovou que o seu marido e genitor do menor trabalha no Rio de Janeiro, não podendo auxiliá-la nas sessões. (Id. d5db34f e 50d5094).

Desse modo, mesmo a existência de horário flexível, não se revela suficiente para suprir em sua plenitude a necessidade de acompanhamento materno nos primeiros anos de vida da criança, como bem pontuou a parte autora quando da manifestação sobre os documentos, *in verbis*:

“Ora, está expresso na petição inicial, e não foi contestado, até porque se trata de *fato público e notório*, que os terapeutas atendem em seus consultórios em **horário comercial**, sendo obviamente impossível nos curtíssimos espaços de tempo das aludidas *flexibilizações* de horários (1 hora entre 8 e 9 da manhã, ou 1 hora no intervalo para almoço ou 1 hora no final da tarde) para a autora realizar os deslocamentos diários de casa para os consultórios e dos consultórios para casa, levando e trazendo o filho, e em seguida de casa para o estabelecimento da reclamada e dele retornando, e ainda nesse meio tempo gastar pelo menos 1 hora na espera e no atendimento dentro dos consultórios, em uma cidade grande e com trânsito caótico como Salvador, sem falar na necessidade de tempo para replicar em casa os diversos exercícios e estímulos orientados pelos terapeutas” (Id. 0807c7d - Pág. 2)”

Por todos os fundamentos supra, **fica mantida em toda a sua integralidade a decisão antecipatória concedida de Id. 1dd190d**, determinando-se que a reclamada continue mantendo a *redução da carga horária da reclamante em 50% (cinquenta por cento) enquanto houver necessidade de acompanhamento do filho com deficiência, sem redução da integralidade do patamar remuneratório da reclamante correspondente à jornada de 40h semanais e sem necessidade de compensação, sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) em favor da autora.*



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região
33ª Vara do Trabalho de Salvador
Processo nº 00822-2007-033-05-00-9 RT

A situação referente à necessidade de acompanhamento da requerente ao tratamento multidisciplinar do seu filho deverá ser comprovada anualmente mediante relatório médico específico e fundamentado a ser fornecido pelos profissionais responsáveis pelo atendimento da criança.

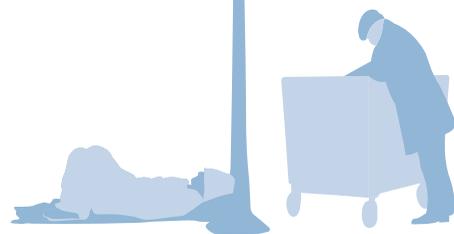
3 - CONCLUSÃO.

Ante o exposto, resolve a 7ª Vara do Trabalho de Salvador julgar **PROCEDENTE** o pedido constante da presente reclamação trabalhista movida por **LEILA ANDRADE CAMPOS**, reclamante, em face da **PETROLEO BRASILEIRO S/A PETROBRAS**, reclamada, para condená-la a manter a *redução da carga horária da reclamante em 50% (cinquenta por cento) enquanto houver necessidade de acompanhamento do filho com deficiência, sem redução da integralidade do patamar remuneratório da reclamante correspondente à jornada de 40h semanais e sem necessidade de compensação, sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) em favor da autora.* Custas de R\$ 40,00 pela reclamada, calculadas sobre R\$ 2.000,00, valor arbitrado à causa apenas para tal efeito, mas dispensadas de recolhimento em função da presente demanda não contemplar obrigação de pagar, mas apenas de fazer. **NOTIFICAR AS PARTES.** Prazo de lei para cumprimento.

Salvador, 27 de outubro de 2016.

Karina Mavromati de Barros e Azevedo
Juíza do Trabalho

CATEGORIA 8



Direitos de Grupos em Situação de Vulnerabilidade

Acórdão premiado

Processo nº 5010000-84.2020.4.03.6100
Tribunal Regional Federal da 3ª Região
Des. Fed. Relator André Nabarrete

Menção honrosa

Processo nº 1002389-88.2021.8.26.0297
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Juiz de Direito Fernando Antonio de Lima



Confira a íntegra das decisões finalistas da categoria



Tribunal Regional Federal da 3ª RegiãoPJe
- Processo Judicial Eletrônico

24/02/2022

Número: **5010000-84.2020.4.03.6100**

Classe: **APELAÇÃO CÍVEL**

Órgão julgador colegiado: **4ª Turma**

Órgão julgador: **Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE**

Última distribuição : **30/11/2020**

Valor da causa: **R\$ 1.000,00**

Processo referência: **5010000-84.2020.4.03.6100**

Assuntos: **Atos Unilaterais, Comunicação Social**

Segredo de justiça? **NÃO**

Justiça gratuita? **NÃO**

Pedido de liminar ou antecipação de tutela? **SIM**

Partes		Procurador/Terceiro vinculado	
LAURA PETIT DA SILVA (APELANTE)		ANDRE FERREIRA (ADVOGADO)	
REGINA MARIA MERLINO DIAS DE ALMEIDA (APELANTE)		ANDRE FERREIRA (ADVOGADO)	
ANGELA MARIA MENDES DE ALMEIDA (APELANTE)		ANDRE FERREIRA (ADVOGADO)	
MARIA AMELIA DE ALMEIDA TELES (APELANTE)		ANDRE FERREIRA (ADVOGADO)	
CRIMEIA ALICE SCHMIDT DE ALMEIDA (APELANTE)		ANDRE FERREIRA (ADVOGADO)	
SUZANA KENIGER LISBOA (APELANTE)		ANDRE FERREIRA (ADVOGADO)	
UNIÃO FEDERAL (APELADO)			
Documentos			
Id.	Data da Assinatura	Documento	Tipo
21059 6698	17/11/2021 16:05	Acórdão	Acórdão



PODER JUDICIÁRIO
Tribunal Regional Federal da 3ª Região
4ª Turma

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5010000-84.2020.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: LAURA PETIT DA SILVA, REGINA MARIA MERLINO DIAS DE ALMEIDA, ANGELA MARIA MENDES DE ALMEIDA, MARIA AMELIA DE ALMEIDA TELES, CRIMEIA ALICE SCHMIDT DE ALMEIDA, SUZANA KENIGER LISBOA

Advogado do(a) APELANTE: ANDRE FERREIRA - SP346619-A

APELADO: UNIÃO FEDERAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Apelação interposta por LAURA PETIT DA SILVA e outros, com pedido de antecipação da tutela recursal, interposta contra sentença que extinguiu o processo sem exame do mérito por inadequação da via eleita, em sede de ação ajuizada com o objetivo de obter provimento judicial para que seja determinada à União Federal a veiculação “no mesmo horário e sem restrições de destinatários, com o mesmo destaque do agravo (artigo 2º, § 2º, da Lei nº 13.188/15) e em todas as redes sociais em que houve a publicação ofensiva (conta oficial da SECOM no Twitter, Instagram e Facebook, além de outros meios possivelmente não identificados pelas vítimas (art. 3º, § 1º, da Lei nº 13.188/15), a seguinte resposta, proporcional, em suas dimensões, ao agravo (art. 2º da Lei nº 13.188/15), devendo a resposta ser mantida, de forma permanente, nas redessociais da SECOM (art. 4º, I, da Lei nº 13.188/15)”:

O governo brasileiro, na atuação contra a guerrilha do Araguaia, violou os Direitos Humanos, praticou torturas e homicídios, sendo condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos por tais fatos. Um dos participantes destas violações foi o Major Curió e, portanto, nunca poderá ser chamado de herói. A SECOM retifica a divulgação ilegal que fez sobre o tema, em respeito ao direito à verdade e à memória.”

2. Imagem:

Imagem sem texto ou figuras, inteira na cor preta, em iguais proporções à veiculada”.

Sustenta-se, em síntese, que (id 147883278):

a) as autoras são todas reconhecidas vítimas ou parentes de vítimas da ditadura militar e pretendem obter direito de resposta à publicação ofensiva veiculada pela Secretaria Especial de Comunicação Social da Presidência da República (SECOM), no dia 05/5.2020, em suas contas oficiais do *Twitter, Instagram e Facebook*, que retrataram reunião ocorrida em 04/05/2020, entre o Presidente da República e Sebastião Rodrigues de Moura, o “*Major Curió*”, na qual este último foi qualificado como herói nacional;

b) houve ampla repercussão da aludida publicação na imprensa, em veículos tais como “*O Globo*”, “*Estadão*” e “*Correio Brasiliense*”;

c) notificaram extrajudicialmente, em 11/05/2020, a SECOM para requerer direito de resposta, porém lhes foi negado em 28/05/2020;

d) a publicação é ultrajante: qualifica como “herói nacional” pessoa oficialmente reconhecida pela Comissão Nacional da Verdade como um dos 377 agentes do Estado brasileiro que praticaram crimes contra os direitos humanos no contexto da ditadura civil-militar e retrata de forma difamatória suas vítimas, razão pela qual não subsiste o fundamento da sentença sobre “incertezas” ou “dúvidas que ainda permeiam a verdade dos fatos”;

e) os fatos históricos são incontroversos. As atrocidades da ditadura são reconhecidas no âmbito internacional pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e, internamente, pelas conclusões da Comissão Nacional da Verdade e pela Lei de Anistia. Assim, o que a SECOM fez com sua publicação foi mentir, desinformar, distorcer os fatos, inverter os papéis de seus atores e ofender;

f) os guerrilheiros do Araguaia - associados na publicação da SECOM a “milhões de mortes” e a “um dos maiores flagelos da humanidade” - eram militantes do PCdoB que se deslocaram de vários Estados do país e se instalaram nas proximidades do Rio Araguaia a fim de organizar um movimento de resistência armada ao regime militar brasileiro a partir da mobilização da população rural local. Foram submetidos a detenções arbitrárias, torturas e desaparecimentos forçados praticadas pelo Estado brasileiro por força da repressão política e militar na região do Araguaia, que foi responsável por quase metade do número total de desaparecidos políticos no Brasil;

g) as atrocidades cometidas pelo governo brasileiro nessa época ensejaram a condenação internacional do país nos casos Vladimir Herzog e outros v. Brasil e Gomes Lund e outros v. Brasil. Neste último, a Corte Interamericana de Direitos Humanos analisou o específico contexto da Guerrilha do Araguaia e considerou o Brasil responsável pelo massacre e por deixar de investigar e julgar os responsáveis pelas mortes ao promulgar a Lei de Anistia (Lei 6683/79), de modo a configurar violação aos arts. 4º (direito à vida), 5º (direito à integridade pessoal), 7º (direito à liberdade pessoal), 8º (garantias judiciais), 13 (liberdade de pensamento e de expressão) e 25 (proteção judicial) da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, além de ponderar que é dever do Brasil tomar medidas para que eventos como esse não mais ocorram. Por fim, para atender ao direito à memória e à verdade, determinou que o Brasil reconhecesse publicamente a responsabilidade pelas violações de direitos humanos (perseguições políticas, assassinatos, torturas, desaparecimentos forçados etc.) realizadas por agentes oficiais do Estado no período;

h) “em vez de cumprir a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, publicando “toda a informação sobre a Guerrilha do Araguaia”, bem como as informações relativas “a violações de direitos humanos ocorridas durante o regime

militar”, a SECOM faz exatamente o oposto: mente ao exaltar como herói uma pessoa que é reconhecida pela prática de sequestro, tortura, homicídio e ocultação de cadáver durante a ditadura cívico-militar”;

i) o fato de não ter havido “qualquer indicação nominal ou pessoal, direta ou indireta” das vítimas da ofensa não é impeditivo da veiculação da resposta pretendida. O § 1º do art. 2º da Lei 13.188/2015 requer tão somente que a parte ofendida seja passível de identificação, como é o caso, conforme amplamente demonstrado na inicial;

j) por fim, à vista da notória ofensividade do conteúdo e da identificação das vítimas, cujas honra, imagem e reputação foram abaladas pela publicação da SECOM, não há incompatibilidade entre o rito célere da Lei 13.188/2015 e o pedido, porquanto é desnecessária qualquer dilação probatória no presente caso. Todos os documentos que informam e evidenciam a ilicitude da nota em questão foram acostados aos autos. Ademais, a ré jamais negou a veiculação da publicação como foi feita, de maneira que os fatos são incontrovertidos;

k) requer, nos termos do art. 1.013, § 3º, I, do Código de Processo Civil, o provimento do pleito, determinando-se, ao final, a veiculação da resposta pretendida.

Nas contrarrazões (id 147883783), a União sustenta:

a) preliminarmente,

a.1) conexão e/ou continência entre a presente ação de direito de resposta e a Ação Popular nº 1026995- 52.2020.4.01.3400, ajuizada perante a 8ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, cujo objeto abrange o tema desta, qual seja, retirada de postagens feitas pela Secretaria Especial de Comunicação Social da Presidência da República – e mesma causa de pedir – violação aos princípios da moralidade e impessoalidade administrativas, bem como a ocorrência de desvio de finalidade. Subsidiariamente, ainda que não se reconheça propriamente a conexão, há o risco de decisões conflitantes, de modo que se recomenda a reunião, nos termos do artigo 55, § 3º, do CPC;

a.2) falta de interesse de agir dos autores, pois a ação de direito de resposta encontra suporte no artigo 5.º da Lei 13.188/2015, o que inexistente neste processo. Não houve ato praticado pela União que tenha causado lesão de interesse, dado que a publicação foi da SECOM, de modo que da situação jurídica descrita na inicial não decorra adequada providência pleiteada, nos termos do artigo 17 do CPC;

a.3) inadequação da via eleita, porquanto a cognição exauriente relativamente ao preenchimento dos requisitos exigidos para o referido pedido exige ampla dilação probatória e não é possível por meio do rito especial da Lei 13.188/2015. Registre-se, ainda, o entendimento da não aplicação da referida norma à fazenda pública, considerado que *“perfis de órgãos públicos em redes sociais não se enquadram no conceito de veículos de comunicação social em sentido estrito”*. Ademais, ainda que o autor discorde das afirmativas

e posicionamentos contidos nas publicações veiculadas pela SECOM, é certo que sua suspensão pode ensejar afronta aos direitos fundamentais da liberdade de expressão e da livre manifestação do pensamento, previstos no art. 5º, incisos IV e IX, da Constituição Federal, de modo que não há sequer probabilidade de lesão a direito, *ex vi* do artigo 220 da Constituição Federal. Pode-se ainda invocar o princípio da separação de poderes e a inviabilidade de o Judiciário analisar o mérito administrativo, como uma espécie de censor;

a.4) o ordenamento jurídico traz limitações específicas às antecipações de efeito da tutela em desfavor da fazenda pública (Leis nº. 8.437/92, 9.494/97 e 12.016/09). O STF, inclusive, já declarou constitucional o artigo 1º da Lei 8.437/92 na ADIN nº 4. O deferimento da tutela provisória de urgência – retirada das postagens mencionadas na inicial, bem como a imposição de abstenção de outras publicações que impliquem promoção pessoal do Presidente da República – representará a concessão do próprio provimento final requerido, tornando inócua qualquer manifestação judicial posterior.

b) a Lei nº. 13.844/2019, que estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios, e o Decreto 9.980/19, que a regulamentou, prescrevem como atribuição da Secretaria de Governo da Presidência da República a formulação e a implementação da política de comunicação e de divulgação social do governo federal, inclusive para convocar as redes obrigatórias de rádio e televisão para o atendimento aos pedidos de pronunciamento em cadeia nacional, após autorização do Ministro de Estado;

c) o Decreto nº. 6.555/2008 determina que as ações de comunicação do Poder Executivo federal terão como objetivos principais, entre outros, (i) dar amplo conhecimento à sociedade das políticas e programas do Poder Executivo Federal; (ii) divulgar os direitos do cidadão e serviços colocados à sua disposição; (iii) estimular a participação da sociedade no debate e na formulação de políticas públicas, além de (iv) disseminar informações sobre assuntos de interesse público dos diferentes segmentos sociais;

d) o que se buscou com as postagens questionadas foi alcançar os objetivos estampados na legislação supracitada, além de assegurar o direito à informação dos cidadãos, consoante o art. 5º, inciso XIV, combinado com a disposição do art. 37, 1º, da CF/88, que impõem um poder-dever à administração pública de dar publicidade e de informar sobre seus atos;

e) nas postagens do perfil “@SecomVc” são utilizadas linguagem e mensagens condizentes com os canais digitais, conforme determina o art. 2º do Decreto nº. 6.555/2008;

f) a área técnica responsável pelo gerenciamento das postagens informou as fontes da ora questionada e ressaltou que:

“Especificamente com relação aos posts mencionados pela requerente em sua Petição, reforçamos que se baseiam em informações oficiais, sendo eles apenas registros das falas das autoridades públicas ou divulgação atos e fatos do Governo, conforme é possível verificar nos exemplos a seguir: Divulgação de fala do Presidente em pronunciamento no Planalto em 24 de abril de 2020 (<https://www.youtube.com/watch?v=r50zxWD7M0>) b) Repercussão de dados apresentados pelo Presidente em pronunciamento em cadeia no dia 8 de abril de 2020 (<https://www.youtube.com/watch?v=2h1mU1dp1o8>). Conforme Lei nº. 13.982/2020 (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-022/2020/lei/13982.htm). c) Repercussão de Acordo mencionado pelo próprio Presidente em suas redes (<https://twitter.com/secomvc/status/1248357455400259586> e <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2020-04/bolsonaroagradece-india-por-insumos-para-produzir-hidroxicloroquina>). Divulgação de fala do Presidente em pronunciamento no Planalto em 24 de abril de 2020 (<https://www.youtube.com/watch?v=r50zxWD7M0>), baseada na Lei 9.266, de 15 de março de 1996 (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9266.htm).”

g) nesse contexto, não procede o argumento de que as postagens tenham o condão de violar o caráter educativo, informativo ou de orientação social, pois estão em sintonia com o disposto na Constituição Federal e, conseqüentemente, em consonância com os princípios da publicidade, razoabilidade e proporcionalidade, bem como com o direito à informação dos cidadãos, sem a configuração de promoção pessoal das autoridades;

h) para fins jurídicos, publicidade estatal significa dar amplo conhecimento a população dos atos do Estado, demonstrando os motivos e as finalidades de tais condutas. Por outro lado, a noção de propaganda estatal está ligada ao desenvolvimento de técnicas de comunicação e abordagem com o intuito de convencer o público-alvo da importância de determinado tema - a exemplo das Campanhas Anuais de Vacinação promovidas pelo Poder Público”. Inexiste, portanto, desvio de finalidade, pois ausente o intuito ou a configuração de promoção pessoal de agentes públicos.;

i) o entendimento do Ministro Dias Toffoli, expresso na recente decisão proferida em 04.05.2020, nos autos da Suspensão de Liminar 1.326/RN, é aplicável ao caso em análise:

Reitero, ainda uma vez, meu entendimento, agora aplicado ao caso concreto ora em análise, de que não cabe ao Poder Judiciário decidir o que pode ou não constar em uma ordem do dia, ou mesmo qual a qualificação histórica sobre determinado período do passado, substituindo-se aos historiadores nesse mister e, no presente caso, aos legítimos gestores do Ministério da Defesa, para redigir, segundo a compreensão que esposam, os termos de uma simples ordem do dia, incidindo em verdadeira censura acerca de um texto editado por Ministro de Estado e Chefes Militares.

Apenas eventuais ilegalidades ou flagrantes violações à ordem constitucional vigente devem merecer sanção judicial, para a necessária correção de rumos.

Mas não se mostra admissível que uma decisão judicial, por melhor que seja a intenção de seu prolator ao editá-la, venha a substituir o critério de conveniência e

oportunidade que rege a edição dos atos da Administração Pública, parecendo não ser admitido impedir a edição de uma ordem do dia, por suposta ilegalidade de seu conteúdo, a qual inclusive é muito semelhante à mesma efeméride publicada no dia 31 de março de 2019.

As decisões judiciais ora atacadas, destarte, representam grave risco de violação à ordem público-administrativa do Estado brasileiro, por implicar em verdadeiro ato de censura à livre expressão do Ministro de Estado da Defesa e dos Chefes das Forças Militares, no exercício de ato discricionário e de rotina, inerente às elevadas funções que exercem no Poder Executivo e sobre o qual não parece adequada a valoração efetuada por membros do Poder Judiciário. Impõe-se, destarte, a imediata suspensão dos efeitos dessas decisões.”

j) de acordo com o art. 3º, inciso V, do Decreto nº. 6.555/2008, o gênero publicidade se subdivide nas seguintes espécies: (a) publicidade de utilidade pública; (b) publicidade institucional; (c) publicidade mercadológica; e (d) publicidade legal. O conceito dessas espécies mencionadas são definidos pela Instrução Normativa SECOM nº. 2, de 20 de abril de 2018, que disciplina a publicidade dos órgãos e entidades do Poder Executivo Federal. Assim, há que se destacar uma diferença conceitual substancial entre essas categorias de publicidade e a mera publicação em redes sociais por algum órgão público, caracterizadas pela maior informalidade e pelo uso de linguagem rápida, direta e acessível aos destinatários, sem perder de vista a finalidade informativa do seu conteúdo;

k) embora se admita a fixação da multa diária contra a fazenda pública, consoante recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça, deve atender aos princípios da proporcionalidade, da utilidade prática e correspondência aos meios e fins perseguidos. Sua natureza é punitiva e, no caso, não se revela necessária, útil ou apta a constrianger a União.

Pede, ao final, o desprovimento do apelo.

Por meio da decisão id 148403004, deferiu o efeito suspensivo requerido, à exceção da fixação de multa, contra a qual a União interpôs agravo interno (id 150493976), no qual pediu sua suspensão e remessa ao desembargador plantonista.

O Desembargador Federal Carlos Muta, em plantão judicial, indeferiu o pleito da União (id 150537973).

Por meio da petição id 150928113, a União informou que Exmo. Sr. Ministro Presidente do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, nos autos da Suspensão de Liminar e de Sentença n. 2872-SP, suspendeu os efeitos da decisão concessiva da tutela na proferida na presente apelação, até o trânsito em julgado da decisão de mérito da ação.

Determinei ciência às partes da informação e documentos acostados pela ré (id 152099474) e transcorreu *in albis* o prazo para manifestação.

À vista da suspensão da antecipação da tutela recursal pelo STJ, por meio da decisão id 165641226 foi declarado prejudicado o agravo interno interposto pela União Federal.

Intimadas as partes, a União Federal expressamente (id 194586308) manifestou desinteresse de recorrer da decisão anteriormente mencionada.

É o relatório.



PODER JUDICIÁRIO
Tribunal Regional Federal da 3ª Região 4ª Turma

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5010000-84.2020.4.03.6100 RELATOR: Gab. 11 - DES.
FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: LAURA PETIT DA SILVA, REGINA MARIA MERLINO DIAS DE
ALMEIDA, ANGELA MARIA MENDES DE ALMEIDA, MARIA AMELIA DE
ALMEIDA TELES, CRIMEIA ALICE SCHMIDT DE ALMEIDA, SUZANA
KENIGER LISBOA

Advogado do(a) APELANTE: ANDRE FERREIRA - SP346619-A

Advogado do(a) APELANTE: ANDRE FERREIRA - SP346619-A

Advogado do(a) APELANTE: ANDRE FERREIRA - SP346619-A

Advogado do(a) APELANTE: ANDRE FERREIRA - SP346619-A Advogado do(a)
APELANTE: ANDRE FERREIRA - SP346619-A Advogado do(a) APELANTE:
ANDRE FERREIRA - SP346619-A APELADO: UNIÃO FEDERAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Ação de direito de resposta ajuizada por LAURA PETIT DA SILVA e outros contra a União Federal em razão de a SECOM, em 05.05.2020, ter veiculado, em suas contas oficiais das redes sociais Twitter, Instagram e Facebook, nota sobre reunião ocorrida em 04.05.2020 entre o Exmo. Sr. Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, e Sebastião Rodrigues Moura, "Major Curió", com a imagem e o seguinte texto:

SecomVc @secomvc

A Guerrilha do Araguaia tentou tomar o Brasil via luta armada. A dedicação deste e de outros heróis ajudou a livrar o país de um dos maiores flagelos da História da Humanidade: o totalitarismo socialista, responsável pela morte de aprox. 100 MILHÕES de pessoas em todo o mundo.

[Translate Tweet](#)

HERÓIS DO BRASIL

**PRESIDENTE BOLSONARO RECEBE
TENENTE-CORONEL QUE COMBATEU
A GUERRILHA COMUNISTA NO ARAGUAIA**

Tenente-coronel
Sebastião Curió Rodrigues de Moura

SECOM

2:42 PM · May 5, 2020 · Twitter for iPhone

Relatam que houve ampla repercussão da aludida publicação na imprensa, em veículos tais como “*O Globo*”, “*Estadão*” e “*Correio Brasiliense*” e que notificaram extrajudicialmente, em 11/05/2020, a SECOM para requerer direito de resposta, porém lhes foi negado em 28/05/2020. Argumentam, em síntese, que a publicação é ultrajante, pois qualifica como “herói nacional” pessoa oficialmente reconhecida pela Comissão Nacional da Verdade como um dos 377 agentes do Estado brasileiro que praticaram crimes contra os direitos humanos no contexto da ditadura civil-militar e retrata de forma difamatória suas vítimas e que os fatos históricos são incontroversos. As atrocidades da ditadura são reconhecidas no âmbito internacional pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e, internamente, pelas conclusões da Comissão Nacional da Verdade e pela Lei de Anistia. Assim, o que a SECOM fez com sua publicação foi mentir, desinformar, distorcer os fatos, inverter os papéis de seus atores e ofender. Pedem, em decorrência, provimento judicial para que seja determinada a veiculação “*no mesmo horário e sem restrições de destinatários, com o mesmo destaque do agravo (artigo 2º, § 2º, da Lei nº 13.188/15) e em todas as redes sociais em que houve a publicação ofensiva (conta oficial da SECOM no Twitter, Instagram e Facebook, além de outros meios possivelmente não identificados pelas vítimas (art. 3º, § 1º, da Lei nº 13.188/15), a seguinte resposta, proporcional, em suas dimensões, ao agravo (art. 2º da Lei nº 13.188/15), devendo a resposta ser mantida, de forma permanente, nas redes sociais da SECOM (art. 4º, I, da Lei nº 13.188/15)*”

O governo brasileiro, na atuação contra a guerrilha do Araguaia, violou os Direitos Humanos, praticou torturas e homicídios, sendo condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos por tais fatos. Um dos participantes destas violações foi o Major Curió e, portanto, nunca poderá ser chamado de herói. A SECOM retifica a divulgação ilegal que fez sobre o tema, em respeito ao direito à verdade e à memória.”

2. Imagem:

Imagem sem texto ou figuras, inteira na cor preta, em iguais proporções à veiculada”.

I – Das preliminares arguidas pela União Federal em contrarrazões

Relativamente à alegação de conexão e/ou continência entre a presente ação de direito de resposta e a Ação Popular nº 1026995- 52.2020.4.01.3400, ajuizada perante a 8ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, foi expressamente rechaçada na sentença. Portanto, a questão deveria ter sido impugnada por meio do competente recurso, o que não foi feito, de modo que está preclusa. Repise-se, todavia, que não se configura conexão ou continência entre este pedido e a aludida ação popular. Nesta última a autoria é diversa, assim como *causa petendi* e pedido: promoção pessoal do Presidente da República e requerimento de retirada de postagens e restituição de valores. A mesma situação ocorre com a ação popular nº 1027385-22.2020.4.013400: diferentes autores e *causa petendi* e pedido semelhantes ao da outra ação popular (arts. 55, 58 e 59, CPC). Conflito entre decisões não pode haver entre direito de resposta pura e simples e a condenação ao ressarcimento de valores por ação pessoal de agente público.

Invoca, ainda, falta de interesse de agir dos autores, pois a publicação foi feita pela SECOM, de modo que não **houve ato praticado pela União que tenha causado lesão de interesse. O argumento beira a má-fé.** A Secretaria Especial de Comunicação Social da Presidência da República não tem personalidade jurídica e é órgão da União, de modo que, obviamente, responde por ela. Ademais, fez referência, por lapso, à ação popular, inclusive, cita jurisprudência sobre essa modalidade de ação, para enquadrar como reparação o que é um simples direito de resposta. A publicação da SECOM, nos termos em que posta, traz versão da Guerrilha do Araguaia e aponta um agente público como um herói, o que enseja, no mínimo, a resposta das vítimas ou parentes, dentro dos parâmetros estabelecidos pelo próprio Estado brasileiro. Tanto individualmente os autores podem ser enquadrados como ofendidos, como a abrangência do fato histórico justifica o reconhecimento do direito à memória e à verdade, assumido pelo Brasil legalmente como perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A inadequação da via eleita foi acolhida pelo juízo de primeiro grau e é o objeto do apelo, de modo que será a seguir apreciada. Diga-se, de qualquer forma, que o rito da Lei de Direito de Resposta é expedito e visa satisfazer o ofendido quanto a publicação ou divulgação de nota ou notícia que atente contra os bens que arrola (art. 2º, § 1º). O direito subjetivo nasce da nota ou notícia, sem necessidade de dilação probatória.

Por fim, quanto à impossibilidade de concessão de antecipação de tutela contra o ente público, não há interesse em discutir o tema nesta sede, especialmente à vista da suspensão determinada pelo STJ até o trânsito em julgado.

II. Da apelação

O feito foi extinto sem resolução do mérito pela inadequação da via processual eleita, nos seguintes termos (Id. 147883275):

"Decido.

Afasto a alegação de conexão ou continência do presente feito com a ação popular 1026995-52.2020.4.01.3400, em trâmite perante o MM. Juízo Federal da 8ª Vara do Distrito Federal.

Apesar de tratarem sobre os mesmos fatos, as ações possuem causas de pedir e pedidos distintos, o que é suficiente para afastar eventual continência ou conexão entre as ações.

Por outro lado, merece acolhimento a alegação de inadequação da via processual.

*O objeto sob tutela da lei 13.188/2015 é o direito de resposta ou retificação a **ofensa** publicada em veículo de comunicação.*

*O § 1º do art. 2º da lei 13.188/2015 elencou, de forma exaustiva, as hipóteses que autorizam a utilização do direito de resposta, limitando às ofensas proferidas **“contra a honra, a intimidade, a reputação, o conceito, o nome, a marca ou a imagem de pessoa física ou jurídica identificada ou passível de identificação.”***

Portanto, o pressuposto lógico e objetivo para manejo do instrumento processual que visa, exclusivamente, o direito de resposta, é a publicação de informação, declaração ou material de conteúdo, inquestionavelmente ofensivo.

Na presente ação, a parte autora se insurge contra matéria veiculada por meio de conta social da SECOM, com o seguinte conteúdo:

“A Guerrilha do Araguaia tentou tomar o Brasil via luta armada. A dedicação deste e de outros heróis ajudou a livrar o país de um dos maiores flagelos da História da Humanidade: o totalitarismo socialista, responsável pela morte de aprox. 100 MILHÕES de pessoas em todo o mundo.”, ilustrada em seguida com fotografia do Sr. Presidente da República cumprimentando o militar reformado Sebastião Rodrigues de Moura (supostamente denominado como “Major Curió”), com os dizeres: “Presidente Bolsonaro recebe Tenente-Coronel que combateu a guerrilha comunista no Araguaia”.

Assim, os autores, na condição de familiares das alegadas “vítimas” do Major Curió, invocam o direito de resposta por suposta ofensa provocada pelo material publicado pela SECOM.

Em razão da especialidade e celeridade do rito previsto na lei 13.188/2015, a utilização do instrumento processual previsto na lei em questão, exige indubitável certeza quanto a natureza ofensiva do material divulgado, pois, na hipótese de subsistir dúvidas a respeito do caráter ou da capacidade ofensiva do material publicado, inadequado será o procedimento especial de direito de resposta.

No presente caso, a publicação indicada pela parte autora não ostenta os elementos mínimos necessários a caracterizá-la como ofensiva a honra, intimidade ou reputação das supostas vítimas de Major Curió, no evento conhecido como “guerrilha do Araguaia”, limitando-se a SECOM em indicar o evento como mera referência histórica, e sem qualquer indicação nominal ou pessoal, direta ou indireta, daqueles que dele participaram.

A superficialidade do conteúdo do material divulgado pela SECOM, não permite que se extraia, de uma simples leitura, tratar-se, efetivamente, de material ofensivo a permitir a utilização do instrumento especial do direito de resposta.

A complexidade dos fatos em análise, que mesmo após décadas ainda carecem de esclarecimentos convincentes, é óbice objetivo a aplicação do rito célere, mas de cognição sumária e superficial, da lei 13.188/2015.

As dúvidas que ainda permeiam a verdade dos fatos e eventos ocorridos durante o período do regime militar, descaracterizam a certeza de que fato ofensivo, de fato, foi veiculado pela SECOM, certeza essa, cuja comprovação é necessária para a adequada utilização do instrumento processual previsto na lei 13.188/2015.

O instrumento processual eleito pela parte autora, portanto, é inadequado.

Ante o exposto, caracterizada a inadequação da via processual eleita, JULGO O PROCESSO EXTINTO, sem o exame do mérito.

Sem honorários.

Custas na forma da lei.

P.I”

À evidência, a sentença recorrida, sob o pretexto de extinguir o processo sem resolução do mérito por inadequação da via eleita, na verdade examina o mérito, porque afasta o caráter ofensivo da nota sem se deter nos argumentos principais da petição inicial, sobretudo a sentença da Corte Internacional. Em decisão enxuta indica a Guerrilha do Araguaia como mera referência histórica, esquecendo-se da densidade do evento para a história recente do Brasil. Rotula de complexos os fatos e que carecem de esclarecimentos convincentes, quando o Estado brasileiro assumiu a responsabilidade por eles na Lei nº 9.140/95 e perante a CIDH, sendo inadmissível a alegação de dúvidas, como se verá.

O texto divulgado pela SECOM, conforme apresentação anterior, exhibe o Tenente-Coronel Sebastião Rodrigues de Moura, a quem atribui a qualidade de herói na Guerrilha do Araguaia, que a combateu e ajudou a "livrar o país de um dos maiores flagelos da História da Humanidade".

A nota, entretanto, fruto de comunicação de órgão público federal e por agentes públicos, conforme antecipei ao deferir a antecipação da tutela recursal, contrasta com reconhecimentos, posições e atos normativos emanados do Estado brasileiro.

A começar pela Lei nº 9.140/95, em que se reconhece sua responsabilidade pelas mortes e desaparecimentos durante o período do regime militar, em decorrência de ações de agentes públicos.

Relevante também o livro-relatório "Direito à Memória e à Verdade", publicação da Secretaria Especial Direitos Humanos da Presidência da República, de 2007, no qual o Estado brasileiro, logo na apresentação, esclarece:

Jogar luz no período de sombras e abrir todas as informações sobre violações de Direitos Humanos ocorridas no último ciclo ditatorial são imperativos urgentes de uma nação que reivindica, com legitimidade, novo status no cenário internacional e nos mecanismos dirigentes da ONU. Ao registrar para os anais da história e divulgar o trabalho realizado pela Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos ao longo de 11 anos, esta publicação representa novo passo numa caminhada de quatro décadas. Nessa jornada, uniram-se para um esforço conjunto brasileiros que se opunham na arena política imediata. Sob a gestão de Nelson Jobim no Ministério da Justiça, durante o governo Fernando Henrique Cardoso, o Estado brasileiro reconheceu sua responsabilidade frente à questão dos opositores que foram mortos pelo aparelho repressivo do regime militar. Papel decisivo nessa conquista tiveram os familiares dos mortos e desaparecidos, com sua perseverança e tenacidade, e o futuro ministro José Gregori, então chefe de Gabinete do Ministério da Justiça.

No relatório, o "Major Curió", Sebastião Rodrigues de Moura, é citado nominalmente no capítulo dedicado à Guerrilha do Araguaia, com a descrição de agentes do Estado que atuaram na repressão, à revelia de garantias e direitos humanos, na morte, tortura e desaparecimento de pessoas que lá formaram um núcleo de resistência.

Mais contundente é a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 24.11.2010, caso *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs Brasil*. Registre-se que o

Brasil ratificou, em 1992, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e reconheceu a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 1998. Vale destacar trechos da decisão:

84. Na audiência pública, o Brasil salientou que “este é um momento histórico, em que o Estado brasileiro reafirma sua responsabilidade pelas violações de direitos humanos ocorridas durante o trágico episódio conhecido como Guerrilha do Araguaia. Este também é um momento mais que oportuno para honrar os mortos e vítimas”.

A Corte compõe o contexto histórico, *verbis*:

85. Em abril de 1964, um golpe militar depôs o governo constitucional do Presidente João Goulart. A consolidação do regime militar baseou-se na Doutrina da Segurança Nacional e na promulgação de sucessivas normas de segurança nacional e normas de exceção, como os atos institucionais, “que funcionaram como pretenso marco legal para dar cobertura jurídica à escalada repressiva”. Esse período foi caracterizado “pela instalação de um aparelho de repressão que assumiu características de verdadeiro poder paralelo ao Estado”, e chegou ao seu “mais alto grau” com a promulgação do Ato Institucional nº 5 em dezembro de 1968. Entre outras manifestações repressivas nesse período, encontra-se o fechamento do Congresso Nacional, a censura completa da imprensa, a suspensão dos direitos individuais e políticos, da liberdade de expressão, da liberdade de reunião e da garantia do habeas corpus. Também se estendeu o alcance da justiça militar, e uma Lei de Segurança Nacional introduziu, entre outras medidas, as penas perpétua e de morte.

86. Entre 1969 e 1974, produziu-se “uma ofensiva fulminante sobre os grupos armados de oposição”. O mandato do Presidente Médici (1969-1974) representou “a fase de repressão mais extremada em todo o ciclo de 21 anos do regime militar” no Brasil. Posteriormente, durante “os três primeiros anos [do governo do Presidente] Geisel [1974-1979], o desaparecimento de presos políticos, que antes era apenas uma parcela das mortes ocorridas, torna-se a regra predominante para que não ficasse estampada a contradição entre discurso de abertura e a repetição sistemática das velhas notas oficiais simulando atropelamentos, tentativas de fuga e falsos suicídios”. Como consequência, a partir de 1974, “oficialmente não houve mortes nas prisões[, t]odos os presos políticos mortos ‘desapareceram’ [e] o regime passou a não mais assumir o assassinato de opositores”.

87. Segundo a Comissão Especial, cerca de 50 mil pessoas teriam sido detidas somente nos primeiros meses da ditadura; cerca de 20 mil presos foram submetidos a torturas; há 354 mortos e desaparecidos políticos; 130 pessoas foram expulsas do país; 4.862 pessoas tiveram seus mandatos e direitos políticos suspensos, e centenas de camponeses foram assassinados. A Comissão Especial destacou que o “Brasil é o único país [da região] que não trilhou procedimentos [penais] para examinar as violações de [d]ireitos [h]umanos ocorridas em seu período ditatorial, mesmo tendo oficializado, com a lei nº 9.140/95, o reconhecimento da responsabilidade do Estado pelas mortes e desaparecimentos denunciadas”. Isso tudo devido a que, em 1979, o Estado editou uma Lei de Anistia (pars. 134 e 135 infra).

88. Denominou-se Guerrilha do Araguaia ao movimento de resistência ao regime militar integrado por alguns membros do novo Partido Comunista do Brasil. Esse movimento propôs-se a lutar contra o regime, “mediante a construção de um exército popular de libertação”. No início de 1972, às vésperas da primeira expedição do Exército à região do Araguaia, a Guerrilha contava com cerca de 70 pessoas, em sua maioria jovens.

89. Entre abril de 1972 e janeiro de 1975, um contingente de entre três mil e dez mil integrantes do Exército, da Marinha, da Força Aérea e das Polícias Federal e Militar empreendeu repetidas campanhas de informação e repressão contra os membros da Guerrilha do Araguaia. Nas primeiras campanhas, os guerrilheiros detidos não foram privados da vida, nem desapareceram. Os integrantes do Exército receberam ordem de deter os prisioneiros e de

“sepultar os mortos inimigos na selva, depois de sua identificação”; para isso, eram “fotografados e identificados por oficiais de informação e depois enterrados em lugares diferentes na selva”. No entanto, após uma “ampla e profunda operação de inteligência, planejada como preparativo da terceira e última investida de contra-insurgência”, houve uma mudança de estratégia das forças armadas. Em 1973, a “Presidência da República, encabeçada pelo general Médici, assumiu diretamente o controle sobre as operações repressivas [e] a ordem oficial passou a ser de eliminação” dos capturados.

90. No final de 1974, não havia mais guerrilheiros no Araguaia, e há informação de que seus corpos foram desenterrados e queimados ou atirados nos rios da região. Por outro lado, “[o] governo militar impôs silêncio absoluto sobre os acontecimentos do Araguaia [e p]roibiu a imprensa de divulgar notícias sobre o tema, enquanto o Exército negava a existência do movimento”.

Ressalte-se que o histórico é tomado do próprio Estado brasileiro no relatório "Direito à Memória e à Verdade", publicação oficial.

Sobre a Lei nº 9.140/95, a Corte relata:

91. Em 4 de dezembro de 1995, foi promulgada a Lei nº 9.140/95, mediante a qual o Estado reconheceu sua responsabilidade pelo “assassinato de opositores políticos”, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979. Essa lei “reconheceu automaticamente 136 casos de desaparecidos, constantes num ‘Dossiê’ organizado por familiares e militantes de [d]ireitos [h]umanos ao longo de 25 anos de buscas”. Destes, 60 são supostas vítimas desaparecidas do presente caso que junto com Maria Lúcia Petit da Silva, pessoa privada de sua vida nas operações militares contra a Guerrilha, constam no Anexo I da Lei.

92. Outrossim, a lei criou a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, que tem como uma de suas atribuições “realizar o reconhecimento das pessoas desaparecidas não incluídas no Anexo I da [referida] lei”. Desse modo, as solicitações de reconhecimento de pessoas desaparecidas, não incluídas no Anexo I da lei, deviam ser interpostas pelos familiares junto à mencionada Comissão Especial, juntamente com informações e documentos que permitissem comprovar o desaparecimento do seu familiar.

93. A Lei nº 9.140/95 também determinou a possibilidade da concessão de uma reparação pecuniária aos familiares dos mortos e desaparecidos políticos, concedida no âmbito da Comissão Especial. Até a data de emissão desta Sentença, o Estado informou que pagou indenizações aos familiares de 58 desaparecidos da Guerrilha do Araguaia, indicados como supostas vítimas no presente caso, num total de R\$ 6.531.345,00 (seis milhões, quinhentos e trinta e um mil, trezentos e quarenta e cinco reais), equivalente a US\$ 3.772.000,00 (três milhões, setecentos e setenta e dois mil dólares dos Estados Unidos da América).

A CIDH também cita a exposição de motivos da Lei nº 9.140/95, para a qual não resta dúvida de que o Estado brasileiro assumiu a responsabilidade pelas graves violações de direitos humanos, *verbis*:

114. (...) O reconhecimento pelo Estado dos desaparecidos e das pessoas que tenham falecido por causas não naturais [...] traduz o restabelecimento dos direitos fundamentais de tais pessoas e uma forma de reparação que [...] alcance a justiça que o Estado brasileiro deve a quem seus agentes tenham causado danos. [...] a lista [de desaparecidos] arrola 136 pessoas que foram detidas por agentes [...] pertencentes aos vários braços do que se chamou sistema de segurança do regime de exceção que o Brasil viveu e, a partir daí, delas nunca mais se teve qualquer notícia. Caracterizou-se, assim, um ilícito de gravidade máxima praticado por agentes públicos ou a serviço do poder público: deviam guardar quem tinham sob sua responsabilidade e não o fizeram.

Arremata a Corte, *verbis*:

118. Com base no exposto, o Tribunal conclui que não há controvérsia quanto aos fatos do desaparecimento forçado dos integrantes da Guerrilha do Araguaia, nem da responsabilidade estatal a esse respeito (...)

121. A modo de conclusão, com base nas informações do Estado e nas considerações anteriores, o Tribunal encontra provado que, entre os anos 1972 e 1974, na região conhecida como Araguaia, agentes estatais foram responsáveis pelo desaparecimento forçado de 62 pessoas identificadas como supostas vítimas do presente caso. Transcorridos mais de 38 anos, contados do início dos desaparecimentos forçados, somente foram identificados os restos mortais de duas delas. O Estado continua sem definir o paradeiro das 60 vítimas desaparecidas restantes, na medida em que, até a presente data, não ofereceu uma resposta determinante sobre seus destinos. A esse respeito, o Tribunal reitera que o desaparecimento forçado tem caráter permanente e persiste enquanto não se conheça o paradeiro da vítima ou se encontrem seus restos, de modo que se determine com certeza sua identidade.

125. Em consideração ao exposto anteriormente, a Corte Interamericana conclui que o Estado é responsável pelo desaparecimento forçado e, portanto, pela violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal, estabelecidos, respectivamente, nos artigos 3, 4, 5 e 7, em relação ao artigo 1.1, da Convenção Americana, em prejuízo das seguintes pessoas: (...)

Nas suas conclusões, a Corte declara:

325 (...)

4. O Estado é responsável pelo desaparecimento forçado e, portanto, pela violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal, estabelecidos nos artigos 3, 4, 5 e 7 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação com o artigo 1.1 desse instrumento, em prejuízo das pessoas indicadas no parágrafo 125 da presente Sentença, em conformidade com o exposto nos parágrafos 101 a 125 da mesma.

Dessa forma, fica evidente que a nota da SECOM está em flagrante descompasso com a posição oficial do Estado brasileiro, que assumiu responsabilidade pelas mortes, torturas, desaparecimentos praticados por agentes estatais ou em nome dele, sobretudo no caso "Guerrilha do Araguaia". Afasta-se, assim, a possibilidade de versões alternativas. Enseja, outrossim, o direito de resposta dos autores, na condição de vítimas ou parentes de vítimas. A respeito, cabe citar excerto da tão mencionada sentença que, internacionalmente, o Brasil está obrigado a cumprir, *verbis*:

239. No presente caso, a violação do direito à integridade pessoal dos mencionados familiares das vítimas verificou-se em virtude do impacto provocado neles e no seio familiar, em função do desaparecimento forçado de seus entes queridos, da falta de esclarecimento das circunstâncias de sua morte, do desconhecimento de seu paradeiro final e da impossibilidade de dar a seus restos o devido sepultamento. A esse respeito, o perito Endo indicou que "uma das situações que condensa grande parte do sofrimento de décadas é a ausência de sepultamento, o desaparecimento dos corpos [...] e a indisposição dos governos sucessivos na busca dos restos mortais dos de seus familiares", o que "perpetua a lembrança do desaparecido [e] dificulta o desligamento psíquico entre ele e os familiares que ainda vivem", impedindo o encerramento de um ciclo.

No marco legal, encontra-se a Lei nº 13.188/15, cujo texto autoriza o direito de

resposta, o qual se mostra existente na espécie. Transcrevem-se disposições específicas:

Art. 1º Esta Lei disciplina o exercício do direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social.

Art. 2º Ao ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social é assegurado o direito de resposta ou retificação, gratuito e proporcional ao agravo.

§ 1º Para os efeitos desta Lei, considera-se matéria qualquer reportagem, nota ou notícia divulgada por veículo de comunicação social, independentemente do meio ou da plataforma de distribuição, publicação ou transmissão que utilize, cujo conteúdo atente, ainda que por equívoco de informação, contra a honra, a intimidade, a reputação, o conceito, o nome, a marca ou a imagem de pessoa física ou jurídica identificada ou passível de identificação.

A par de a Corte Internacional ter qualificado de vítimas os familiares, é preciso acentuar que se trata de direito à memória e à verdade reconhecida pelo Estado brasileiro, o que enseja a legitimidade e o interesse processuais não só das vítimas, mas de todos brasileiros, já que são fatos históricos que dizem respeito a todos, para a preservação da memória e verdade estabelecida em leis, atos normativos, atos simbólicos, reparações, em que os agentes públicos ou em nome deles são qualificados como algozes, violadores dos direitos humanos e não heróis da pátria, como a nota expõe.

A Comissão Nacional da Verdade, que produziu relatório (14/10/2014) sobre as atrocidades cometidas durante a ditadura, narra pormenorizadamente o caso da guerrilha do Araguaia com citação expressa do "Major Curió", Sebastião Rodrigues de Moura. Referido documento atesta a assunção pelo Estado brasileiro da responsabilidade pelas graves violações de direitos humanos no episódio e o reconhecimento do dever de indenizar as vítimas ou seus sucessores.

A resposta proposta pelas autoras atende aos artigos 2º e 3º da Lei nº 13.188/15. É proporcional ao agravo, no que toca à forma, conteúdo e características. Deverá ser divulgada e publicada em 10 dias (art. 7º). Como não se pode presumir descumprimento de ordem, somente após o prazo estipulado poderá este tribunal fixar multa, na forma do artigo 7º, § 3º.

Por fim, quanto aos argumentos da União nas contrarrazões, referentemente à SECOM ser um veículo de comunicação social, o artigo 2º, § 1º, da Lei nº 13.188/15 é amplo o bastante, sem exclusões, *verbis*:

Art. 2º Ao ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social é assegurado o direito de resposta ou retificação, gratuito e proporcional ao agravo.

§ 1º Para os efeitos desta Lei, considera-se matéria qualquer reportagem, nota ou notícia divulgada por veículo de comunicação social, independentemente do meio ou da plataforma de distribuição, publicação ou transmissão que utilize, cujo conteúdo atente, ainda que por equívoco de informação, contra a honra, a intimidade, a reputação, o conceito, o nome, a marca ou a imagem de pessoa física ou jurídica identificada ou passível de identificação.

Insista-se que se trata de direito de resposta e não de retirada de postagem. Nada tem a ver com as ações populares ou ação civil pública que invoca. A publicação já foi feita e, logo, inaceitável falar-se em direito de informar. O que se questiona é o caráter ofensivo e a possibilidade de resposta (arts. 220 e 195, I, CF).

Inaplicáveis a este processo as Lei nº 8437/92, 9494/97 e 12.016/09. A Lei 13.188/15 lhes é posterior e especialíssima em relação a elas e prevê no artigo 7º a medida antecipatória, assim como em sede do tribunal (artigo 10). Sob esse aspecto, prevalece também sobre o novo CPC, que é anterior e genérico.

A postagem foi feita. Assim, nenhum óbice ao direito de informar. O que se questiona é a ofensividade do texto e imagem, o que foi analisado anteriormente. Mais uma vez, a União se utiliza de argumentos e jurisprudência que deve ter apresentado em ações populares (art. 5º, XIV, e 37, § 1º, da CF).

A diferenciação criada para as publicações em redes sociais, seja porque têm condão de ofender, seja porque o art. 2º, § 1º, da Lei nº 13.188/15 não exclui qualquer veículo de comunicação, é descabida.

Por fim, o direito de resposta está explicitamente previsto como direito fundamental no art. 5º, inciso V, da Constituição Federal e a Lei nº 13.188/15 nada mais fez que lhe dar efetividade.

Ante o exposto, **dou provimento à apelação**, a fim de determinar

a veiculação, no prazo de dez dias, no mesmo horário e sem restrições de destinatários, com o mesmo destaque do agravo (artigo 2º, § 2º, da Lei nº 13.188/15) e em todas as redes sociais em que houve a publicação ofensiva (conta oficial da SECOM no Twitter, Instagram e Facebook, além de outros meios possivelmente não identificados pelas vítimas - art. 3º, § 1º, da Lei nº 13.188/15), a seguinte resposta, que deverá ser mantida, de forma permanente, nas redes sociais da SECOM (art. 4º, I, da Lei nº 13.188/15):

"O governo brasileiro, na atuação contra a guerrilha do Araguaia, violou os Direitos Humanos, praticou torturas e homicídios, sendo condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos por tais fatos. Um dos participantes destas violações foi o Major Curió e, portanto, nunca poderá ser chamado de herói. A SECOM retifica a divulgação ilegal que fez sobre o tema, em respeito ao direito à verdade e à memória."

2.Imagem:

Imagem sem texto ou figuras, inteira na cor preta, em iguais proporções à veiculada".

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5010000-84.2020.4.03.6100

RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE

APELANTE: LAURA PETIT DA SILVA, REGINA MARIA MERLINO DIAS DE ALMEIDA, ANGELA MARIA MENDES DE ALMEIDA, MARIA AMELIA DE ALMEIDA TELES, CRIMEIA ALICE SCHMIDT DE ALMEIDA, SUZANA KENIGER LISBOA

Advogado do(a) APELANTE: ANDRE FERREIRA – SP346619-A
Advogado do(a) APELANTE: ANDRE FERREIRA – SP346619-A

Advogado do(a) APELANTE: ANDRE FERREIRA - SP346619-A

APELADO : UNIÃO FEDERAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

DECLARAÇÃO DE VOTO

Os autores, na condição de familiares das alegadas “vítimas” do Major Curió, invocam o direito de resposta por suposta ofensa provocada pelo material publicado pela SECOM.

O eminente Relator deu provimento à apelação, a fim de determinar a veiculação, no prazo de dez dias, no mesmo horário e sem restrições de destinatários, com o mesmo destaque do agravo (artigo 2º, § 2º, da Lei nº 13.188/15) e em todas as redes sociais em que houve a publicação ofensiva (conta oficial da SECOM no Twitter, Instagram e Facebook, além de outros meios possivelmente não identificados pelas vítimas - art. 3º, § 1º, da Lei nº 13.188/15), a seguinte resposta, que deverá ser mantida, de forma permanente, nas redes sociais da SECOM (art. 4º, I, da Lei nº 13.188/15):

"O governo brasileiro, na atuação contra a guerrilha do Araguaia, violou os Direitos Humanos, praticou torturas e homicídios, sendo condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos por tais fatos. Um dos participantes destas violações foi o Major Curió e, portanto, nunca poderá ser chamado de herói. A SECOM retifica a divulgação ilegal que fez sobre o tema, em respeito ao direito à verdade e à memória."

2.Imagem:

Imagem sem texto ou figuras, inteira na cor preta, em iguais proporções à veiculada".

Com a devida vênia, ousou divergir.

Não cabe ao Poder Judiciário decidir sobre a qualificação histórica de determinado período do passado, como se historiador fosse, substituindo-se aos legítimos gestores da SECOM, obrigando-os a publicar texto contrário à compreensão que esposam.

Apenas eventuais ilegalidades ou flagrantes violações à ordem constitucional vigente devem merecer sanção judicial, para a necessária correção de rumos.

Mas não se mostra admissível que uma decisão judicial, por melhor que seja a intenção de seu prolator ao editá-la, venha a substituir o critério de conveniência e oportunidade que rege a edição dos atos da Administração Pública.

Eventual lesão ao direito à memória e à verdade reconhecida pelo Estado

Brasileiro em desfavor dos apelantes, ainda que em substituição processual, deve ser resolvida exclusivamente no plano dareparação civil.

Ademais, nada impede os apelantes de se utilizarem das mesmas redes sociais para rebater aquilo que não consideram verídico e ou mesmo ofensivo, ainda mais diante do fato de não ter havido “qualquer indicação nominal ou pessoal, direta ou indireta” das vítimas da alegada ofensa.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É o voto.

MARCELO SARAIVA
Desembargador Federal

EMENTA

AÇÃO DE DIREITO DE RESPOSTA. SECOM. VEICULAÇÃO EM REDES SOCIAIS DE NOTA SOBRE REUNIÃO ENTRE O PRESIDENTE DA REPÚBLICA E O “MAJOR CURIÓ”, QUE FOI QUALIFICADO COMO HERÓI NACIONAL.

1.- Ação de direito de resposta ajuizada contra a União Federal em razão de a SECOM, em 05.05.2020, ter veiculado, em suas contas oficiais das redes sociais *Twitter*, *Instagram* e *Facebook*, nota sobre reunião ocorrida em 04.05.2020 entre o Exmo. Sr. Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, e Sebastião Rodrigues Moura, "Major Curió". Argumenta-se que a publicação é ultrajante, pois qualifica como “herói nacional” pessoa oficialmente reconhecida pela Comissão Nacional da Verdade como um dos 377 agentes do Estado brasileiro que praticaram crimes contra os direitos humanos no contexto da ditadura civil-militar e retrata de forma difamatória suas vítimas e que os fatos históricos são incontroversos. Assim, o que a SECOM fez com sua publicação foi mentir, desinformar, distorcer os fatos, inverter os papéis de seus atores e ofender.

2. - Rejeitadas as preliminares arguidas nas contrarrazões.

2.1. - A alegada conexão e/ou continência entre a presente ação de direito de resposta e a Ação Popular nº 1026995- 52.2020.4.01.3400, ajuizada perante a 8ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, foi expressamente rechaçada na sentença. Portanto, a questão deveria ter sido impugnada por meio do competente recurso, o que não foi feito, de modo que está preclusa. Repise-se, todavia, que não se configura conexão ou continência entre este pedido e a aludida ação popular. Nesta última a autoria é diversa, assim como *causa petendi* e pedido: promoção pessoal do Presidente da República e requerimento de retirada de postagens e restituição de valores. A mesma situação ocorre

com a ação popular nº 1027385-22.2020.4.013400: diferentes autores e *causa petendi* e pedido semelhantes ao da outra ação popular (arts. 55, 58 e 59, CPC). Conflito entre decisões não pode haver entre direito de resposta pura e simples e a condenação ao ressarcimento de valores por ação pessoal de agente público.

2.2. - Quanto à falta de interesse de agir dos autores, o argumento beira a má-fé. A Secretaria Especial de Comunicação Social da Presidência da República não tem personalidade jurídica e é órgão da União, de modo que, obviamente, responde por ela. Ademais, fez referência, por lapso, à ação popular, inclusive, cita jurisprudência sobre essa modalidade de ação, para enquadrar como reparação o que é um simples direito de resposta. A publicação da SECOM, nos termos em que posta, traz versão da Guerrilha do Araguaia e aponta um agente público como um herói, o que enseja, no mínimo, a resposta das vítimas ou parentes, dentro dos parâmetros estabelecidos pelo próprio Estado brasileiro. Tanto individualmente os autores podem ser enquadrados como ofendidos, como a abrangência do fato histórico justifica o reconhecimento do direito à memória e à verdade, assumido pelo Brasil legalmente como perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

2.3. - A inadequação da via eleita foi acolhida pelo juízo de primeiro grau e é o objeto do apelo, de modo que será apreciada. Diga-se, de qualquer forma, que o rito da Lei de Direito de Resposta é expedito e visa satisfazer o ofendido quanto a publicação ou divulgação de nota ou notícia que atente contra os bens que arrola (art. 2º, § 1º). O direito subjetivo nasce da nota ou notícia, sem necessidade de dilação probatória.

2.4. - Por fim, quanto à impossibilidade de concessão de antecipação de tutela contra o ente público, não há interesse em discutir o tema nesta sede, especialmente à vista da suspensão determinada pelo STJ até o trânsito em julgado.

3. - O texto divulgado pela SECOM exhibe o Tenente-Coronel Sebastião Rodrigues de Moura, a quem atribui a qualidade de herói na Guerrilha do Araguaia, que a combateu e ajudou a "livrar o país de um dos maiores flagelos da História da Humanidade". A nota, entretanto, contrasta com reconhecimentos, posições e atos normativos emanados do Estado brasileiro, a começar pela Lei nº 9.140/95, em que se reconhece sua responsabilidade pelas mortes e desaparecimentos durante o período do regime militar, em decorrência de ações de agentes públicos. Relevante também o livro-relatório "Direito à Memória e à Verdade", publicação da Secretaria Especial Direitos Humanos da Presidência da República, de 2007, no qual o "Major Curió" é citado nominalmente no capítulo dedicado à Guerrilha do Araguaia, com a descrição de agentes do Estado que atuaram na repressão, à revelia de garantias e direitos humanos, na morte, tortura e desaparecimento de pessoas que lá formaram um núcleo de resistência. Mais contundente é a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 24.11.2010, a qual o Brasil está obrigado a cumprir, caso *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs Brasil*, que concluiu que, *verbis*, "O Estado é responsável pelo desaparecimento forçado e, portanto, pela violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal, estabelecidos nos artigos 3, 4, 5 e 7 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação com o artigo 1.1 desse instrumento, em prejuízo das pessoas indicadas no parágrafo 125 da presente Sentença, em conformidade com o exposto nos parágrafos 101 a 125 da mesma."

4. - Fica evidente que a nota da SECOM está em flagrante descompasso coma posição oficial do Estado brasileiro, que assumiu responsabilidade pelas mortes, torturas, desaparecimentos praticados por agentes estatais ou em nome dele, sobretudo no caso "Guerrilha do Araguaia". Afasta-se, assim, a possibilidade de versões alternativas. Enseja, outrossim, o direito de resposta dos autores, na condição de vítimas ou parentesde vítimas.

5. No marco legal, encontra-se a Lei nº 13.188/15, cujo texto autoriza o direito de resposta, o qual se mostra existente na espécie.

6. A par de a Corte Internacional ter qualificado de vítimas os familiares, é preciso acentuar que se trata de direito à memória e à verdade reconhecida pelo Estado brasileiro, o que enseja a legitimidade e o interesse processuais não só das vítimas, masde todos brasileiros, já que são fatos históricos que dizem respeito a todos, para a preservação da memória e verdade estabelecida em leis, atos normativos, atos simbólicos, reparações, em que os agentes públicos ou em nome deles são qualificados como algozes, violadores dos direito humanos e não heróis da pátria, como a nota expõe.

7. A resposta proposta pelas autoras atende aos artigos 2º e 3º da Lei nº 13.188/15. É proporcional ao agravo, no que toca à forma, conteúdo e características. Deverá ser divulgada e publicada em 10 dias (art. 7º). Como não se pode presumir descumprimento de ordem, somente após o prazo estipulado poderá este tribunal fixar multa, na forma do artigo 7º, § 3º.

8. **Apelo provido**, a fim de determinar a veiculação, no prazo de dez dias, no mesmo horário e sem restrições de destinatários, com o mesmo destaque do agravo (artigo 2º, § 2º, da Lei nº 13.188/15) e em todas as redes sociais em que houve apublicação ofensiva (conta oficial da SECOM no Twitter, Instagram e Facebook, além de outros meios possivelmente não identificados pelas vítimas - art. 3º, § 1º, da Lei nº 13.188/15), a seguinte resposta, que deverá ser mantida, de forma permanente, nas redes sociais da SECOM (art. 4º, I, da Lei nº 13.188/15), do texto anteriormente:

"O governo brasileiro, na atuação contra a guerrilha do Araguaia, violou os Direitos Humanos, praticou torturas e homicídios, sendo condenado pela Corte Interamericanade Direitos Humanos por tais fatos. Um dos participantes destas violações foi o Major Curió e, portanto, nunca poderá ser chamado de herói. A SECOM retifica a divulgaçãooilegal que fez sobre o tema, em respeito ao direito à verdade e à memória."

2.Imagem:

Imagem sem texto ou figuras, inteira na cor preta, em iguais proporções à veiculada"

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, por maioria, decidiu dar provimento à apelação, a fim de determinar a veiculação, no prazo

de dez dias, no mesmo horário e sem restrições de destinatários, com o mesmo destaque do agravo (artigo 2º, § 2º, da Lei nº 13.188/15) e em todas as redes sociais em que houve a publicação ofensiva (conta oficial da SECOM no Twitter, Instagram e Facebook, além de outros meios possivelmente não identificados pelas vítimas - art. 3º, § 1º, da Lei nº 13.188/15), a seguinte resposta, que deverá ser mantida, de forma permanente, nas redes sociais da SECOM (art. 4º, I, da Lei nº 13.188/15): O governo brasileiro, na atuação contra a guerrilha do Araguaia, violou os Direitos Humanos, praticou torturas e homicídios, sendo condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos por tais fatos. Um dos participantes destas violações foi o Major Curió e, portanto, nunca poderá ser chamado de herói. A SECOM retifica a divulgação ilegal que fez sobre o tema, em respeito ao direito à verdade e à memória. 2.Imagem:Imagem sem texto ou figuras, inteira na cor preta, em iguais proporções à veiculada, nos termos do voto do Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE (Relator), com quem votaram a Des. Fed. MÔNICA NOBRE e o Juiz Fed. Conv. OTÁVIO PORT. Vencidos o Des. Fed. MARCELO SARAIVA e o Juiz Fed. Conv. SILVA NETO, que negavam provimento à apelação. Fará declaração de voto o Des. Fed. MARCELO SARAIVA. Ausente, justificadamente, a Des. Fed. MARLI FERREIRA, em férias, substituída pelo Juiz Fed. Conv. SILVA NETO, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente j u l g a d o.

Menção honrosa



DECISÃO

Processo nº: **1002389-88.2021.8.26.0297**
 Classe - Assunto: **Procedimento do Juizado Especial Cível - Obrigação de Fazer / Não Fazer**
 Requerente: **Luís Thomaz Pizziguini e outros**
 Requerido: **PREFEITURA MUNICIPAL DE JALES e outro**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **FERNANDO ANTONIO DE LIMA**

Vistos.

EMENTA: DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E DIREITO CONSTITUCIONAL. TUTELA DE URGÊNCIA. OFICIAIS E OFICIAIS DE JUSTIÇA. CATEGORIA EXPOSTA A ELEVADOS RISCOS DE CONTAMINAÇÃO PELA COVID-19. POSSIBILIDADE DE VACINAÇÃO ANTECIPADA, NOS MESMOS MOLDES QUE OS POLICIAIS ESTADUAIS. EXPOSIÇÃO SEMELHANTE A RISCOS DE CONTAMINAÇÃO. DIÁLOGO ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E O DIREITO CONSTITUCIONAL. NECESSIDADE DE SE ESTABELECE UM TRATAMENTO IGUALITÁRIO PARA PESSOAS OU GRUPOS EM SITUAÇÕES FÁTICAS SEMELHANTES. PRINCÍPIO DA IGUALDADE E DA NÃO DISCRIMINAÇÃO RECONHECIDO COMO NORMA DE “JUS COGENS”, CONFORME A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO. JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA QUE VINCULA TODOS OS ÓRGÃOS, INSTITUIÇÕES E PODERES DO ESTADO. PRECEDENTES DA CORTE INTERAMERICANA. CORPUS IURIS INTERNACIONAL – SISTEMAS GLOBAL E REGIONAL INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS. PROTEÇÃO DAS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE MAIOR VULNERABILIDADE À COVID-19 – SISTEMA NACIONAL BRASILEIRO DE PROTEÇÃO À SAÚDE. SISTEMAS NORMATIVO GLOBAL E REGIONAL INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS COMO VERDADEIRAS CONSTITUIÇÕES TRANSNACIONAIS – SUBMISSÃO DE TODAS AS MANIFESTAÇÕES DOS ESTADOS NACIONAIS (CONSTITUIÇÕES E ATOS NORMATIVOS NACIONAIS, ATOS DO PODER EXECUTIVO, DO PODER JUDICIÁRIO E DO PODER LEGISLATIVO ETC.). CONSTITUIÇÕES TRANSNACIONAIS E O BLOCO DE TRANSCONSTITUCIONALIDADE. CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CADH) COMO UMA VERDADEIRA CONSTITUIÇÃO INTERAMERICANA. DIFERENÇA ENTRE BLOCO DE CONVENCIONALIDADE E BLOCO DE TRANSCONSTITUCIONALIDADE. CADH COMO UMA CONSTITUIÇÃO INTERAMERICANA E PARTE DE UMA CONSTITUIÇÃO TRANSNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS COMO UMA VERDADEIRA CORTE CONSTITUCIONAL TRANSNACIONAL. POSSIBILIDADE DE A

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA BRASILEIRA SER INTERPRETADA EM CONJUNTO COM TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS – O PRINCÍPIO DA INTEGRAÇÃO NORMATIVA E O PRINCÍPIO DA INTEGRAÇÃO VALORATIVA - DIREITOS HUMANOS À SAÚDE DOS OFICIAIS E OFICIAIS DE JUSTIÇA EM TEMPOS DE COVID-19. POSSIBILIDADE DE VINDICAR, EM JUÍZO, O DIREITO SOCIAL À SAÚDE, PRINCIPALMENTE EM RELAÇÃO A PESSOA OU GRUPOS EM ALGUMA SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE – PRECEDENTES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. PROTEÇÃO JUDICIAL DO DIREITO À SAÚDE (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL). PROBABILIDADE DO DIREITO ALEGADO. PERIGO NA DEMORA. TUTELA DE URGÊNCIA DEFERIDA, PARA DETERMINAR A VACINAÇÃO IMEDIATA DOS AUTORES CONTRA COVID-19.

1. Trata-se de pedido de ação de obrigação de fazer, com pedido de **TUTELA DE URGÊNCIA**, com vistas a que os autores, Oficiais e Oficiais de Justiça, sejam vacinados ao mesmo tempo que os servidores da área de segurança pública. Sustentam, os requerentes, em breve síntese, que, mesmo em tempos de pandemia, continuam, eles, requerentes, prestando os serviços próprios ao cargo, como intimações pessoais e cumprimentos de decisões judiciais em geral. Em razão disso, alegam que estão bastante expostos ao contágio da Covid-19. Por isso, pleiteiam, a título liminar, que sejam submetidos ao mesmo regime de vacinação próprio dos agentes da segurança pública.

A questão a ser analisada consiste em saber se o Poder Judiciário poderá determinar que os autores possam beneficiar-se das preferências na vacinação, assim como ocorre com os Policiais do Estado de São Paulo. Consta que as Oficiais e Oficiais de Justiça não receberam o mesmo tratamento, embora, em tese, submetidos a riscos semelhantes à contaminação pela Covid-19.

A presente decisão será repartida em seis etapas.

Na primeira etapa, os argumentos se reunirão em torno do chamado **Direito Internacional dos Direitos Humanos**, já que o direito à saúde,

principalmente em graves momentos de epidemia mundial, traduz assunto que escapa aos limites do território nacional. Em outras palavras, a saúde, principalmente em tempos de pandemia mundial, é tema de legítimo interesse da comunidade internacional, que, contemporaneamente, despediu o monopólio do contratualismo interestatal, baseado simplesmente na soberania estatal, para abraçar o ser humano como grande sujeito de direitos na esfera internacional.

A propósito, é nessa primeira etapa que observaremos a possibilidade de estabelecer um rico diálogo entre o **Direito Internacional dos Direitos Humanos e constitucionalismo brasileiro**. Depois da redemocratização do Brasil, com a aprovação da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), que inaugurou um constitucional abertamente valorativo e dialógico com a ordem internacional em termos de proteção da pessoa humana, possibilitou-se uma ampla e produtiva conversação entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Já, na segunda etapa, a análise se prenderá à obrigatoriedade de o Brasil submeter-se à jurisprudência consolidada no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Nesse caso, os precedentes dessa colenda Corte Internacional revelam a importância do **princípio da igualdade e da não discriminação** – verdadeira norma de *jus cogens* –, que deve ser observado por todos os órgãos, instituições e poderes nacionais, sob pena de responsabilidade internacional da República Federativa do Brasil. O princípio da igualdade e da não discriminação servirá como material de apoio, para verificar se é possível conferir um regime idêntico de vacinação dos autores em relação aos policiais estaduais.

Na terceira etapa, a interpretação revelará a existência de um verdadeiro *corpus juris* internacional de proteção dos direitos humanos, concretizado, no que diz respeito aos presentes autos, pelos sistemas global (onusiano) e regional (interamericano) de proteção à saúde. Em complemento, em

abono ao direito à saúde, traçaremos algumas linhas interpretativas sobre o sistema jurídico nacional.

Na quarta etapa, analisaremos os sistemas normativos global (onusiano) e regional (interamericano) de direitos humanos como verdadeiras Constituições Transnacionais. O destaque será para aquilo que denominamos de bloco de transconstitucionalidade, que revela o conteúdo das Constituições Transnacionais – diverso do que se passa com o já conhecido bloco de convencionalidade, que dá ensejo ao reconhecimento da Convenção Americana de Direitos Humanos como uma verdadeira Constituição Interamericana de Direitos Humanos.

Na quinta etapa, estabeleceremos um diálogo entre os sistemas global e regional de proteção dos direitos humanos, de um lado, com o sistema jurídico nacional. A partir daí, desenvolvemos dois princípios – o da integração normativa e da integração valorativa – que permitem uma rica interação entre a ordem jurídica internacional e nacional e precedentes judiciais nacionais e internacionais, sempre com o objetivo de promover, o máximo possível, a proteção dos direitos humanos.

Por fim, na sexta etapa, examinaremos importantes precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Supremo Tribunal Federal, de mãos dadas para garantir a plena judicialização do direito à saúde. Aqui se percebe, com clareza, e em termos práticos, o pleno diálogo entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Constitucional, na medida em que ambos, por meio de uma Corte Internacional e uma Corte Nacional, unem-se, a partir de uma jurisprudência construtiva dos direitos humanos, para concretizar o direito social à saúde.

É importante destacar que é impossível ao intérprete dos direitos humanos, embora com sua autonomia no desenvolvimento das próprias ideias,

descartar o apoio fundamental que o diálogo com os grandes juristas proporciona no amadurecimento de uma interpretação inclusiva e emancipadora.

Em específico para a análise deste pedido liminar, grandes pensadores, assim nacionais como estrangeiros, contribuíram para que os rudimentos de uma interpretação jurídica, aqui desenhados, pudessem ganhar vida.

Em seu doutoramento, que resultou num dos livros brasileiros contemporâneos mais importantes para o desenvolvimento de uma interpretação emancipadora – *A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional* –, o, hoje, Pós-Doutor em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), SIDDHARTA LEGALE, desenvolveu a tese de que a Corte Interamericana funciona como um verdadeiro Tribunal Constitucional, e a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), como uma legítima Constituição Interamericana.

Esse jovem e grande jurista, em seus brilhantes trabalhos, e assim nos debates intelectuais com este Magistrado, costuma trabalhar o sistema regional interamericano a partir de uma tripartição: a CADH se torna uma Constituição Interamericana, sob cuja supremacia não de se sujeitar os diplomas internos e a atuação das instituições dos Estados submetidos à CADH; a Comissão Interamericana de Direitos Humanos funcional como um verdadeiro Ministério Público internacional; e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, como um Tribunal Constitucional.

SIDDHARTA LEGALE já teve a oportunidade de nos alertar de que os direitos sociais em geral – incluindo, claro, o direito à saúde – encontram na jurisprudência mais atual da Corte Interamericana a possibilidade de serem jurisdicionalizados.

O eminente Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) explicou que, segundo a Corte Interamericana, o art. 26 da CADH, que prevê o princípio do desenvolvimento progressivo dos direitos sociais, impede que as instituições promovam o retrocesso desses direitos, que devem, cada vez mais, alcançar a plena efetividade. SIDDHARTA LEGALE, aliás, fez menção a dois casos importantes que levam a essa conclusão – *Caso Lagos Del Campo* e *Caso Poblete Vilches* – casos, esses, que examinaremos na sexta etapa e última desta decisão.

De qualquer forma, não podemos perder de vista que “a ciência jurídica é um acúmulo de conhecimentos que só ganha sabor se for temperada com a justiça, a liberdade, a igualdade e a dignidade dos seres humanos”¹.

A propósito, os direitos humanos são uma joia rara, inscrita no recôndito dos textos normativos, e que se capacitam a revelar-se nas obras dos intérpretes sensíveis a percebê-los.

É a partir desses parâmetros que examinaremos o presente pedido de TUTELA DE URGÊNCIA, o qual comporta INTEGRAL DEFERIMENTO.

2. A tutela de urgência exige a presença de, ao menos, dois requisitos: a probabilidade do direito alegado e o perigo na demora caso o pedido emergencial não seja deferido².

3. Quanto ao perigo da demora, há evidente risco de que os autores, pelo trabalho que desempenham, sejam a qualquer momento contaminados pela Covid-19.

¹ Fernando Antônio de Lima. *Sentimentos em pequenas frases*. No prelo.

² Dispõe o art. 300, *caput*, do Código de Processo Civil: “Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”.

Por sua vez, quanto à probabilidade do direito alegado, numa análise prematura da lide, observa-se que, de fato, o Direito aparenta pender favoravelmente à pretensão da inicial.

Por ora, a interpretação aqui desenvolvida se baseará no sistema nacional e internacional de proteção dos direitos humanos.

Em termos do sistema jurídico nacional, é preciso entender que “a dignidade da pessoa humana é tão importante, que eu a considero um elemento inculcado na alma da nossa Constituição, a matéria-prima lapidada no coração do nosso texto constitucional³. Esse constitucionalismo inclusivo e protetivo é aberto, possibilitando um amplo diálogo com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, conforme veremos.

Separaremos, em seis etapas, a análise, para estabelecermos uma mais didática e sistematizada compreensão.

1ª ETAPA: ANÁLISE DOS DIREITOS HUMANOS EM MATÉRIA DE SAÚDE, EM TEMPOS DE COVID-19, TRANSCENDE O ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNO – O DIÁLOGO ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E O DIREITO CONSTITUCIONAL

4. Os Oficiais e as Oficiais de Justiça encontram-se na linha de frente do Poder Judiciário.

São os Oficiais e as Oficiais de Justiça que fazem intimações/citações em presídios, em hospitais, nas ruas, nas casas, em prontos socorros. São esses

³ Fernando Antônio de Lima. *Sentimentos em pequenas frases*. No prelo.

importantes Servidores e Servidoras do Judiciário que estão em contato frequente com os Agentes da Segurança Pública, cujo auxílio muitas vezes é indispensável para o cumprimento das ordens judiciais. São elas e eles – Oficialas e Oficiais de Justiça – que cumprem as medidas protetivas em tema de violência contra as mulheres, esta outra epidemia que também acomete o tecido social brasileiro.

A natureza do trabalho dos Oficiais e Oficialas de Justiça impede que o serviço seja prestado em *home office*.

Por outro lado, ao que consta, no Estado de São Paulo, os Oficiais e as Oficialas de Justiça não foram contemplados com o plano de vacinação aplicado aos nobres Agentes Públicos da Segurança Pública.

O problema, então, chega ao Poder Judiciário, ao qual cabe a difícil tarefa de verificar se é possível, neste caso específico, interferir na política pública do Poder Executivo, para permitir aos autores a vacinação imediata contra a Covid-19.

5. Aqui, não basta uma análise simples e ensimesmada das regras jurídicas incidentes ao caso. É preciso que o intérprete busque uma pré-compreensão dos problemas da vida, das consequências da decisão em relação à comunidade – já que, neste momento, a vacina é escassa, e vários públicos pretendem o desfrute desse indispensável bem da vida.

É preciso, portanto, que o intérprete tenha a aptidão para encontrar os grandes valores que descansam atrás das normas jurídicas, a partir do elemento humano-existencial que há de governar a interpretação jurídica.

Em outras palavras, em casos difíceis, em que o Judiciário, para concretizar a Constituição, tem que interferir em políticas públicas, cabe ao intérprete gastar o máximo possível a argumentação disponível. O empreendimento vai ao

encontro daquilo que denominamos interpretação madura, contrária à interpretação verde⁴:

“Em outras palavras, as regras jurídicas a interpretação verde as toca no exterior, nas linhas vistas e desenhadas pelos olhos. À interpretação madura, porém, não basta o olhar externo sobre as regras, pois deve ocorrer de as ver no restante, desde a maciez dos valores até a claridade do elemento humano-existencial que o coração das normas faz brilhar”.

6. Para avançarmos em direção à interpretação madura, precisamos compreender que o direito à saúde, em tempos de pandemia, compreende um direito que não se restringe aos limites do Brasil.

As políticas públicas nessa temática influenciam todo o Globo, tendo em vista que a Covid-19 tem alcançado grande parte dos habitantes da Terra.

7. Isso quer dizer que a interpretação jurídica não deve acomodar-se, apenas, ao constitucionalismo interno dos Países. Trata-se de um tema que envolve a comunidade internacional.

Em razão disso, o presente caso concreto há de ser solucionado não apenas a partir do Direito Constitucional brasileiro. É importante destacar o papel que o Direito Internacional dos Direitos Humanos exerce na solução desta lide.

No Brasil, o processo de redemocratização, deflagrado a partir de 1985, desaguando na Constituição de 1988, reinseriu o País na arena internacional de proteção dos direitos humanos. O Direito Internacional dos Direitos Humanos reforça os direitos assegurados na Constituição brasileira. Nesse sentido, o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Constitucional se interagem, de

⁴Fernando Antônio de Lima e Adriana Monteiro Sanches de Lima. *Hermenêutica Tributária: a proteção constitucional dos contribuintes*, pág. 39. 2019.

modo que um interfira no outro, com o objetivo de reunirem forças para a máxima proteção dos direitos humanos⁵.

Infelizmente, ainda é comum que os estudiosos do Direito Constitucional não se arrisquem a interagir com o Direito Internacional, e o contrário também é verdadeiro. No entanto, os dois ramos do Direito têm o mesmo objetivo: resguardar os direitos humanos⁶.

Na quinta etapa desta decisão, anunciaremos os princípios da integração normativa e da integração valorativa, que sistematizam, em termos hermenêuticos, esse diálogo entre as ordens nacionais e internacionais de proteção dos direitos humanos.

8. Quando um direito é reconhecido apenas na esfera doméstica de um País, vindo a ser inscrito na respectiva Constituição, temos os chamados direitos fundamentais.

Quando o mesmo direito ganha espaço em documentos internacionais, passando a ser tutelado pelo sistema global (onusiano – Organização das Nações Unidas) e pelos sistemas regionais (sistema europeu, americano, africano, asiático etc.), temos, então, os denominados direitos humanos.

A partir daí, o direito passa a ser reconhecido e tutelado não apenas no âmbito interno dos Estados, mas, também, no seio da comunidade internacional. Neste último caso, a decisão judicial há de ser fundamentada, inclusive, na jurisprudência dos Tribunais internacionais de Direitos Humanos – no nosso caso,

⁵ Flávia Piovesan. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional*, pág. 97 a 100. 19ª ed. 2021.

⁶ Flávia Piovesan. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional*, pág. 100. 19ª ed. 2021.

nos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos. O Estado que não proteger os direitos humanos pode-se sujeitar à responsabilização internacional⁷.

O constitucionalismo brasileiro, a propósito, permite que as questões relacionadas aos direitos humanos alcancem um diálogo profícuo entre a ordem jurídica nacional e a ordem jurídica internacional⁸.

Esse diálogo revela um ambivalente processo de internacionalização do direito constitucional e de constitucionalização do Direito Internacional⁹.

Dessa maneira, é possível falar-se num **Movimento do “Direito Internacional dos Direitos Humanos”**: os direitos humanos não traduzem assunto interno, mas tema de legítimo internacional¹⁰.

9. Em tema de interpretação dos direitos humanos, não se ignora a força normativa da ordem jurídica interna dos Estados. Não obstante, o intérprete não pode ignorar a ordem jurídica internacional, que assume uma força normativa

⁷ “Os *direitos humanos* são, portanto, direitos protegidos pela ordem internacional (especialmente por meio de tratados multilaterais, globais ou regionais) contra as violações e arbitrariedades que um Estado possa cometer às pessoas sujeitas à sua jurisdição. São direitos indispensáveis a uma vida digna e que, por isso, estabelecem um nível protetivo (*standard*) mínimo que todos os Estados devem respeitar, sob pena de responsabilidade internacional. Assim, os direitos humanos são direitos que garantem às pessoas sujeitas à jurisdição de um dado Estado meios de vindicação de seus direitos, para além do plano interno, nas instâncias internacionais de proteção (v. g., em nosso entorno geográfico, perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que poderá submeter a questão à Corte Internacional de Direitos Humanos” (Valerio de Oliveira Mazzuoli. *Curso de Direitos Humanos*, pág. 24. 8ª ed. 2021).

⁸ Dispõe o art. 4º, inciso II, da Constituição Federal: “Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios (...) II - prevalência dos direitos humanos”.

⁹ Siddarta Legale. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional*, pág. 10. 2ª ed. 2020.

¹⁰ “Ao constituir tema de legítimo interesse internacional, os direitos humanos transcendem e extrapolam o domínio reservado do Estado ou a competência nacional exclusiva” (Flavia Piovesan. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*, pág. 87. 19ª ed. 2021).

tamanha, cuja não observância poderá implicar a responsabilização internacional do Estado.

Nessa temática, os Estados submetem-se aos tratados internacionais de direitos humanos, bem assim à jurisprudência internacional das Cortes Internacionais, principalmente quando tais Estados aderiram às normas e jurisdições internacionais.

2ª ETAPA: PRINCÍPIO DA IGUALDADE E DA NÃO DISCRIMINAÇÃO – NORMA DE “JUS COGENS” – NÃO OBSERVÂNCIA PODE SUJEITAR O ESTADO À RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL – JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, QUE VINCULA TODOS OS PODERES E ÓRGÃOS DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (PODERES JUDICIÁRIO, LEGISLATIVO E EXECUTIVO)

10. Na questão posta nestes autos, é preciso descobrir quais os princípios e normas que tutelam a fruição dos direitos humanos à saúde, tendo em conta a situação de profunda vulnerabilidade que se encontram os requerentes, no que toca à saúde física e mental.

No atual Direito Internacional dos Direitos Humanos, principalmente aquele relacionado à Corte Interamericana dos Direitos Humanos, a jurisprudência internacional já pacificou a necessidade de o intérprete adotar o **princípio da igualdade e da não discriminação**.

11. Na Opinião de Consulta nº 18/13 (OC nº 18/13), a Corte Interamericana de Direitos Humanos fixou o entendimento de que o **princípio da**

igualdade serve como parâmetro de validade para a interpretação de tratados e, também, do direito interno¹¹.

Referida Corte entendeu que existe uma indissociável relação entre a proteção dos direitos humanos e o princípio da igualdade e da não discriminação. Os Estados, então, devem garantir as liberdades e os direitos humanos, sem a promoção de nenhum tipo de discriminação, sob pena de responsabilidade internacional¹².

Isso não significa a impossibilidade de promoverem-se discriminações. Para tanto, é preciso que haja justificação objetiva e razoável, conforme já entendeu a Corte Europeia de Direitos Humanos, em precedente citado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos¹³.

No caso dos autos, de fato, não poderia ser aceitável que outros agentes públicos do Poder Judiciário, trabalhando em sistema de *home office*, pudessem receber o mesmo tratamento dispensado aos agentes públicos da segurança pública.

É que o nível de exposição ao coronavírus é bem menor, para não dizer praticamente inexistente.

Diverso se passa com os Oficiais e as Oficialas de Justiça. O pleno funcionamento do Poder Judiciário depende de que esses agentes públicos saiam às

¹¹ Siddharta Legale. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional*, pág. 69. 2ª ed. 2020.

¹² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso “Condição Jurídica dos Migrantes Indocumentados”. Opinião Consultiva OC-18/13, de 17 de setembro de 2013. item 85, pág. 103. Acnur.org. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf>. Acesso: 7/4/2021.

¹³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso “Condição Jurídica dos Migrantes Indocumentados”. Opinião Consultiva OC-18/13, de 17 de setembro de 2013. item 89, pág. 105. Acnur.org. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf>. Acesso: 7/4/2021.

ruas, promovendo intimações – inclusive em hospitais, prontos socorros - cumprindo medidas protetivas, penhoras, busca e apreensões etc.

Por isso, não há **justificação objetiva e razoável** para o tratamento discriminatório, tendo em vista que esses Serventuários da Justiça encontram-se em posição praticamente idêntica aos agentes da segurança pública.

12. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob cuja jurisdição encontra-se submetida a República Federativa do Brasil, confere uma dignidade especial ao **princípio da igualdade e da não discriminação em matéria de direitos humanos**.

Referida Corte estabelece que esse princípio traduz norma de *jus cogens*¹⁴. Assim, o princípio da igualdade e da não discriminação “(...) impregna toda a atuação do poder do Estado, em quaisquer de suas manifestações, no que se refere ao respeito e à garantia dos direitos humanos¹⁵.

Ainda, quanto ao princípio da igualdade e da não discriminação, **o Estado**, “(...) seja em nível internacional ou no âmbito do ordenamento jurídico, interno, e **por atos de quaisquer de seus Poderes** ou de terceiros que atuam sob sua tolerância, aquiescência ou negligência, **não pode atuar contra o princípio da igualdade e da não discriminação, em prejuízo de um determinado grupo de pessoas** (grifos meus)”¹⁶.

¹⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso “Condição Jurídica dos Migrantes Indocumentados”. Opinião Consultiva OC-18/13, de 17 de setembro de 2013. item 97, pág. 108. Acnur.org. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf>. Acesso: 7/4/2021.

¹⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso “Condição Jurídica dos Migrantes Indocumentados”. Opinião Consultiva OC-18/13, de 17 de setembro de 2013. item 100, pág. 109. Acnur.org. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf>. Acesso: 7/4/2021.

¹⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso “Condição Jurídica dos Migrantes Indocumentados”. Opinião Consultiva OC-18/13, de 17 de setembro de 2013.

O entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que obriga todos os Poderes no âmbito da República Federativa do Brasil, é de que o princípio da igualdade e da não discriminação impregna, influencia, conforma toda e qualquer atuação do Estado.

Assim, o Estado brasileiro, sob o influxo da jurisprudência internacional da Corte Interamericana dos Direitos Humanos, não poderá, de maneira alguma, promover nenhuma discriminação injustificável a nenhum grupo de pessoas.

A discriminação possível é, apenas, aquela que se baseia em fundamentos objetivos e razoáveis.

Ao que parece, pelo fato de os Oficiais e as Oficialas de Justiça exercerem trabalho desumanamente insalubre em tempos de pandemia, não haveria motivo para promover tratamento discriminatório, sob pena de responsabilidade internacional do Estado brasileiro em matéria de direitos humanos¹⁷.

Nesse sentido, ao elevar o princípio da igualdade e da não discriminação à natureza de norma de *jus cogens*, o que fez a Corte Interamericana de Direitos Humanos foi entender que sobre referido princípio “(...) descansa todo o arcabouço jurídico da ordem pública nacional e internacional, tornando-se um princípio fundamental que permeia todo o ordenamento jurídico”¹⁸.

item 100, pág. 109. Acnur.org. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf>. Acesso: 7/4/2021.

¹⁷ Sobre a responsabilidade internacional do Estado, por violação do princípio da igualdade e da não discriminação em matéria de direitos humanos, confira-se: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso “Condição Jurídica dos Migrantes Indocumentados”. Opinião Consultiva OC-18/13, de 17 de setembro de 2013. item 106, pág. 110. Acnur.org. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf>. Acesso: 7/4/2021.

¹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso “Condição Jurídica dos Migrantes Indocumentados”. Opinião Consultiva OC-18/13, de 17 de setembro de 2013. item 101, pág. 109. Acnur.org. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf>. Acesso: 7/4/2021.

Ao que parece, ao menos numa análise inicial, o Estado de São Paulo e o Município de Jales-SP não podem negar-se a vacinar, na mesma ordem a que vêm se submetendo os trabalhadores da segurança pública, os Oficiais e Oficialas de Justiça.

Pensar em sentido contrário poderia implicar a violação de uma norma com natureza de *jus cogens* – o princípio da igualdade e da não discriminação – podendo propiciar a responsabilização internacional em tema de direitos humanos.

13. Aí entramos num dos grandes debates contemporâneos em termos de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Os juízes e juízas nacionais (Poder Judiciário nacional em geral), o Poder Executivo e o Poder Legislativo nacionais têm a obrigação de seguir os entendimentos assinalados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos? Essas mesmas instituições e órgãos do direito interno dos países devem verificar se os atos normativos estatais internos contrariam, ou não, dispositivos de tratados de direitos humanos?

14. A partir da Emenda Constitucional nº 45, reforçou-se a obrigatoriedade de se analisar se os atos normativos estatais, além de se sujeitarem à Constituição nacional, obedecem às convenções de direitos humanos em vigor no Brasil.

Em outras palavras, ao lado do tradicional controle de constitucionalidade, é também obrigatória a realização do controle de convencionalidade dos atos normativos internos. Neste último caso, o intérprete verifica se o ato normativo interno viola ou não convenções internacionais de direitos humanos.

²¹ Valério de Oliveira Mazzuoli. *Curso de Direitos Humanos*, págs. 204 e 205. 8ª ed. 2021.

16. Além de os juízes e juízas terem a obrigação de promover o *controle de convencionalidade* dos atos normativos estatais internos, as decisões judiciais do Brasil devem-se submeter ao entendimento fixado nos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos, a cuja jurisdição o Brasil se submete.

Pode-se afirmar, então, em um plano mais específico, que as **decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos** são obrigatórias, devendo ser observadas pelo Poder Judiciário do Brasil. Não só as referidas decisões, mas também os próprios tratados de direitos humanos em vigor no Brasil.

Essa, aliás, é a jurisprudência internacional consolidada no âmbito da referida Corte Internacional. Vejamos.

No *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no item nº 124 da sentença, estipulou que os juízes e juízas nacionais devem observar os tratados internacionais em vigor no país de origem e as próprias decisões da referida Corte. Assim, o Poder Judiciário nacional deve exercer um *controle de convencionalidade* dos atos normativos estatais internos, tendo como parâmetro os tratados de direitos humanos e as decisões da Corte IDH. Confira-se²²:

“A Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao ímpeto da lei e, por isso, estão obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Porém, **quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam prejudicados pela aplicação de leis contrárias ao seu objeto e fim, e que desde o seu início carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de 'controle de convencionalidade' entre as normas jurídicas sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o**

²² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*. Sentença de 26 de setembro de 2006, item 124, pág. 52. Conselho Nacional [content/uploads/2016/04/7172fb59c130058bc5a96931e41d04e2.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/contenidos/2016/04/7172fb59c130058bc5a96931e41d04e2.pdf).

tratado senão também a interpretação que a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana, fez do mesmo (grifos meus)”.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, pouco tempo depois, debruçou, novamente, sobre o mesmo tema. De novo, o entendimento foi de que os juízes e juízas (ou seja, todo o Judiciário nacional) têm a obrigação, **inclusive de ofício, isto é, sem a provocação da parte**, de efetuar o *controle de convencionalidade dos atos normativos estatais*. Anote-se que a Corte IDH estabeleceu que o Poder Judiciário nacional não tem a faculdade, mas a obrigação de aplicar os tratados de direitos humanos²³:

“Quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que o efeito útil da Convenção não se veja diminuído ou anulado pela aplicação de leis contrárias às suas disposições, objeto e fim. Em outras palavras, **os órgãos do Poder Judiciário devem exercer não somente um controle de constitucionalidade, senão também de 'convencionalidade' (grifei) ex officio entre as normas internas e a Convenção Americana (grifei)**, evidentemente no marco de suas respectivas competências e dos regulamentos processuais correspondentes (...)”.

Em razão disso, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos já fixou ser obrigatória a aplicação do **princípio da igualdade e da não discriminação em matéria de direitos humanos**, parece-me que não é possível deixar os Oficiais e Oficiais de Justiça ao desamparo do mesmo plano de vacinação aplicável aos agentes públicos brasileiros que compõem o sistema de segurança pública do Estado de São Paulo.

17. Anote-se que a atual jurisprudência da Corte Interamericana exige que as decisões dessa Corte e os tratados de direitos humanos em vigor sejam

²³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso dos Trabalhadores Demitidos do Congresso Vs. Peru*. Sentença de 24 de novembro de 2006, item 128, pág. 44. Site oficial da corte. Costa Rica. Disponível em:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf. Acesso: 8/4/2021.

aplicados não apenas pelo Poder Judiciário, mas, também, por **todos os órgãos estatais que fazem parte da Administração da Justiça**²⁴. Confira-se²⁵:

“Este Tribunal tem estabelecido em sua jurisprudência que é consciente de que as autoridades internas estão sujeitas ao império da lei e, por isso, estão obrigadas a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado é parte de um tratado internacional como a Convenção Americana, **todos os seus órgãos, incluindo os juízes, estão submetidas àquela** (grifei), a qual os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pelas normas contrárias ao seu objeto e fim. Os **juízes e órgãos submetidos à Administração da Justiça estão obrigados a exercer ex officio um 'controle de convencionalidade' entre as normas internas e a Convenção Americana** (grifei), evidentemente no marco de suas respectivas competências e das regulações processuais correspondentes. Nessa tarefa, **os juízes e órgãos vinculados à administração da justiça devem ter em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção** (grifei)”.

18. Posteriormente, o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos evoluiu para determinar que **todos os órgãos do Estado** – não só o Judiciário, não só os órgãos responsáveis pela Administração da Justiça – deverão

²⁴ “Por que cumprir os tratados de direitos humanos contra leis inconventionais? Por que exigir políticas públicas que fomentem mais direitos humanos? Fiquei pensando... A OEA e a Declaração Americana de Direitos Humanos estão explicando isso há 70 anos. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, há 50 anos. O Cançado Trindade e o Antônio Celso e Celso Albuquerque de Mello vem explicando isso há 40 anos. Eu próprio e a Carol Curillo há 10 anos, contando só o tempo como professores por meio de textos, artigos, livros, entrevistas... O Brasil ratificou a Convenção Americana em 1992 e a jurisdição da Corte Interamericana em 1998. Não é possível que depois de tanto tempo ainda seja necessário justificar o óbvio. Essa visão soberanista que rejeita, resiste ou ignora o controle de convencionalidade, além de injustificada, é perversa para os grupos vulneráveis que esperam 15, 20 ou 30 anos para que seus direitos humanos sejam garantidos. **Todo legislador, gestor ou juiz deve cumprir os direitos humanos. Deve ser também uma instituição interamericana. Sem isso, não há democracia nem uma vida em sociedade que valha a pena ser vivida por todos e todas** (grifei)” (Professor Siddharta Legale, da Universidade Federal do Rio de Janeiro).

²⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Sentença de 26 de novembro de 2010, item 225, pág. 86. Sítio ofício da Corte Interamericana de Direitos Humanos. San José, Costa Rica. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf. Acesso: 8/4/2021.

observar **os tratados de direitos humanos em vigor no país e as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Confira-se²⁶:

“Quando um Estado é parte de um tratado internacional como a Convenção Americana, **todos os seus órgãos** (grifei), incluindo seus juízes, estão submetidos àquela, a qual o obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação das normas contrárias ao seu objeto e fim (...)”.

Assim, os Poderes Executivos estadual e municipal deverão velar pelo entendimento consolidado da Corte Interamericana de Direitos Humanos – de que o **princípio da igualdade e da não discriminação em matéria de direitos humanos** constitui *norma de jus cogens*, de aplicação obrigatória por todos os órgãos, poderes e instituições do Estado.

Nesse sentido, as requeridas não poderão promover nenhum tratamento discriminatório, devendo inserir os autores no plano de vacinação aplicável aos agentes que integram a segurança pública estadual.

3ª ETAPA: CORPUS JURIS INTERNACIONAL – SISTEMAS GLOBAL E REGIONAL INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS. PROTEÇÃO DAS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE MAIOR VULNERABILIDADE À COVID-19 – SISTEMA NACIONAL BRASILEIRO DE PROTEÇÃO À SAÚDE

1. Sistemas global e regional interamericano de proteção dos direitos humanos – proteção à saúde de pessoas expostas a situações de vulnerabilidade

19. É possível falar-se em um *sistema global* e em *sistemas regionais de proteção dos direitos humanos*.

²⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gelman vs. Uruguai*. Sentença de 24 de fevereiro de 2011, item 193, pág. 57. Sítio oficial da Corte Interamericana de Direitos Humanos. San José, Costa Rica. Disponível em:

O *sistema global* compreende os instrumentos jurídicos e mecanismos de implementação que pertencem ao sistema de proteção das Nações Unidas – daí o nome *sistema global* ou *onusiano*. Já os *sistemas regionais* compreendem três sistemas: a) regional interamericano; b) europeu; c) africano.

Esses sistemas, ao contrário de se excluírem, na verdade se complementam, reunindo forças conjuntas na proteção efetiva dos direitos humanos.

Passemos a examinar os principais instrumentos normativos que servem para tutelar a saúde dos Oficiais e Oficialas de Justiça, expostos duramente aos riscos da Covid-19, pelo próprio trabalho desempenhado por esses Servidores do Poder Judiciário brasileiro.

1.1. SISTEMA GLOBAL (ONUSIANO) e a proteção à saúde dos Oficiais e Oficialas de Justiça expostos a graves riscos diante da Covid-19

1.1.1. Carta da ONU (Carta das Nações Unidas)

20. Em 1945, foi aprovada a Carta da ONU. Assim, criada a ONU, o respeito às liberdades fundamentais e aos direitos humanos passa a ser preocupação internacional e propósito da própria ONU²⁷.

Pela primeira vez na história humana, os direitos humanos passam a contar com um instrumento jurídico *universal* de proteção. Os direitos e liberdades deixam de ser assunto interno dos Estados, para traduzirem preocupação da comunidade internacional.

Assim, segundo o art. 1º, n.º 3, da Carta das Nações Unidas:

²² Valerio de Oliveira Mazzuoli. *Curso de Direito Internacional Público*, pág. 796. 13ª ed. 2020.

“**Art. 1º** Os propósitos das Nações Unidas são: (...) 3. Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o *respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais* para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião”.

Para isso, a Assembleia-Geral das Nações Unidas deverá iniciar estudos e fazer recomendações, com o objetivo de, dispõe o art. 13, n.º 1, *b*, da Carta da ONU, “promover cooperação internacional nos terrenos econômico, social, cultural, educacional e **sanitário** (grifei) e favorecer o pleno gozo dos *direitos humanos* e das *liberdades fundamentais*, por parte de todos os povos, sem distinção de raça, língua ou religião”.

21. Observa-se que a Carta da ONU, embora sem trazer maiores detalhes sobre os direitos humanos e as liberdades fundamentais, *universaliza* esses direitos e liberdades.

No que toca ao ponto específico desta lide, a Carta da ONU, no citado art. 13, n.º 1, *b*, estipula que o **direito à saúde** traduz uma das possíveis revelações dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

Observa-se, pois, que a Carta da ONU, além de *universalizar* os direitos humanos – incluindo o direito à saúde – deflagrou o chamado *sistema global de proteção dos direitos humanos*²⁸.

Não obstante, a Carta da ONU foi frágil, porque não detalhou os direitos humanos e as liberdades fundamentais.

Apenas três anos depois, é que a ONU, em 1948, aprovou a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, documento, esse, que definiu com

²³ Valerio de Oliveira Mazzuoli. *Curso de Direito Internacional Público*, pág. 798. 13ª ed. 2020.

precisão o elenco dos direitos humanos e das liberdades fundamentais referidos em vários dispositivos da Carta da ONU.

Além disso, foram criados dois importantes Pactos, com o fim de conferir *operatividade* aos direitos previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Em 1966, portanto, a ONU aprovou, em Nova York, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais²⁹.

Em razão disso, é possível dizer que a ONU, para além da Carta das Nações Unidas, possui três grandes pilares jurídicos de proteção internacional e global dos direitos humanos: a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* e os dois *Pactos de Nova York*.

Passemos a analisar esses instrumentos jurídicos, no particular aspecto em que eles mantêm contato estrito com a presente lide.

1.1.2. Declaração Universal dos Direitos Humanos

22. A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi aprovada, unilateralmente, pela Assembleia Geral da ONU, em Paris, sem passar posteriormente pela sistemática dos tratados. Logo, referida Declaração não foi concluída entre os Estados, mas aprovada unilateralmente, no dia 10 de dezembro de 1948, pela Resolução 217 A-III, da Assembleia Geral da ONU³⁰.

Embora não assuma a natureza de um tratado internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos revela-se como uma *norma de jus*

²⁹ Valerio de Oliveira Mazzuoli. *Curso de Direito Internacional Público*, pág. 799. 13ª ed. 2020.

³⁰ Dos 56 países representados na Assembleia Geral da ONU, 48 desses países votaram a favor; nenhum, contra; 8 abstenções (África do Sul, Arábia Saudita, Bielo-Rússia, Iugoslávia, Polônia, Tchecoslováquia, Ucrânia e União Soviética). Confira-se: Valerio de Oliveira Mazzuoli. *Curso de Direito Internacional Público*, pág. 799. 13ª ed. 2020.

cogens, já que se traduz num *código de ética universal de proteção dos direitos humanos*.

Por se tratar de uma *norma de jus cogens*, detalhando os direitos humanos e as liberdades fundamentais genericamente mencionados na Carta da ONU, a Declaração Universal dos Direitos Humanos constitui diploma internacional de observância obrigatória perante os Estados.

23. A Declaração Universal dos Direitos Humanos revelou o reconhecimento, pela primeira vez na história, de **princípios fundamentais**, com a concordância de Estados cuja população abrangia a grande maioria dos seres humanos da terra³¹.

Assim, pela primeira vez, um *sistema de valores universal* foi aprovado, formando-se um consenso de que esse sistema de valores deveria reger os destinos da humanidade. Nem o cristianismo, com sua notável expansão, fora capaz de alcançar a grande parte da população mundial. Só a Declaração Universal dos Direitos Humanos conseguiu desenhar princípios fundamentais universais que passariam a alcançar toda a humanidade³².

24. Nos termos do art. 3º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, “todo o indivíduo tem direito à vida (...)”.

Além disso, nos termos do art. 7º, “(...) todos têm direito a proteção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração (...)”.

Em momento de pandemia do coronavírus, em que, ao menos por ora, não há vacinas para todos, ao Estado brasileiro cumpre organizar-se para vacinar as populações mais vulneráveis.

³¹ Norberto Bobbio. *A Era dos Direitos*, pág. 27. 2004.

³² Norberto Bobbio. *A Era dos Direitos*, pág. 28. 2004.

Assim vem fazendo o Estado de São Paulo, na vacinação dos profissionais da segurança pública, estes últimos bastante vulneráveis à contaminação.

Por outro lado, categorias em *igualdade fática* não podem receber tratamento discriminatório, sob pena de vulneração ao princípio da igualdade, contemplado no art. 7º, e ao direito à vida, previsto no art. 3º, ambos da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

A propósito, segundo o art. 25, n.º 1, do referido diploma internacional, “(...) toda a pessoa tem direito a um nível de vida para lhe assegurar e à sua família a **saúde e o bem-estar** (...)”³³.

Passemos, agora, a analisar os dois Pactos de Nova York, que detalharam, ainda mais, os direitos humanos no sistema global, criando, inclusive, mecanismos de monitoramento e implementação desses direitos.

É importante salientar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, mais os dois Pactos de Nova York, de 1966, compõem a chamada **Carta Internacional dos Direitos Humanos** (*International Bill of Human Rights*). Trata-se do “(...) mosaico protetivo *mínimo* dos direitos humanos contemporâneos, representando a plataforma emancipatória da proteção desses direitos em nível global”³⁴.

1.1.3. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos

³³ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Sítio eletrônico oficial do Ministério Público do Estado de Goiás. Goiânia. Brasil. Disponível em: http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/declaracao_universal_dos_direitos_do_home_m.pdf. Acesso: 8/4/2021.

³⁴ Valerio de Oliveira Mazzuoli. *Curso de Direitos Humanos*, pág. 71. 8ª ed. 2021.

25. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos é o reconhecimento jurídico, no âmbito global, dos direitos de primeira geração, inspirados no iluminismo e nas revoluções liberal (francesa e norte-americana).

A Assembleia Geral da ONU aprovou esse pacto no dia 16 de dezembro de 1966. No Brasil, esse tratado internacional de direitos humanos foi aprovado, no Parlamento federal, por meio do Decreto Legislativo nº 226, de 12 de novembro de 1991, e internamente promulgado pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992.

Segundo o art. 6º, n.º 1, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos³⁵, “o direito à vida é inerente à pessoa humana”.

Os direitos reconhecidos no referido pacto devem dispor de um recurso efetivo no âmbito interno dos Estados, de modo que haja alguma autoridade – em qualquer âmbito (judicial, administrativo ou legislativo) – que possa garantir a efetividade desses direitos.

É o que dispõe o art. 3º, b:

“3. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a:
(...)

“b) Garantir que toda pessoa que interpuser tal recurso terá seu direito determinado pela competente autoridade judicial, administrativa ou legislativa ou por qualquer outra autoridade competente prevista no ordenamento jurídico do Estado em questão; e a desenvolver as possibilidades de recurso judicial”.

Assim, cumpre ao Poder Judiciário brasileiro, aqui representado por este Juizado, garantir a efetividade do direito à vida dos autores – autores, esses, expostos a iminente risco à vida.

³⁵ PACTO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS. Presidência da República. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso: 9/4/2021.

1.1.4. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

26. O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais procura assegurar os direitos de segunda geração, voltados à promoção da igualdade. A aprovação, no âmbito da ONU, ocorreu por meio da Resolução 2200 (XXI), de 16 de dezembro de 1966, entrando em vigor, internacionalmente, no dia 3 de janeiro de 1976.

No Brasil, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos e Sociais e Culturais foi aprovado, juntamente com o pacto mencionado no subitem anterior, pelo Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991, sendo ambos promulgados pelo Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992.

27. Nos termos do art. 12, n.º 1³⁶, “Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental”.

É importante destacar que esse pacto estipula a obrigatoriedade de os Estados garantirem às pessoas a **prevenção, o tratamento e a luta contra as doenças epidêmicas**. É o que dispõe o art. 12, n.º 3, c, segundo o qual “As medidas que os Estados Partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar: (...) c) **A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas**, endêmicas, profissionais e outras, **bem como a luta contra essas doenças** (grifei)”.

Nesse cenário, cumpre ao Brasil tomar todas as medidas possíveis para prevenir o contágio pela Covid-19, principalmente no que se refere àquelas pessoas mais expostas, como é o caso dos autores.

³⁶ PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS ECONÔMICOS E SOCIAIS. Presidência da República. Brasília. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso: 9/4/2021.

1.2. SISTEMA REGIONAL INTERAMERICANO e a proteção à saúde dos Oficiais e Oficialas de Justiça expostos a graves riscos diante da Covid-19

28. A origem histórica do sistema interamericano de direitos humanos se deu com a proclamação da Carta da Organização dos Estados Americanas (Carta da OEA ou *Carta de Bogotá*), no ano de 1948, aprovada em 1969 na 9.^a Conferência Interamericana. Nessa ocasião também foi celebrada a **Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH)** (1969).

A CADH é o instrumento fundamental do sistema americano de direitos humanos. Ela foi assinada em 1969, vindo a entrar em vigor, internacionalmente, no dia 18 de julho de 1978. O Brasil a ratificou no ano de 1992 e a promulgou por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1978³⁷.

É importante destacar que a CADH previu um elenco de direitos civis e políticos (direitos de primeira geração), prevendo apenas genericamente os direitos econômicos, sociais e culturais. Estes últimos vieram mais detalhados pelo Protocolo Adicional à Convenção Americana. Referido protocolo – conhecido como **Protocolo de San Salvador** – foi adotado pela Assembleia Geral da OEA em 1988, entrando em vigor internacionalmente em 1999. Ainda em 1999, o Brasil ratificou o **Protocolo de San Salvador**, promulgado internamente por meio do Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999.

Passemos a analisar esses diplomas normativos internacionais do sistema regional interamericano, naquilo que se refere à presente lide.

1.2.1 Carta da OEA (Carta de Bogotá)

³⁷ Valerio de Oliveira Mazzuoli. *Curso de Direitos Humanos*, pág. 119. 8^a ed. 2021.

29. Nos termos do art. 34, *l*, da Carta da OEA³⁸, os Estados integrantes da OEA devem-se comprometer em garantir “Condições urbanas que proporcionem oportunidades de vida sadia, produtiva e digna”.

Por sua vez, nos termos do art. 3º, *l*, “os Estados americanos proclamam os direitos fundamentais da pessoa humana (...)”.

Assim, por meio da Carta da OEA, o Brasil fica obrigado a ofertar condições que propiciem uma vida sadia, produtiva e digna, assegurando os direitos fundamentais da pessoa humana.

Para isso, neste momento de pandemia, é preciso assegurar especial proteção aos grupos mais vulneráveis à Covid-19.

1.2.2. Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e a justicialidade dos direitos econômicos, sociais e culturais – precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos

30. Nos termos do art. 4º, 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH)³⁹, “toda pessoa tem o direito de que se respeite a vida”.

Por sua vez, nos termos do art. 5º, 1, “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral”.

Nesse sentido, as pessoas mais vulneráveis à epidemia devem ser efetivamente protegidas, com vistas à tutela do direito à vida e à integridade física, psíquica e moral.

³⁸ CARTA DA OEA. Departamento de Direito Internacional da Organização dos Estados Americanos. Washington (EUA). Disponível em: https://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.htm. Acesso: 9/4/2021.

³⁹ CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Presidência da República. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso: 9/4/2021.

1.2.3. Protocolo de San Salvador

31. O Protocolo de San Salvador⁴⁰ estipula, no art. 10, 1, que “toda pessoa tem direito à saúde, compreendendo-se como saúde o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social”.

Para garantir a saúde, tida como um bem público, o Protocolo de San Salvador determina que os Estados promovam a **total imunização contra as doenças infecciosas e a prevenção contra as doenças endêmicas, bem assim a efetivação proteção das pessoas sujeitas a maiores riscos**. É o que dispõe o art. 10, 2, c, d e f: 2. “A fim de tornar efetivo o direito à saúde, os Estados-Partes comprometem-se a reconhecer a saúde como bem público e, especialmente, a adotar as seguintes medidas para garantir esse direito: (...) c) total imunização contra as principais doenças infecciosas; d) prevenção e tratamento das doenças endêmicas, profissionais e de outra natureza (...); f) **satisfação das necessidades de saúde dos grupos de mais alto risco** (grifei) e que, por sua situação de pobreza, sejam mais vulneráveis”.

Assim, como os autores constituem um grupo sujeito aos maiores riscos da Covid-19, cumpre ao Estado brasileiro assegurar a vacinação preferencial aos requerentes.

1.3. SISTEMA JURÍDICO NACIONAL (BRASILEIRO) DE PROTEÇÃO À SAÚDE

1.3.1. Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB)

32. Em várias passagens, a Constituição brasileira assegura o direito à saúde.

⁴⁰ PROTOCOLO DE SAN SALVADOR. Presidência da República. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3321.htm. Acesso: 9/4/2021.

No Título II – dos Direitos e Garantias Fundamentais, temos o Capítulo II, que trata dos direitos sociais. Entre os direitos sociais, compreende-se o **direito fundamental e social à saúde**⁴¹.

Por sua vez, nos termos do art. 196 da CRFB, “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante **políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos** (grifei) e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Nota-se que o Estado brasileiro tem o dever constitucional de adotar políticas públicas que objetivem reduzir os **riscos de doença**.

É que a Constituição, ao apresentar a dignidade humana como um dos eixos fundamentais, acaba por prever a tutela da vida humana em toda a extensão⁴².

Assim, no que se refere aos grupos mais vulneráveis à epidemia da Covid-19, é preciso que o Estado adote políticas públicas especiais.

1.3.2. Lei nº 8.880, de 19 de setembro de 1990

33. A Lei nº 8.880/1990⁴³ determina que o Estado brasileiro promova medidas **que visem à redução de riscos de doenças, já que a saúde constitui direito fundamental do ser humano**⁴⁴.

⁴¹ Dispõe o art. 6º da CRFB: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015\)](#) (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Presidência da República. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: 9/4/2021).

⁴² Maurílio Casas Maia. O dano temporal indenizável e o mero dissabor cronológico no mercado de consumo: quando o tempo é mais que dinheiro – é dignidade e liberdade. *In: Revista de Direito do Consumidor (RDC)*, ano 22, n. 9, março-abril 2014, pág. 162.

Isso significa que os grupos expostos mais fortemente à epidemia da Covid-19 têm o direito à adoção de medidas que possam reduzir o risco de contrair o vírus dessa enfermidade.

4ª ETAPA: SISTEMAS NORMATIVO GLOBAL E REGIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS COMO VERDADEIRAS CONSTITUIÇÕES TRANSNACIONAIS – SUBMISSÃO DE TODAS AS MANIFESTAÇÕES DOS ESTADOS NACIONAIS (CONSTITUIÇÕES E ATOS NORMATIVOS NACIONAIS, ATOS DO PODER EXECUTIVO E DO PODER LEGISLATIVO ETC.)

1. Constituição Transnacional dos Direitos Humanos e o bloco de transconstitucionalidade

34. Analisamos algumas normas jurídicas do sistema global e do sistema regional interamericano de direitos humanos. Também nos ocupamos de algumas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, assegurando o destaque ao princípio da igualdade e da não discriminação.

Foi possível notar que *todos os órgãos, poderes e instituições do Brasil* submetem-se a esse conglomerado normativo internacional e às decisões judiciais emanadas da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Por quê?

É que o conglomerado de tratados internacionais em vigor no Brasil e de normas de *jus cogens* relacionados aos direitos humanos, bem assim a

⁴³ Lei nº 8.880, de 19 de setembro de 1990. Presidência da República. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm. Acesso: 9/4/2021.

⁴⁴ Dispõe o art. 2º, *caput*, e §1º, da Lei nº 8.880/90: “Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. § 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”.

jurisprudência internacional de direitos humanos da Corte Interamericana asseguram essa observância.

Nesse sentido, é possível afirmar que existe uma verdadeira **Constituição Transnacional de Direitos Humanos**, colhida do sistema normativo e judicial dos sistemas global e regional interamericano, que se faz obrigatória no âmbito nacional.

Mais do que isso.

Entendemos que há um **bloco de transconstitucionalidade**, que envolve até mesmo decisões judiciais das Cortes Constitucionais nacionais, a proteger os direitos humanos.

Vejamos o que é **Constituição Transnacional** e o **bloco de transconstitucionalidade**, para, então, assentarmos a necessidade de o Estado brasileiro assegurar o direito prioritário à saúde dos grupos mais vulneráveis à epidemia da Covid-19.

35. O que é uma Constituição Transnacional dos Direitos Humanos? Há práticas internacionais, documentos e convenções internacionais protetivas dos direitos humanos, normas estatais internas de tutela dos direitos fundamentais, decisões das Cortes Internacionais de Direitos Humanos e das Cortes Constitucionais, enfim, normas e práticas que possam fundamentar a ideia de um bloco transconstitucional de proteção dos direitos humanos?

36. Entendemos que sim. A propósito, há um conjunto de diplomas internacionais e de decisões judiciais, encontrados no direito internacional e no direito nacional, protetivos dos direitos à saúde de grupos vulneráveis e que compõem uma verdadeira **Constituição Transnacional de Proteção dos Direitos Humanos à Saúde de Grupos em Situação de Vulnerabilidade**.

Isso significa que uma norma de direito interno que violar a Constituição Transnacional se submeterá ao controle de transconstitucionalidade, tornando-se, portanto, nula. Mesmo uma norma encontrada numa Constituição nacional deverá respeitar a Constituição Transnacional de Proteção dos Direitos Humanos, sob pena de nulidade.

No mesmo sentido, uma norma de direito internacional, que violar a Constituição Transnacional, receberá esse mesmo tratamento.

37. Cada vez mais, as Cortes Internacionais de Direitos Humanos e, mesmo, as Cortes Constitucionais nacionais têm-se utilizado, na proteção dos direitos humanos, de um discurso muito parecido com o discurso constitucional.

Normas de direito estatal, por exemplo, têm sido anuladas, quando desrespeitam as práticas internacionais, princípios gerais do direito internacional e normas internacionais de proteção dos direitos humanos.

Pode-se dizer que, no atual estágio do Direito Internacional dos Direitos Humanos, existem verdadeiras Constituições Transnacionais, dentro das quais estão esses grandes princípios gerais, as práticas e normas internacionais, a jurisprudência internacional dos direitos humanos.

38. A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e a Convenção Europeia de Direitos Humanos, por exemplo, fazem parte da chamada Constituição Transnacional – Constituição Transnacional Interamericana e Constituição Transnacional Europeia, respectivamente.

Uma Constituição Transconstitucional contém um bloco de transconstitucionalidade, isto é, um conjunto de normas e princípios, de práticas e jurisprudências internacionais que transcendem, que vão além daquilo que conhecemos como Constituição. Daí a presença do prefixo *trans*, que significa “ir além”, “transpor”, “ultrapassar”.

39. Precisamos analisar os dois termos (Constituição + Transnacional). A ideia de Constituição remete às Constituições internas dos Estados, com todas as características e todos os institutos que cercam as Constituições. Se há o princípio da supremacia da Constituição, há, igualmente, o princípio da supremacia da Constituição Transnacional. Assim, uma norma de direito interno, mesmo que presente na Constituição nacional, se violar a Constituição Transnacional, será inválida.

“Transnacional”, por sua vez, quer dizer algo que vai além dos Estados. Os direitos humanos, que se reúnem no seio da Constituição Transnacional, revelam valores que transcendem, que vão além da normatividade estatal, configurando grandes princípios gerais, normas de *jus cogens*, inderrogáveis, que traduzem valores jurídicos universais.

1.1. Conteúdo de uma Constituição Transnacional

41. Uma Constituição Transnacional não se limita às Convenções Internacionais de proteção dos Direitos Humanos. É claro que essas Convenções figuram como as normas e os princípios que, por excelência, pela própria natureza, corporificam a expressão máxima de uma Constituição Transnacional.

É que essas Convenções revelam princípios e normas superiores de proteção internacional dos direitos humanos e, por isso, encaixam-se, com perfeição, na ideia de Constituição Transnacional.

Não obstante, a Constituição Transnacional é composta de uma variedade de elementos, desde que esses elementos se afinem com os direitos humanos e com os grandes princípios jurídicos universais referentes aos valores caros à humanidade.

Por isso é que, em termos de Constituição Transnacional, além das Convenções Internacionais de Direitos Humanos, podemos situar práticas das organizações internacionais, a jurisprudência internacional, normas estatais tutelares da dignidade humana, costumes, princípios gerais do direito, declarações de direitos humanos, enfim, tudo aquilo que vise a preservar os direitos humanos.

42. A propósito, não podemos negar que a jurisprudência internacional constitui uma fonte material de produção de Direito. A bibliografia especializada mais atualizada dedica uma especial atenção para a atuação legiferante (*law-making*) exercida pelos Tribunais Internacionais contemporâneos⁴⁵.

É certo que a doutrina majoritária ainda entende que as decisões judiciárias figuram como *meio auxiliar* para determinar as regras de direito, porque as decisões judiciais não criam, apenas interpretam o direito⁴⁶. Assim, a jurisprudência internacional, por essa linha de pensamento, não constitui *fonte de direito*. Além disso, segundo o art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ), as fontes do Direito Internacional são, apenas, as *convenções internacionais*, o *costume internacional* e os *princípios gerais de direito*. O mesmo art. 38 insere as decisões judiciais como *meios auxiliares das regras de direito*, e não como fontes do Direito⁴⁷.

Esse argumento não se sustenta, porém. Atualmente, as fontes do Direito não são apenas aquelas tradicionalmente formais. Há todo um processo

⁴⁵ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direito das Organizações Internacionais*. 6ª ed. Belo Horizonte: Brasil, 2014, p. XIII. ISBN 978-85-384-0367-8.

⁴⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*, p. 67. Rio de Janeiro: Forense, 2020. ISBN 978-85-309-9003-9.

⁴⁷ Dispõe o art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça: “1. A Corte, cuja função seja decidir conforme o direito internacional as controvérsias que sejam submetidas, deverá aplicar; 2. as convenções internacionais, sejam gerais ou particulares, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; 3. o costume internacional como prova de uma prática geralmente aceita como direito; 4. os princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas; 5. as decisões judiciais e as doutrinas dos publicitários de maior competência das diversas nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito, sem prejuízo do disposto no Artigo 59 (...)”.

informal de construção do Direito, processo, esse, do qual participa a jurisprudência consolidada dos Tribunais.

As decisões judiciais, nesse ponto, acabam funcionando como parâmetros para novas interpretações judiciais e, até mesmo, para a conduta dos Estados e dos particulares. Daí se pode dizer que a jurisprudência não apenas interpreta, mas cria o próprio Direito, revelando padrões de comportamento a serem seguidos.

Interpretar é criar, é transformar uma coisa em outra. Quando se interpreta o texto legal, transforma-se, o texto, em norma. As normas resultam da interpretação. O ordenamento jurídico não é um conjunto de normas, mas um conjunto de possibilidades de normas. O que está, por exemplo, na Constituição não é norma, mas um conjunto de enunciados, de textos, que só se transforma em normas após a interpretação⁴⁸.

É correto distinguir, a partir da *teoria estruturante de Friedrich Müller, texto normativo e norma*. Esta última toma como ponto de partida o texto normativo, para avançar e construir a interpretação. A norma, que resulta de um processo construtivo, é, na verdade, um processo de criação do significado do texto. Em outras palavras, a *norma* é a produção do Direito⁴⁹.

Por isso, não temos dúvida de que a jurisprudência internacional de direitos humanos traduz inegável fonte de direito, porque, ao interpretar os textos, acaba por criar direito – o direito dos direitos humanos⁵⁰.

⁴⁸ GRAU, Eros Roberto. Palestra na Universidade Estadual do Rio Grande do Norte. Dezembro de 2010.

⁴⁹ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 22 e 23. ISBN 978-85-203-3742-4.

⁵⁰ Da mesma maneira faz Laurence Tribe, ao interpretar a Constituição dos Estados Unidos. Segundo o professor da Universidade de Harvard, não é possível fazer uma interpretação ensimesmada da Constituição dos Estados Unidos, a qual é um documento legislativo que não vê e não sente. O correto é partir para uma interpretação que congregue o texto legislativo constitucional com as decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos. Assim, é

De qualquer forma, “(...) costume internacional *resulta* da prática geral e consistente (para além de *uniforme*) dos atores da sociedade internacional em reconhecer como *válida e juridicamente* exigível determinada obrigação”⁵¹. Se a jurisprudência internacional, por si só considerada, não é fonte de direito, essa mesma jurisprudência internacional, como resultante de uma prática geral e consistente de atores da sociedade internacional, acaba configurando um verdadeiro *costume internacional*. Desse modo, por ser costume internacional, a jurisprudência internacional, de meio auxiliar do Direito, transforma-se em verdadeira fonte do Direito.

43. As fontes do Direito não se limitam, apenas, ao direito legal, ao direito das normas jurídicas. Há, sempre, um *processo juris-sociológico de produção do direito*, de modo que o nascedouro do Direito não está, apenas, nos regulamentos legais, mas, também, por exemplo, nos contratos, nas sentenças, nas convenções coletivas de trabalho, nas normas privadas das empresas e, até mesmo, no “direito achado na rua”⁵².

44. As Constituições nacionais, embora relevantes no plano interno e internacional, perderam o primado de únicas normas superiores. Não há mais um “*monopólio estatal de normação* constitucionalmente consagrado”. É preciso articular, de forma inovadora, o direito interno com os fenômenos da internacionalização e supranacionalização do Direito⁵³.

possível falar-se em um corpo jurídico, que é composto pelos dispositivos da Constituição e pelas decisões da Suprema Corte dos Estados (TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*, volume 1, 3ª ed. New York: Foundation Presse, p. 3. ISBN 1-56662-714-1). Nota-se que as decisões judiciais passam a ter uma força criadora do Direito, tendo como material de apoio os textos legislativos. Os textos legislativos, sozinhos, não criam, não sentem, não veem. Sem dúvida alguma, esse pensamento jurídico revela a vida criativa que a jurisprudência confere ao Direito, de tal forma que os diplomas legislativos, sozinhos, nada desempenham no terreno jurídico.

⁵¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*, p. 71. Rio de Janeiro: Forense, 2020. ISBN 978-85-309-9003-9.

⁵² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. 6ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 703. ISBN 978-972-40-2106-5.

⁵³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. 6ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 703. ISBN 978-972-40-2106-5.

Daí surge o fenômeno das Constituições Transnacionais, que integram não apenas o direito interno e o direito internacional protetores dos direitos humanos, mas, também, práticas internacionais, decisões das Cortes Internacionais e das Cortes Constitucionais, enfim, todo o material que vise a assegurar os grandes princípios gerais que revelam valores universais da humanidade.

As Constituições Transnacionais, portanto, não são apenas as normas e princípios jurídicos de direito interno e de direito internacional relacionados aos direitos humanos. Tudo o que, de alguma forma, constitua alguma prática, alguma decisão, alguma revelação reiterada que vise a tutelar os direitos humanos e os valores universais poderá enquadrar-se na normatividade das Constituições Transnacionais.

1.2. CADH como uma Constituição Interamericana, e não como uma Constituição Transnacional – a diferença entre controle de convencionalidade e controle de transconstitucionalidade

45. Autores contemporâneos vêm defendendo a tese de que existem Constituições transnacionais, isto é, fora dos Estados. Assim, há as Constituições globais, como a Carta da ONU; Constitucionais parciais, como a Carta da OIT e a Carta da OMC; Constituições supranacionais ou regionais, como a Constituição da União Europeia. Neste último caso, o Tribunal de Justiça da União Europeia costuma fazer menção ao princípio da supremacia do direito comunitário, embora não tenha sido aprovado o tratado que instituiu a Constituição para a Europa⁵⁴.

Entendo parcialmente correto esse posicionamento.

De fato, a Carta da ONU, a Convenção Europeia de Direitos Humanos, a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) servem como parâmetro de validade de outras normas e das condutas dos Estados.

Podemos falar que cada uma delas traduz uma verdadeira Constituição internacional. A CADH, por exemplo, pode ser vista como uma Constituição Interamericana.

Embora a CADH possa ser vista como uma Constituição Interamericana, não se trata de uma verdadeira Constituição Transnacional. Esta última engloba, é certo, a CADH, mas envolve alguns outros elementos, conforme já vimos neste subtópico.

Por isso, a CADH é uma Constituição Interamericana que faz parte de uma ideia maior de uma Constituição Transnacional, a qual apanha, para o seu interior, vários outros elementos.

Daí surge o que chamamos de *bloco de transconstitucionalidade*. Todo esse material que está presente em uma Constituição Transnacional – não apenas a CADH, no caso do sistema interamericano - poderá servir como parâmetro de validade para a análise do direito interno e das condutas ou omissões violadoras dos direitos humanos.

46. É correto, portanto, falar-se em *controle de convencionalidade*, quando uma convenção internacional é colocada como parâmetro de validade para outros atos normativos ou condutas/omissões estatais.

Quando, porém, a transgressão se dá não à convenção, mas, sim, a outros elementos que integram a Constituição Transnacional, o mais correto é dizer *controle de transconstitucionalidade*.

⁵⁴LEGALE, SIDDHARTA. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 7. ISBN 978-65-5510-074-074-7.

47. *Controle de transconstitucionalidade* está para Constituição Transnacional assim como *controle de convencionalidade* está para Convenções internacionais protetivas de direitos humanos.

No sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, podemos afirmar que a Constituição Transnacional engloba a CADH, a Declaração Americana dos Direitos do Homem (*rectius*: Humanos), outros tratados interamericanos de proteção dos direitos humanos, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a jurisprudência dos direitos humanos delineada pelas Cortes Constitucionais nacionais, os direitos humanos alinhavados nas Constituições nacionais. Enfim, todo o material que afirme e realize, com constância, os direitos humanos, fazem parte do bloco de transconstitucionalidade, isto é, da Constituição Transnacional Interamericana.

48. Há um controle convencional, se o parâmetro de validade for apenas a CADH. Mas há um controle transconstitucional, se o parâmetro de validade forem outros elementos que componham a Constituição Transnacional Interamericana.

49. Nestes autos, promovemos um **controle de transconstitucionalidade**. Isso porque não nos limitamos à análise da Convenção Americana de Direito Humanos (CADH); avançamos para a jurisprudência da Corte Interamericana, outros tratados e declarações de direitos humanos do sistema global e do sistema interamericano, bem assim para o sistema nacional brasileiro protetivo da saúde de grupos vulneráveis.

2. Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) como integrante da Constituição Transnacional dos Direitos Humanos; Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) como um Tribunal Constitucional Transnacional

50. A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) se revela como um verdadeiro Tribunal Constitucional Transnacional, ao passo que a

Convenção Interamericana de Direitos Humanos (CADH) apresenta-se como parte de uma Constituição Transnacional, isto é, elemento integrante de uma Constituição fora do Estado.

A CADH, conforme vimos, é uma Constituição Interamericana que faz parte de uma Constituição Transnacional Interamericana.

51. O que ocorre com um Estado que venha a descumprir a CADH? Segundo a OC-14/94⁵⁵, esse Estado poderá vir a ser responsabilizado internacionalmente. Isso significa que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que emite, na jurisdição consultiva, as opiniões consultivas (OCs), exerce um controle de convencionalidade dos atos estatais que desrespeitem a CADH.

Em razão disso, é possível pensar-se em uma *supremacia convencional* da CADH, com a percepção de que há um bloco de convencionalidade e um controle de convencionalidade exercido pela Corte IDH.

Podemos, inclusive, dizer da existência de *cláusulas pétreas de direito internacional*, aproximando, mais uma vez, conceitos do direito constitucional (cláusula pétrea) ao direito internacional dos direitos humanos.

52. Há, mesmo, um *corpus juris* interamericano a ser protegido, com a natureza de um verdadeiro *jus cogens*, isto é, como verdadeiras normas imperativas e inderrogáveis de Direito Internacional.

Não há dúvida de que temos um processo de constitucionalização da CADH, mediante um discurso parecido com o discurso constitucional. O direito internacional dos direitos humanos se vale de institutos e discursos semelhantes ao do direito constitucional, como cláusulas pétreas internacionais, bloco de convencionalidade, controle de convencionalidade.

⁵⁵ OC significa opinião de consulta. É o exercício da jurisdição consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

Em razão disso, afigura-se bastante razoável conceber a existência de *Constituições Transnacionais*, isto é, Constituições fora do Estado. As normas de direitos humanos fazem parte do *jus cogens*, de forma que a CADH pode ser vista como parte de uma Constituição Transnacional. Para tanto, a Corte IDH desempenha, em sua jurisdição consultiva e contenciosa, um processo costumeiro de ascensão da CADH. Além disso, as próprias Cortes Constitucionais de alguns países vêm inserindo no bloco de constitucionalidade as normas da CADH e as interpretações promovidas pela Corte IDH.

53. Antônio Augusto Cançado Trindade exerceu a jurisdição na Corte IDH entre os anos de 1995 e 2006. Quanto à competência, Cançado Trindade delineou o *corpus juris* interamericano que deve ser protegido, bem assim expandiu o conceito de *jus cogens*, integrando, na OC-16/99 (opinião consultiva), o princípio da igualdade e da não discriminação⁵⁶.

Depois que Cançado Trindade saiu da Corte IDH, o processo de constitucionalização da CADH continuou se acelerando, com a aplicação de conceitos e discursos próximos ao direito constitucional pela própria CIDH. De qualquer forma, esse magistrado é que consolidou os seguintes conceitos e institutos: controle difuso de convencionalidade (caso *Almonacid Arellano vs Chile* (2006)); bloco de convencionalidade (caso *Cabrera Garcia Montiel vs México* (2010), de forma que se concebe a supremacia da CADH, que passa a servir como parâmetro de validade para as demais normas do sistema interamericano⁵⁷.

⁵⁶ LEGALE, SIDDHARTA. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 4. ISBN 978-65-5510-074-074-7.

⁵⁷ LEGALE, SIDDHARTA. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 4. ISBN 978-65-5510-074-074-7.

Sob Cançado Trindade, a Corte IDH reconhece um *corpus juris* interamericano, de modo que as “leis de autoanistia” carecem de efeitos jurídicos ao violarem a CIDH (caso Barrios Altos vs Peru)⁵⁸.

Em voto concorrente no caso Gomes Lund vs Brasil (2010), Roberto Caldas defende a existência de uma “Constituição Supranacional de Direitos Humanos”. Não obstante, o termo “supranacional” é ambíguo, devendo ser substituído, no caso, por “Constituição Interamericana”. Esta última expressão identifica o papel exercido pela CADH, por meio de uma combinação dos princípios *pro persona* (art. 29) e desenvolvimento progressivo (art. 26)⁵⁹.

54. Podemos, então, afirmar que a CADH se revela como uma Constituição Interamericana e que integra a Constituição Transnacional. Conforme vimos, esta última abrange a CADH, mas não se reduz à CADH.

55. Por que podemos afirmar que a CADH tem a natureza jurídica de uma Constituição Interamericana, aproximando-se, no âmbito internacional, do papel que as Constituições apresentam no seio dos Estados?

É possível falar-se em Constituição Interamericana ou Constituição fora do Estado, porque há vários elementos que a fazem situar na categoria de uma verdadeira Constituição. Embora o tratado que aprovou a CADH não tenha, formalmente, essa vocação, o certo é que “(...) houve um processo costumeiro de ascensão normativa da mesma por meio do qual a CADH limita, por meio da CIDH [Comissão Interamericana de Direitos Humanos] e da Corte IDH, a ação estatal retirando efeitos jurídicos de normas incompatíveis com seu texto e, ao mesmo

⁵⁸ LEGALE, SIDDHARTA. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 4. ISBN 978-65-5510-074-074-7.

⁴⁵ LEGALE, SIDDHARTA. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 5. ISBN 978-65-5510-074-074-7.

tempo, traça diretrizes que o Estado deve cumprir para implementar os direitos humanos”⁶⁰.

No caso dos autos, analisamos a CADH e verificamos haver dispositivos que protegem a situação jurídica dos autores. A CADH, então, há de ser vista como uma verdadeira Constituição Interamericana – parte de uma Constituição Transnacional -, cujos dispositivos hão de ser respeitados pela jurisdição nacional brasileira e pelas demais instituições nacionais, incluindo o Poder Executivo.

2.1. Corte Interamericana de Direitos Humanos e Cortes Constitucionais: elevação da CADH ao patamar de uma Constituição Interamericana de Direitos Humanos

56. É perceptível que as normas protetivas de direitos humanos caracterizam um *jus cogens*. Nesse sentido, a CADH vem sendo aplicada tanto pelas Corte IDH como, também, pelas Cortes Constitucionais nacionais. A CADH vem sendo utilizada como parâmetro de validade de outras normas⁶¹, desempenhando o papel de uma verdadeira Constituição Interamericana.

57. Não apenas a CIDH vem adotando esse discurso. Cortes Constitucionais nacionais, também, vêm-se apegando à CADH, fazendo desta última uma verdadeira Constituição Interamericana.

A Corte Constitucional da Colômbia (CCC) e a Corte Constitucional do Equador (CCE) por exemplo, costumam integrar, ao seu bloco de constitucionalidade, a jurisprudência interamericana. O Tribunal Plurinacional Constitucional da Bolívia (TCP) entende que a Corte IDH configura uma “engenharia constitucional”. Essas Cortes Constitucionais, em maior ou menor grau,

⁴⁶ LEGALE, SIDDHARTA. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 8. ISBN 978-65-5510-074-074-7.

adotam uma interpretação mais simpática à jurisprudência da Corte Interamericana, assimilando tanto a CADH como a jurisprudência interamericana como partes integrantes do bloco de constitucionalidade⁶².

Por outro lado, embora a Constituição Venezuela integre ao seu bloco de constitucionalidade a CADH, a Sala Constitucional do Tribunal Supremo de Justiça (TSJ) não tem sido simpática à jurisprudência interamericana⁶³.

De qualquer forma, grande parte dos países têm tratado a CADH como uma verdadeira (ou, conforme penso, parte de uma) **Constituição Transnacional** e a Corte IDH como uma verdadeira **Corte Constitucional Transnacional**⁶⁴.

58. Em razão disso, pode-se falar em um “(...) ambivalente processo de internacionalização do direito constitucional e de constitucionalização do direito internacional dos direitos humanos”⁶⁵. Esse processo permite proteger, com maior eficácia, os direitos humanos⁶⁶.

⁶¹ LEGALE, SIDDHARTA. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 7. ISBN 978-65-5510-074-074-7.

⁶² LEGALE, SIDDHARTA. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, pp. 8 e 9. ISBN 978-65-5510-074-074-7.

⁶³ LEGALE, SIDDHARTA. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 9. ISBN 978-65-5510-074-074-7.

⁶⁴ LEGALE, SIDDHARTA. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 9. ISBN 978-65-5510-074-074-7.

⁶⁵ LEGALE, SIDDHARTA. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 10. ISBN 978-65-5510-074-074-7.

⁶⁶ LEGALE, SIDDHARTA. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 9. ISBN 978-65-5510-074-074-7.

2.2. CADH: uma Constituição Interamericana e parte da Constituição Transnacional Interamericana; Corte Interamericana de Direitos Humanos: uma Corte Constitucional Transnacional

59. Por qual motivo podemos falar em constitucionalização do direito internacional dos direitos humanos e em internacionalização do direito constitucional? Por que a Corte IDH pode ser tida como uma Corte Constitucional Transnacional, e a CADH como parte de uma Constituição Transnacional e uma verdadeira Constituição Interamericana? Há três fatores.

Em primeiro lugar, a CIDH vem desempenhando um **papel informal e costumeiro**, por meio da jurisprudência interamericana. Sabe-se que, nos termos do art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ)⁶⁷, a jurisprudência constitui um mecanismo auxiliar ao costume. O costume, por sua vez, é fonte do direito internacional. A jurisprudência interamericana revela o costume. E o costume acaba por elevar a CIDH à categoria de uma Corte Constitucional Transnacional e a CADH à categoria de uma Constituição Transnacional⁶⁸.

Em segundo lugar, houve um amplo acesso à jurisdição internacional, de modo que vários Estados passaram a admitir a jurisdição contenciosa da CIDH. Passou-se a considerar a CADH como um documento normativo vivo, preenchido muitas vezes pela jurisprudência interamericana, como uma prática informal e costumeira caracterizada como fonte do direito internacional. Assim, o direito

⁶⁷ Dispõe o art. 38 do Regulamento da Corte Internacional de Justiça (CIJ): “Art. 38: 1. A Corte, cuja função seja decidir conforme o direito internacional as controvérsias que sejam submetidas, deverá aplicar; (...) 3. o costume internacional como prova de uma prática geralmente aceita como direito; (...) 5. as decisões judiciais e as doutrinas dos publicitários de maior competência das diversas nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito, sem prejuízo do disposto no Artigo 59 (...)”. Disponível em: http://www.fAAP.br/responsabilidadesocial/pdf/carta_onu.pdf. Acesso em: 18/3/2021.

⁶⁸ LEGALE, SIDDHARTA. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 48. ISBN 978-65-5510-074-074-7.

internacional dos direitos humanos não é apenas aquilo que está nos tratados, mas, também, a prática costumeira da jurisprudência internacional⁶⁹.

Em terceiro lugar, as Cortes Constitucionais nacionais têm reconhecido a jurisprudência interamericana como parte do bloco constitucional⁷⁰.

Em quarto lugar, tem-se falado em controle concentrado de convencionalidade, exercido pela Corte IDH, e em controle difuso de convencionalidade, exercido pelo juiz nacional. Em ambos os casos, a CADH vem sendo colocada em patamar hierárquico superior, à qual devem submeter-se tanto a legislação quanto a conduta dos Estados. Ambos os controles de convencionalidade aproximam-se muito de um verdadeiro controle de constitucionalidade, podendo-se falar, no caso de controle de convencionalidade concentrado, numa Corte Constitucional Transnacional. O que faz a Corte IDH é promover a compatibilidade da legislação interna dos Estados à CADH (controle de convencionalidade destrutivo), ou exigir que os Estados criem políticas públicas e legislações protetivas dos direitos humanos (controle de convencionalidade construtivo). Esses dois nomes foram cunhados por Nestor Sagues. No caso *Cabrera Garcia e Montiel Flores vs México* (2010), a CIDH entendeu que a CADH traduz um mecanismo de controle de convencionalidade, mecanismo, esse, que sujeitará as opiniões consultivas, as medidas provisionais e as sentenças dessa corte⁷¹.

60. Um Tribunal Constitucional tem a vocação de proteger a dignidade humana dos grupos vulneráveis e das minorias. No caso da CIDH, essa vocação assume dimensão transnacional. Isso porque o princípio *pro persona* –

⁶⁹ LEGALE, SIDDHARTA. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 10. ISBN 978-65-5510-074-074-7.

⁷⁰ LEGALE, SIDDHARTA. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 11. ISBN 978-65-5510-074-074-7.

⁷¹ LEGALE, SIDDHARTA. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 11. ISBN 978-65-5510-074-074-7.

previsto no art. 29 da CADH⁷² – estipula que se deva adotar a norma mais favorável ao indivíduo, seja esta de natureza nacional ou internacional. Por isso, a CIDH não é apenas um Tribunal Constitucional, mas, sim, um Tribunal Constitucional Transnacional, com a vocação de proteger, no âmbito regional, os grupos vulneráveis e as minorias, tomando como ponto de referência a CADH, tida como uma verdadeira (ou parte de uma, conforme venho defendendo) Constituição Transnacional⁷³.

Assim, a Corte Interamericana se revela como um verdadeiro Tribunal Constitucional Transnacional, ao passo que a CADH se mostra como parte fundamental de uma verdadeira Constituição Transnacional, isto é, uma Constituição fora do Estado.

Em conclusão, a CADH é uma Constituição Interamericana e faz parte, ao lado de outros elementos, da Constituição Transnacional Interamericana.

2.3. Por que avançar para uma ideia de bloco de transtribunalidade, para além do bloco de convencionalidade?

61. Penso que a ideia de uma Constituição Transnacional, à qual foi elevada a CADH, e outros documentos internacionais de proteção dos direitos humanos, traduz uma ideia muito importante a ser desenvolvida.

⁷² Dispõe o art. 29 da CADH – normas de interpretação: “Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza”.

⁷³ LEGALE, SIDDHARTA. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 11. ISBN 978-65-5510-074-074-7.

62. A Constituição Transnacional não são apenas os documentos internacionais de proteção dos direitos humanos. É possível inserir aí, também, dispositivos de direito interno, quando esses dispositivos assumem uma proteção maior aos direitos humanos do que os documentos internacionais.

63. Um caso bem esclarecedor é o das Convenções de Varsóvia e de Montreal, que limitam as indenizações por danos materiais por extravio de bagagens em voos internacionais. O Código de Defesa do Consumidor, no Brasil, porém, prevê o direito à reparação integral⁷⁴. No conflito entre as convenções e os direitos humanos do consumidor, estes deverão prevalecer. Referida norma interna compõe o bloco de transconstitucionalidade presente na Constituição Transnacional Interamericana, que foi violada quando o Supremo Tribunal Federal (brasileiro) entendeu pela prevalência das Convenções de Varsóvia e Montreal⁷⁵.

Conforme se nota, um dispositivo de lei interna protege os direitos humanos de forma mais forte do que um tratado internacional.

Pode-se, então, afirmar que referido dispositivo da lei interna passa a compor, nos conflitos de direito internacional, o próprio conteúdo de uma Constituição Transnacional de direitos humanos.

A propósito, nos termos do já citado art. 29 da CADH, deve-se aplicar a norma mais favorável ao ser humano, seja tal norma de direito interno seja ela de direito internacional.

64. Pode-se, portanto, falar em um **bloco de transconstitucionalidade**, que se compõe não apenas de normas de direito

⁷⁴ Art. 6º, inciso VI, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor – Brasil): “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”.

⁷⁵ Supremo Tribunal Federal, Repercussão Geral (Tema 210): “Por força do artigo 178 da Constituição Federal, as normas e tratados internacionais limitadores da responsabilidade das

internacional de direitos humanos, mas, também, de normas internas estatais, desde que estas últimas tenham como objetivo a proteção do ser humano.

Por isso, devemos avançar para a ideia de *bloco de convencionalidade*, para a ideia de **bloco de transconstitucionalidade**, ao menos em matéria de proteção dos direitos humanos.

65. O **bloco de convencionalidade** se compõem de tratados de direitos humanos. Já o **bloco de transconstitucionalidade** inclui os tratados de direitos humanos e, também, declarações internacionais de direitos humanos e as próprias legislações nacionais protetivas dos direitos humanos.

Não se trata de um simples bloco de convencionalidade, em que as normas de direito interno devem submeter-se às normas de direito internacional. O bloco de transconstitucionalidade revela a possibilidade de uma norma de direito internacional render-se a uma norma de direito interno, desde que esta última proteja, com maior força, o ser humano.

O prefixo *trans* revela que o controle exercido vai além do controle de constitucionalidade. Isso porque é bem possível que uma norma constitucional interna do Estado conflite com o bloco de transconstitucionalidade.

Mas o que revela a superioridade normativa de uma verdadeira Constituição Transnacional? O que permite com que normas de direito interno e de direito internacional acabem sendo atraídas para o bloco transconstitucional?

2.4. O que revela a superioridade normativa de uma Constituição Transnacional?

transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor”.

66. A superioridade normativa da Constituição Transconstitucional se opera na exata medida em que são protegidos, com a máxima eficácia possível, os direitos humanos. Essa proteção máxima se concretiza por meio do reconhecimento de que existem grandes *princípios gerais de direito*, que operam no plano interno e no plano internacional.

Esses grandes *princípios gerais de direito* revelam a “manifestação da consciência jurídica universal”, isto é, a fonte material por excelência do Direito Internacional e se que se afiguram como fonte metajurídica⁷⁶.

Aí estão as grandes bases para superar as “fontes formais” do Direito Internacional, fundadas na vontade dos Estados. O Direito Internacional contemporâneo descansa, também, em fontes materiais vivas, que transcendem as fontes formais e que superam um positivismo anacrônico e desacreditado. É que, acima da vontade dos Estados, encontram-se o bem comum, a consciência humana, de forma que a fonte do Direito Internacional é, sim, o direito dos tratados, mas é, também, a consagração do *jus cogens* e das correspondentes obrigações *erga omnes* de proteção e uma atenção focada nas considerações básicas de humanidade⁷⁷.

67. No caso dos autos, conforme já examinamos, a CADH e os Pactos de Nova York (1999) da ONU funcionam como tratados de direitos humanos elevados à categoria de verdadeiras Constituições Transnacionais.

Essas Constituições Transnacionais servem para proteger a vida e a saúde dos grupos mais vulneráveis à Covid-19, conforme tivemos a oportunidade de tratar.

A violação dessas Constituições Transnacional pode implicar a responsabilização internacional do Estado Brasileiro, de modo que todos os órgãos,

⁷⁶ Cançado Trindade, Antônio Augusto. *Direito das Organizações Internacionais*. 6ª ed. Belo Horizonte: Brasil, 2014, p. XXXI. ISBN 978-85-384-0367-8.

⁷⁷ Cançado Trindade, Antônio Augusto. *Direito das Organizações Internacionais*. 6ª ed. Belo Horizonte: Brasil, 2014, pp. XXXI e XXXII. ISBN 978-85-384-0367-8.

poderes e instituições nacionais prestam reverência a esses tratados internacionais de proteção dos direitos humanos.

**5ª ETAPA: POSSIBILIDADE DE A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA
FEDERATIVA BRASILEIRA SER
INTERPRETADA EM CONJUNTO COM TRATADOS INTERNACIONAIS
DE DIREITOS HUMANOS – O PRINCÍPIO DA INTEGRAÇÃO
NORMATIVA E O PRINCÍPIO DA INTEGRAÇÃO VALORATIVA -
DIREITOS HUMANOS À SAÚDE DOS OFICIAIS E OFICIAIS DE
JUSTIÇA EM TEMPOS DE COVID-19**

1. Coexistência de normas jurídicas das ordens jurídicas interna e internacional – quais dessas ordens jurídicas há de se aplicar?

68. No caso dos autos, veremos que a legislação interna brasileira concorre com a legislação internacional, com o objetivo de proteção dos direitos humanos das pessoas mais vulneráveis à Covid-19.

A propósito, quando se interpretam os direitos humanos, é bastante comum que ao caso concorram legislações dos ordenamentos internos dos Países e, ao mesmo tempo, legislações da ordem jurídica internacional.

Cada vez mais, os tribunais nacionais e internacionais têm combinado as legislações de direito interno e as legislações de direito internacional nessa tarefa interpretativa.

Em outras palavras, nem os tribunais nacionais se restringem ao direito interno, nem os tribunais internacionais se valem, apenas, da legislação de fora dos países.

O problema que surge é o seguinte: há um espaço possível de diálogo entre ambas as ordens jurídicas, ou ambas se excluem?

69. Defendemos o ponto de vista de que há um diálogo possível entre as ordens jurídicas nacional e internacional, na interpretação dos problemas jurídicos relacionados aos direitos humanos.

Há vários princípios interpretativos que nos socorrem nesta tarefa. Nesta lide, basta nos valermos dos *princípios da integração normativa* e da *integração valorativa*, que criamos para solucionar esse problema de interação entre ordens jurídicas nacionais e internacionais.

Anote-se que esse diálogo se dá pela criação de pontos de articulação, sem a exclusão *a priori* das ordens jurídicas interna ou internacional.

Em termos mais específicos, iremos promover uma integração científico-metodológica dos ordenamentos jurídicos internos e internacionais, no que diz respeito à interpretação dos direitos humanos.

Para isso, serão sistematizados e criados princípios de interpretação, de modo que problemas constitucionais e convencionais comuns sejam resolvidos pela articulação entre ordens jurídicas nacionais e internacionais, a partir de uma perspectiva dialogal, não excludente e não hierárquica.

Desde já, deve-se atentar para o fato de que a integração entre as ordens jurídicas interna e internacional não impede que haja um controle de convencionalidade, expulsando do sistema o dispositivo normativo da ordem interna que colida com a ordem internacional, principalmente em tema de proteção de direitos humanos.

O diálogo possível entre os dois ordenamentos jurídicos – interno e internacional – pressupõe a existência de um corpo jusfundamental de princípios e normas de *jus cogens*, que norteará a interpretação da ordem jurídica interna e, até mesmo, da ordem jurídica internacional.

Esses princípios e essas normas de *jus cogens* constituem grandes valores, reunidos em princípios, e em normas de alta carta protetiva dos direitos humanos, encaixando-se numa verdadeira Constituição Transnacional, fora do Estado.

Nessa ideia de Constituição Transnacional, podemos enquadrar, até mesmo, a jurisprudência internacional viabilizadora da proteção dos direitos humanos.

Assim, se o transconstitucionalismo abre o debate, a convivência e a articulação entre as ordens jurídicas interna e internacional, não podemos esquecer a ideia de Constituições Transnacionais, presentes, no nosso caso, no âmbito global e no âmbito regional do sistema interamericano, conforme já apontamos.

Essas Constituições Transnacionais configuram um parâmetro de validade para as normas jurídicas de direito interno e, às vezes, até mesmo para outras normas de Direito Internacional.

2. Princípio da integração normativa

70. Problemas de direitos humanos podem encontrar soluções normativas tanto na ordem jurídica interna quanto na ordem jurídica internacional.

Em geral a solução desses problemas é complexa. Isso exige, muitas vezes, que o intérprete não se limite a invocar os preceitos de direito interno. A combinação das normas internas com as normas internacional pode enriquecer o debate, fornecendo argumentos mais sólidos para o caso.

Esse entrelaçamento entre normas internas e internacionais ganha mais riqueza argumentativa, se o diálogo também se der entre Cortes Nacionais e Internacionais.

O estudo da jurisprudência nacional e da jurisprudência internacional, aliando-se com os dispositivos normativos de cada uma das ordens jurídicas, revela-se um expediente farto para uma solução mais justa e enriquecida com diversos pontos de vista.

71. Há, pelo menos, três modelos possíveis. O primeiro é o chamado *modelo de resistência*, por meio do qual o intérprete se vale do ordenamento jurídico interno, praticamente desprezado a ordem jurídica internacional, sob o argumento de que é preciso preservar a ordem jurídica interna contra as investigadas da globalização.

O segundo é o denominado *modelo de convergência*, por meio do qual as Constituições nacionais serviriam como locais para implementação do direito internacional.

Já o terceiro é o *modelo de articulação*, por meio do qual o direito constitucional interno abre-se para um encadeamento com as fontes e práticas internacionais. O direito internacional não se torna vinculante, mas, também, não é desprezado, transformando-se num meio para testar as próprias tradições jurídicas internas. Há, portanto, uma ponte de articulação entre direito interno e direito internacional, de forma que este último, em vez de arruinar o segundo, empresta subsídios para enriquecê-lo⁷⁸.

O *modelo de articulação* permite uma acumulação de saberes, de forma que as experiências interpretativas sobre o direito interno se aliam às experiências interpretativas sobre o direito internacional.

Esse modelo trabalha na base do diálogo entre fontes, jurisprudência, preceitos de direito nacional e internacional.

⁷⁸ Os modelos de resistência, convergência e articulação foram propostos por Vicki C. Jackson. Confira-se: NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. 1ª ed. 5ª tiragem.

Daí, então, surge o *princípio da integração normativa*. Esse princípio pode ser conceituado como um meio de articulação das normas jurídicas nacionais e internacionais, com vista à solução de problemas jurídicos em geral relacionados à promoção dos direitos humanos.

72. Tribunais nacionais e internacionais já vêm promovendo esse diálogo entre essas duas ordens jurídicas, o que revela a atualidade e a praticabilidade desse princípio, que estamos, desde já, a criar e sistematizar.

Vamos, agora, colher alguns exemplos concretos, em que a jurisprudência nacional e a jurisprudência internacional recolheram elementos normativos das ordens jurídicas internas e internacional, para a solução de casos relacionados aos direitos humanos.

A propósito, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos promoveu a integração entre o sistema normativo interno de Portugal e dispositivos da Convenção Europeia de Direitos Humanos, para condenar o Estado português na indenização por danos morais, por demora não razoável no julgamento de demanda judicial. Interessante que o TEDH articulou-se, inclusive, com decisões do Supremo Tribunal Administrativo de Portugal em relação à matéria⁷⁹.

O que fez o TEDH foi, exatamente, aplicar o *princípio da integração normativa*, a partir de um *modelo de articulação* entre ordenamentos jurídicos internos e internacionais e entre uma Corte Internacional e um Tribunal nacional. Essa troca de experiência normativa e de jurisprudência serviu para fixar os parâmetros ao direito à duração razoável do processo, assinalando-se os requisitos que devem ser atendidos para que a vítima possa obter uma reparação econômica.

⁷⁹ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. Caso Valada Matos c. Portugal, Queixa nº 73768/13. Estrasburgo, julgamento no dia 29/10/2015. [Consult 24 março 2021]. Disponível em: https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/case_valada_matos_neves_portuguese_translation.pdf.

Eis, aqui, o nosso *princípio da integração normativa*, que permite essa articulação normativa e jurisprudencial, atribuindo às instituições nacionais e internacionais um diálogo fecundo na promoção dos direitos humanos⁸⁰.

73. No caso dos autos, o diálogo normativo e jurisprudencial entre as ordens jurídicas global, regional interamericana e brasileira permitiu levar à conclusão de que cabe ao Estado brasileiro promover a vacinação prioritária dos Oficiais e Oficiais de Justiça, expostos grandemente ao risco da contaminação pela Covid-19.

3. Princípio da integração valorativa

74. Quando estudamos, no tópico anterior, o *princípio da integração normativa*, descobrimos a riqueza interpretativa que se recolhe na combinação de ordenamentos jurídicos internos e internacionais e na mistura e aproximação entre as interpretações promovidas pelas Cortes nacionais e internacionais.

Esse empreendimento dialógico é importante, mas insuficiente para a solução dos graves problemas que envolvem a proteção dos direitos humanos.

Há muito mais do que uma simples combinação e um simples diálogo entre ordens jurídicas e entre Cortes.

A interpretação dos direitos humanos requer a percepção de uma *tábua de valores*, que serve como substância imunológica contra as enfermidades que atacam o corpo dos direitos humanos.

⁸⁰ O debate e a discussão são ricos para nos esclarecer melhor. Por isso, quando ouvimos os outros, extraímos deles as ideias que enriquecem os nossos próprios pensamentos, dando, muitas vezes, direção aos argumentos que empregamos (PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação. A nova retórica*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 46. ISBN 85-336-2207-4).

É preciso que o intérprete capte *os valores* por intermédio dos quais se constroem os edifícios dos ordenamentos jurídicos interno e internacional.

Esses valores é que irão atrair as ordens jurídicas nacionais e internacionais no entorno da efetiva proteção dos direitos humanos. A percepção desses valores não é um empreendimento abstrato, mas depende de um mergulho no processo histórico sobre o qual se assenta o problema de direitos humanos que o intérprete há de resolver.

75. Daí podemos conceituar o *princípio da integração valorativa* como um modelo interpretativo que visa a integrar as ordens jurídicas interna e internacional, a partir de valores que iluminam e materializam o respeito aos direitos humanos.

Mas o que é valor? Como esse elemento serve para integrar ordens jurídicas às vezes díspares, às vezes semelhantes?

76. Em filosofia, há duas categorias fundamentais. Uma é o *ser* – aquilo que é; outra, o *valor* – aquilo que vale. Assim, ou vemos as coisas como elas são, ou enxergamos as coisas como elas *devem ser*⁸¹.

Um *homicídio*, por exemplo, pode ser visto a partir de suas causas, das leis de causa e efeito. Assim fazem as ciências naturais, como a Medicina, que verificará quais os fatores determinantes, de ordem fisiológica ou biológica, que levaram à extinção física da vida de um ser humano⁸².

Já o Direito, à frente de um homicídio, não procurará as causas físicas da morte, mas, dentro da *tábua de valores* fixada pelas leis, dirá como *deve ser* o

⁸¹ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, volume I, Tomo I. São Paulo: Saraiva, 1953, p. 179.

⁸² REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, volume I, Tomo I. São Paulo: Saraiva, 1953, p. 60.

comportamento a se adotar. O Delegado, então, por exemplo, vai verificar, diante das circunstâncias do caso, se é possível determinar uma *prisão em flagrante*⁸³.

Assim, as ciências naturais, como a Medicina, verificam o *ser*, isto é, as causas pelas quais alguma coisa é. Já o Direito, como ciência cultural, verifica como algo *deve ser*. Um homicídio tem suas causas físicas e essas causas revelam como a morte é fisicamente, segundo a Medicina. Um homicídio, por outro lado, gera um *dever ser*, um comportamento, a ser determinado pelo Direito. No primeiro caso, o *ser* é ligado à causa; no segundo, o *ser* é ligado ao *dever ser*, de modo que um fato leva a um comportamento a ser adotado, e não à investigação de uma causa fisiológica.

Se o Delegado de Polícia, à frente da investigação de um homicídio, adota um *dever ser*, isto é, efetua a prisão em flagrante, é porque ele, Delegado de Polícia, acaba *tomando posição perante um fato*. O *dever ser*, portanto, refere-se a uma tomada de posição, o que torna relevante, segundo já dizia Rudolf Von Jhering (1818 a 1892) conhecer o *problema dos fins no mundo jurídico*⁸⁴.

77. Quando se interpretam os ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais, o jurista, analisando o material jurídico à disposição, acaba impondo um *dever ser*, sempre se atendo para os fins que devem ser alcançados pelo Direito – no nosso caso, pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Nesse sentido, o Direito não se esgota naquilo que os Estados dizem o que é Direito, mas, sim, nos padrões finalísticos e principiológicos que guardam os grandes interesses, as legítimas aspirações com as quais se abastece o rico manancial da humanidade.

78. O *valor*, portanto, é um *dever-ser*, já que impõe comportamentos a partir de finalidades a serem alcançadas.

⁸³ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, volume I, Tomo I. São Paulo: Saraiva, 1953, p. 181.

⁸⁴ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, volume I, Tomo I. São Paulo: Saraiva, 1953, p. 61.

O valor, a propósito, contém a marca da *bipolaridade*. No valor, detecta-se o bom e o ruim, o lícito e o ilícito, o belo e o feio, o justo e o injusto, o direito e o torto. Valores negativos e positivos existem em conflito, de modo que o sentido de um pressupõe o sentido do outro. A *dinâmica do Direito* resulta desse processo bipolar, nessa tensão entre valores positivos e negativos. O Direito, portanto, existe, porque há a possibilidade de se violarem os valores que a sociedade reputa como essenciais à convivência⁸⁵.

Por isso que se diz que “viver é tomar posição perante valores e integrá-los em nosso 'mundo' ”⁸⁶.

79. O intérprete dos Direitos Humanos, portanto, ao estudar as ordens jurídicas nacionais e internacionais, consegue integrar essas ordens jurídicas diversas, tomando uma posição.

Essa tomada de posição se dá em direção aos valores positivos que governam a boa convivência humana, valores, esses, que se encontram, sim, em geral cristalizados nos dispositivos e princípios jurídicos, mas que dependem, sempre, de uma confrontação com o panorama histórico da época e as peculiaridades do problema concreto a ser resolvido.

80. O processo interpretativo é complexo e envolve não apenas a inteligência, a interpretação das regras jurídicas. O intérprete, portanto, faz uma análise sintática⁸⁷ e semântica⁸⁸ do texto normativo, naquilo que denominamos *momento estático* da interpretação, mas não para por aí.

⁸⁵ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, volume I, Tomo I. São Paulo: Saraiva, 1953, pp. 182 e 183.

⁸⁶ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, volume I, Tomo I. São Paulo: Saraiva, 1953, p. 184.

⁸⁷ A sintática, aqui, é tomada como uma inter-relação promovida aos termos da frase, isto é, uma comparação lógico-linguística que se faz sobre os termos de uma oração, destacando qual a função linguística que cada termo desempenha na frase ou na oração.

⁸⁸ A semântica, aqui, é vista como uma procura pelo significado dos termos de uma frase ou de uma oração.

É preciso, além disso, descobrir os *valores* que se encontram presentes nos ordenamentos jurídicos, enriquecendo a análise sintática e semântica obtida do texto normativo com a substancial tábua de valores que norteia a atuação do Direito. Aqui, neste empreendimento de busca de valores, temos o *momento dinâmico* da interpretação.

Mas isso não basta. O Direito não é uma idealização e uma abstração para ser aplicado no espaço sideral. O Direito existe para solucionar problemas existentes no mundo da vida, e é no mundo da vida que a riqueza interpretativa recolhe os frutos mais poderosos. Essa busca, na interpretação, pela realidade social, política, psicológica e econômica é um empreendimento que demos o nome de *momento referencial* da interpretação jurídica.

Por isso, a interpretação jurídica traduz uma busca complexa do verdadeiro sentido do texto normativo, de modo que exige, do intérprete, um esforço que vai na busca do sentido linguístico do texto (momento estático), com apoio na tábua de valores que governa o sistema jurídico (momento dinâmico), sempre com base nos elementos colhidos da realidade (momento referencial)⁸⁹. Isso significa que “a hospedagem dos fenômenos sociais e econômicos não destrói os alicerces da casa, mas, torna, a casa do Direito, embebida de alegria e de vida”⁹⁰.

81. Enfim, os valores são elementos que integram as ordens jurídicas internas e internacional, com o objetivo de proteção efetiva dos direitos humanos. Essa agregação axiológica é que constitui o objetivo do princípio da integração valorativa⁹¹.

⁸⁹ Para um aprofundamento sobre os momentos da interpretação jurídica, confira-se: LIMA, Fernando Antônio de; LIMA, Adriana Monteiro de. *Hermenêutica tributária: a proteção constitucional dos contribuintes*. Jales, Estado de São Paulo, Brasil: Edição especial dos autores, 2019, pp. 159 a 299. ISBN 978-65-900801-0-3.

⁹⁰ LIMA, Fernando Antônio de; LIMA, Adriana Monteiro de. *Hermenêutica tributária: a proteção constitucional dos contribuintes*. Jales, Estado de São Paulo, Brasil: Edição especial dos autores, 2019, p. 185. ISBN 978-65-900801-0-3

⁹¹ “O ponto de partida e de chegada da justiça internacional em direitos humanos é um só: proteger a dignidade e aliviar o sofrimento de vítimas reais ou potenciais de violação de

82. Assim, o intérprete, ao analisar as ordens jurídicas interna e internacional, descobre os valores por meio dos quais se concretizam os direitos humanos.

Essa tarefa interpretativa envolve a análise sintática e semântica dos textos normativos, sem dispensar o ingrediente da realidade social sob a qual estão aqueles cuja interpretação se destina a proteger.

No caso dos autos, o *valor fundamental* está no *direito à saúde*. A realidade, por sua vez, implica analisar a *situação específica* dos autores – sujeitos ao risco iminente de vida, dada a natureza do trabalho que desempenham no epicentro da epidemia da Covid-19 no Brasil.

Não se pode esquecer, ainda, no seio dos valores tutelados pelas normas objeto de interpretação, que a Corte Interamericana de Direitos Humanos realça o **princípio da igualdade e da não discriminação**.

Mais um caso julgado por essa Corte explicita o que estamos a dizer.

82. No dia 11 de novembro de 1998, uma fábrica de fogos de artifícios, situada na cidade Santo Antônio de Jesus⁹², explodiu. Em razão disso, 64 pessoas morreram e 6 pessoas sobreviveram – entre as vítimas, 22 crianças.

Esse caso chegou à Corte Interamericana de Direitos Humanos, em razão de pedido formulado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos⁹³.

direitos. À luz de um sistema multinível marcado pela abertura e permeabilidade de ordens jurídicas nas esferas global, regional e local verifica-se a força transformadora de impactos mútuos e incidências recíprocas a convergir na melhor e mais eficaz proteção à pessoa humana. Daí o impacto da jurisprudência regional nas esferas locais, no sentido de fomentar avanços e deter retrocessos na proteção de direitos, impulsionando reformas legislativas e em políticas públicas, sob a inspiração do *victim centric approach*” (Flávia Piovesan. *Direitos humanos e Justiça Internacional*, pág. 44. 9ª ed. 2ª tiragem. 2019).

⁹² Estado da Bahia, Brasil.

Para reconhecer o direito das vítimas à reparação econômica, a Corte, cremos, acabou por adotar o nosso *princípio da integração valorativa*. De que maneira?

Os valores em destaque foram o *direito do trabalho* (direito a condições equitativas e satisfatórias que garantam a segurança, a saúde e a higiene no trabalho) e o *princípio da igualdade e da não discriminação*. Em torno desses dois valores fundamentais, a Corte Interamericana de direitos humanos integrou tratados de direitos humanos e a legislação interna do Brasil.

Assim, a Corte entendeu que a proteção do direito a condições de segurança, saúde e higiene do trabalho encontra proteção no *corpus juris* internacional e na legislação interna do Brasil.

Quanto ao *corpus juris* internacional, argumentou-se que o art. 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH)⁹⁴, ao prever o princípio *pro persona*, permite que outros tratados de direitos humanos sejam aplicados. Para tanto, nem é preciso que os Estados tenham aderido a estes últimos tratados⁹⁵.

⁹³ Corte Interamericana de Direitos Humanos. “Caso Empleados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares” vs. Brasil. Sentença de 15 de julho de 2020. [consult 27 março 2021]. Disponível em: http://www.global.org.br/wp-content/uploads/2020/10/Sentencia_Fabrica_de_Fogos.pdf.

⁹⁴ Dispõe o art. 29 da CADH: “Normas de interpretação - Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza” (Convenção Americana de Direitos Humanos. [consult 27 março 2021]. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm).

⁹⁵ Corte Interamericana de Direitos Humanos. “Caso Empleados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares” vs. Brasil. Sentença de 15 de julho de 2020, p. 45. [consult 27 março 2021]. Disponível em: http://www.global.org.br/wp-content/uploads/2020/10/Sentencia_Fabrica_de_Fogos.pdf.

A Corte afirma que não está se comprometendo a utilizar esses tratados de direitos humanos como base para um controle de convencionalidade, nem está assumindo nenhuma competência para cuja apreciação a Corte não é competente. O que se está fazendo, apenas, é aplicar o princípio *pro persona*, previsto no art. 29 da CADH.

Assim, por força do art. 29 da CADH, a Corte Interamericana desenhou um *corpus juris* internacional e, assim, integrou várias legislações internacionais – incluindo, até mesmo, a Declaração Americana de Direitos Humanos e a Convenção de Viena -, a fim de encontrar dispositivos e princípios que tutelassem os direitos das vítimas.

Nesse cenário, a Corte Interamericana aplicou dispositivos dos seguintes diplomas internacionais: CADH, Carta da OEA, Convenção de Viena, Declaração Americana de Direitos Humanos, art. 7º do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o “Protocolo de San Salvador”, Declaração Universal dos Direitos Humanos, Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, Convenção nº 155 da Organização Internacional do Trabalho, entre outros.

Além disso, entendeu-se que o direito a condições adequadas de trabalho (saúde, segurança e higiene) está presente na legislação interna e Constituição dos países que reconhecem a competência da Corte, incluindo a legislação interna e a Constituição do Brasil.

Nota-se que, com base no *valor* presente nas condições adequadas de trabalho, a Corte Interamericana juntou vários diplomas internacionais de proteção dos direitos humanos e a legislação e Constituição do Brasil. Houve, portanto, uma integração perfeita das legislações interna e internacional, em torno de um valor essencial aos direitos humanos. Eis, portanto, o *princípio da integração valorativa*, em sua manifestação mais clara, rica e notável.

Não parou por aí a Corte. Fixou-se o entendimento – aliás, já consolidado na jurisprudência interamericana de proteção dos direitos humanos – que o *princípio da igualdade e da não discriminação* traduz norma de *jus cogens*, isto é, norma imperativa e inderrogável que não precisa vir prevista, expressamente, nos tratados. Esse princípio fundamental (da igualdade e da não discriminação), por isso, serve para iluminar a interpretação de todo o ordenamento jurídico, presidindo à ordem interna e internacional.

A partir desse princípio fundamental, a Corte destacou que as vítimas – em geral mulheres e meninas afrodescendentes - eram pessoas inseridas em situação de pobreza estrutural. Referidas pessoas detinham pouca escolaridade e não havia outra oportunidade de emprego, senão trabalhar na fábrica de produção de fogos de artifício.

O Brasil, então, falhou, ao não promover políticas públicas que pudessem oferecer melhores condições de trabalho a essas pessoas e não fiscalizar as condições de trabalho presentes na aludida fábrica.

Em razão disso, entendeu a Corte Interamericana, a República Federativa do Brasil violou o princípio da igualdade e da não discriminação. O Brasil foi condenado na reparação por danos materiais, no valor de 50 mil dólares, bem assim na reparação por danos morais, no valor de 60 mil dólares, em favor das vítimas falecidas e das vítimas sobreviventes⁹⁶. Além disso, ainda a título de danos morais, a Corte condenou o Brasil ao pagamento de mais 10 mil dólares aos familiares próximos das vítimas.

Novamente aqui, a Corte Interamericana invocou um valor fundamental – advindo do princípio da igualdade e da não discriminação – para integrar as legislações interna e internacional e, assim, promover a defesa

⁹⁶ No caso das vítimas falecidas, naturalmente a reparação será destinada a familiares próximos, segundo determinou a Corte Interamericana.

intransigente dos direitos humanos das vítimas. Eis o *princípio da integração valorativa*.

83. Em síntese, o **princípio da igualdade e da não discriminação** permite, conforme a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que se integrem as ordens jurídicas interna e internacional, com o objetivo de promover uma proteção especial a grupos que se situam em alguma posição de vulnerabilidade.

No caso dos autos, a vulnerabilidade ao direito à saúde permite a integração das ordens jurídicas brasileira e internacional, para promover a proteção específica dos autores, permitindo-lhe a vacinação imediata contra a Covid-19.

6ª ETAPA: POSSIBILIDADE DE VINDICAR, EM JUÍZO, O DIREITO SOCIAL À SAÚDE – JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

1. Linhas gerais

84. É plenamente possível a proteção judicial dos chamados direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA). Esse entendimento encontra-se consolidado no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Supremo Tribunal Federal. Passemos a examinar os precedentes que confirmam essa afirmação.

2. Precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos – proteção judicial dos direitos sociais, principalmente com vistas à proteção de grupos vulneráveis

85. A Corte Interamericana dos Direitos Humanos vem entendendo que os Estados têm o dever jurídico de promover uma aplicação progressiva dos direitos sociais. Esse entendimento da Corte Interamericana se baseia no art. 26 da

Convenção Americana de Direitos Humanos e vem sendo aplicado com maior intensidade para os grupos sociais vulneráveis⁹⁷.

Os direitos econômicos, sociais e culturais – incluindo o direito social à saúde - admitem plena proteção judicial, principalmente quando visam a proteger **direitos de grupos em alguma situação de vulnerabilidade**. Esse é o entendimento que a Corte Interamericana vem aplicando, em diversos precedentes, conforme examinaremos nos subtópicos seguintes.

Em razão disso, à luz da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, entendemos plenamente possível garantir o direito social à saúde dos autores, por meio da vacinação imediata contra a COVID-19, tendo em conta a situação de **extrema vulnerabilidade ao vírus a que estão submetidos os requerentes**.

2.1. Caso *Yakye Axa vs. Paraguai* (2005)

86. No caso *Caso Yakye Axa vs. Paraguai* (2005), a Corte Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu que os povos indígenas “(...) têm direito a medidas específicas que garantam o acesso aos serviços de saúde, que devem ser apropriados sob a perspectiva cultural, incluindo cuidados preventivos, práticas curativas e medicinas tradicionais”⁹⁸.

É importante anotar que a Corte Interamericana determinou que o Estado adotasse providências para assegurar o direito à existência dignidade dessa comunidade indígena. Para tanto, o Estado peruano deveria levar em conta as vulnerabilidades específicas da referida comunidade, assegurando o direito à identidade cultural, o direito ao meio ambiente sadio e, entre outros, o direito à saúde. A Corte se baseou no art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos

⁹⁷ Flávia Piovesan. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. Um estudo comparativo dos sistemas europeu, interamericano e africano, pág. 216. 9ª ed. 2ª tiragem. 2019.

⁹⁸ Flávia Piovesan. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. Um estudo comparativo dos sistemas europeu, interamericano e africano, págs. 216 e 217. 9ª ed. 2ª tiragem. 2019.

(CADH) - que estabelece o princípio da aplicação progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais – e no Protocolo de San Salvador⁹⁹.

87. Esse precedente revela que a Corte Interamericana de Direitos Humanos admite a proteção judicial dos direitos sociais – incluindo o direito à saúde -, principalmente para a preservação dos direitos humanos relacionados aos grupos mais vulneráveis.

É bem o caso dos autos.

Os autores, conforme já dito várias vezes nesta decisão, estão em situação de grave risco de contaminação pela COVID-19. Logo, têm direito à vacinação imediata.

2.2.Caso Suárez Peralta vs. Equador (2013)

88. O caso envolvia a negligência do Estado do Equador quanto à saúde de uma mulher de 22 anos e mãe de três filhos. Houve uma negligente prática médica que afetou gravemente a saúde da vítima, o que provocou diversas intervenções cirúrgicas em total desrespeito à dignidade humana.

Nesse caso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos declarou a responsabilidade internacional do Estado do Equador. O fundamento foi de que se violaram: a) as garantias judiciais e o direito à proteção judicial previstos nos artigos 25 e 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos; b) o direito à integridade pessoal previsto no art. 5º da CADH.

Houve, então, debate em torno do art. 26 da CADH, que prevê o princípio da aplicação ou desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais. Referido dispositivo foi analisado a partir das obrigações previstas

⁹⁹ Flávia Piovesan. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. Um estudo comparativo dos sistemas europeu, interamericano e africano, pág. 216. 9ª ed. 2ª tiragem. 2019.

nos artigos 1º e 2º da CADH, promovendo-se uma interpretação dinâmica e evolutiva, “(...) a endossar a interdependência e a indivisibilidade de todos os direitos humanos, inexistindo hierarquia entre eles, **com especial destaque ao direito à saúde** (grifei), tendo como precedente o caso Acevedo Buendía y otros, bem como o *corpus juris* interamericano em sua integralidade”¹⁰⁰.

2.3. Caso Lagos Del Campo vs. Peru (2017)

89. Neste caso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos declarou a responsabilidade internacional do Peru em razão da demissão injustificada do senhor Alfredo Lagos del Campo. Esse senhor concedeu uma entrevista a um periódico e, por isso, foi injustificadamente demitido.

A Corte Interamericana entendeu que houve afronta ao direito à estabilidade nas relações trabalhistas¹⁰¹, ao direito à liberdade de expressão e de associação¹⁰², bem assim ao direito ao acesso à justiça¹⁰³.

Nesse caso, a Corte Interamericana, pela primeira vez, estabeleceu uma condenação com base no art. 26 da CADH, que estabelece o **princípio do desenvolvimento ou aplicação progressiva dos direitos humanos**. Entendeu-se que os direitos humanos apresentam as características da interdependência, indivisibilidade e integralidade, de modo que não há hierarquia entre os direitos humanos, todos eles exigíveis¹⁰⁴.

Isso significa, segundo a jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que todos os direitos humanos – não só os direitos civis e

¹⁰⁰ Flávia Piovesan. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. Um estudo comparativo dos sistemas europeu, interamericano e africano, pág. 218. 9ª ed. 2ª tiragem. 2019.

¹⁰¹ Base jurídica: art. 26, combinado com os artigos 1º, 13, 8 e 16 da CADH.

¹⁰² Base jurídica: arts. 13 e 16 da CADH.

¹⁰³ Base jurídica: arts. 8º e 25 da CADH.

¹⁰⁴ Flávia Piovesan. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. Um estudo comparativo dos sistemas europeu, interamericano e africano, pág. 219. 9ª ed. 2ª tiragem. 2019.

políticos, mas também os direitos econômicos, sociais e culturais – são passíveis de proteção judicial.

90. No *Caso Lagos Del Campos vs. Peru*¹⁰⁵, a Corte Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu que o **direito social ao trabalho** representa uma derivação do do **princípio do desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais**, previsto no art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH).

Entendeu, então, a Corte Interamericana que existe um *vasto corpus iuris internacional* bem assim *leis internas* que tutelam os direitos sociais ao trabalho.

No aludido caso concreto, com vistas a proteger a estabilidade laboral, a Corte analisou o conteúdo e o alcance do art. 26 da CADH, levando em conta as regras de interpretação previstas no art. 29, *b, c e d*, da CADH¹⁰⁶.

Em outras palavras, a Corte Interamericana acabou por delinear que os direitos econômicos, sociais e culturais devem ser implementados pelos Estados, não podendo haver retrocesso, mas, sim, progressiva efetivação dos referidos direitos. É o **princípio da aplicação ou desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais**, previsto no art. 26 da CADH.

Por sua vez, a Corte Interamericana determina que se utilize da regra de interpretação prevista no art. 29, *b, c e d*, da CADH, o qual estabelece que se deve aplicar a norma mais favorável à proteção dos direitos humanos, seja ela de direito interno ou de direito internacional.

¹⁰⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Costa Rica. *Caso Lagos Del Campo vs. Peru*. Sentença de 31 de agosto de 2017, itens 145 e 146. Site oficial. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/corteidh/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf. Acesso: 11/4/2021.

¹⁰⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Costa Rica. *Caso Lagos Del Campo vs. Peru*. Sentença de 31 de agosto de 2017, item 146. Site oficial. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/corteidh/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf. Acesso: 11/4/2021.

Encontra-se, aí, o entendimento atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de que os direitos sociais desfrutam de proteção jurídica, podendo o titular judicializar a questão, caso referidos direitos não sejam garantidos.

2.4. Caso Poblete Vilches y Otros vs. Chile (2018)

91. Neste caso, a Corte Interamericana garantiu o **direito à saúde de pessoa humana, com ênfase no consentimento informado**. Estabeleceu a Corte que o direito à saúde desfruta de exigibilidade e de justiciabilidade direta, na qualidade de direito autônomo. Assim, “de forma inédita, a Corte se pronunciou sobre a saúde como um direito autônomo, integrante dos direitos econômicos, sociais, culturais, ambientais, com base no artigo 26 e no dever do Estado de conferir observância aos direitos das pessoas idosas”¹⁰⁷.

3. Supremo Tribunal Federal – possibilidade de proteção judicial ao direito à saúde

92. O Supremo Tribunal Federal (STF) assentou o entendimento de que todos os entes da Federação brasileira são, **solidariamente**, responsáveis por demandas prestacionais na área de saúde.

A propósito, em maio de 2019, o STF enfrentou o Tema nº 793, fixando a seguinte tese: “Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro”¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Flávia Piovesan. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. Um estudo comparativo dos sistemas europeu, interamericano e africano, pág. 221. 9ª ed. 2ª tiragem. 2019.

¹⁰⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tema nº 793. Precedente: Plenário, Recurso Extraordinário (RE) 855178, Relator Luiz Fux, Relator para o Acórdão Edson Fachin, julgamento realizado no dia 23/5/2019 e publicado no dia 16/4/2020. Julgamento disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342892719&ext=.pdf>. Acesso: 11/4/2021.

DISPOSITIVO

93. Posto isso, DEFERE-SE a tutela de urgência, de forma que as requeridas promovam, imediatamente, a vacinação dos autores contra a Covid-19.

Dada a urgência do caso, podendo a qualquer momento, pela natureza da atividade que desempenham, os autores sofrerem a contaminação pela COVID-19, **determino que se intime, pessoalmente, o excelentíssimo Prefeito de Jales-SP (ou quem lhe possa fazer as vezes, como o ilustríssimo Secretário Municipal de Saúde), para que promova as medidas necessárias para a vacinação imediata dos requerentes.**

Defiro, conforme requerido, a juntada, no prazo de 5 dias, dos documentos mencionados.

Citem-se.

FERNANDO ANTÔNIO DE LIMA
Juiz de Direito

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6ª ed, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. ISBN 85-02-04929-1.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 23ª tiragem. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direito das Organizações Internacionais*. 6ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. XII. ISBN 978-85-384-0367-8.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. 6ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 978-972-40-2106-5.

GRAU, Eros Roberto. Palestra na Universidade Estadual do Rio Grande do Norte. Dezembro de 2010.

LAFER, Celso. *Direito Internacional*. Um percurso no Direito no Século XXI, volume 2. São Paulo: Atlas, 2015. ISBN 978-85-97-00220-1.

LEGALE, Siddharta. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

LIMA, Fernando Antônio de. *Sentimentos em pequenas frases*. No prelo.

_____. LIMA, Adriana Monteiro Sanches de. *Hermenêutica Tributária. A proteção constitucional dos contribuintes*. Jales-SP: Edição especial dos autores, 2019.

MAIA, Maurilio Casas. O dano temporal indenizável e o mero dissabor cronológico no mercado de consumo: quando o tempo é mais que dinheiro é dignidade e liberdade. Cláudia Lima Marques (coordenação). *Revista de Direito do Consumidor*, 2014, ano 23, vol. 92. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 161 a 176. ISSN 1415-7707.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021. ISBN 978-85-309-9330-6.

_____. *Curso de Direito Internacional Público*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. ISBN 978-85-309-9003-9.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. ISBN 978-85-203-3742-4

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. 1ª ed. 5ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2009. ISBN 978-85-7827-200-5.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

_____. *Direitos humanos e Justiça Internacional*. 9ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2019.

REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS E LEGISLATIVAS

CARTA DA OEA. Departamento de Direito Internacional da Organização dos Estados Americanos. Washington (EUA). Disponível em: https://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.htm. Acesso: 9/4/2021.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Presidência da República. Brasília. Consulta: 8/4/2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

_____ Presidência da República. Brasília. Consulta: 9/4/2021. Disponível em: CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Presidência da República. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: 9/4/2021.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Presidência da República. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso: 9/4/2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*. Sentença de 26 de setembro de 2006. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Brasília. Acesso: 8/4/2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/7172fb59c130058bc5a96931e41d04e2.pdf>.

_____ *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Sentença de 26 de novembro de 2010. Sítio oficial da Corte Interamericana de Direitos Humanos. San José, Costa Rica. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf. Acesso: 8/4/2021.

_____ *Caso Condição Jurídica dos Migrantes Indocumentados*. Opinião Consultiva OC-18/13, de 17 de setembro de 2013. Acnur.org. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf>. Acesso: 7/4/2021.

_____ *Caso Gelman vs. Uruguai*. Sentença de 24 de fevereiro de 2011, item 193, pág. 57. Sítio oficial da Corte Interamericana de Direitos Humanos. San José, Costa Rica. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf. Acesso: 8/4/2021.

_____ *Caso Lagos Del Campo vs. Peru*. Sentença de 31 de agosto de 2017, itens 145 e 146. Site oficial. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/corteidh/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf. Acesso: 11/4/2021.

_____ *Caso Poblete Vilches y Otros vs. Chile* (2018). In: PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e Justiça Internacional*. 9ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2019, págs. 220 e 221.

_____ *Caso Suárez Peralta vs. Equador* (2013). In: PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e Justiça Internacional*. 9ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2019, pág. 218.

_____ *Caso Yakye Axa vs. Paraguai* (2005). In: PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e Justiça Internacional*. 9ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2019, págs. 216 e 217.

_____ *Caso Trabalhadores Demitidos do Congresso Vs. Peru*. Sentença de 24 de novembro de 2006. Site oficial da corte. Costa Rica. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf. Acesso: 8/4/2021.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Sítio eletrônico oficial do Ministério Público do Estado de Goiás. Goiânia. Brasil. Disponível em: http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/declaracao_universal_dos_direitos_do_homem.pdf. Acesso: 8/4/2021.

Lei nº 8.880, de 19 de setembro de 1990. Presidência da República. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm. Acesso: 9/4/2021.

PACTO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS. Presidência da República. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso: 9/4/2021.

PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS ECONÔMICOS E SOCIAIS. Presidência da República. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso: 9/4/2021.

PROTOCOLO DE SAN SALVADOR. Presidência da República. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3321.htm. Acesso: 9/4/2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tema nº 793. Precedente: Plenário, Recurso Extraordinário (RE) 855178, Relator Luiz Fux, Relator para o Acórdão Edson Fachin, julgamento realizado no dia 23/5/2019 e publicado no dia 16/4/2020. Julgamento disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342892719&ext=.pdf>. Acesso: 11/4/2021.

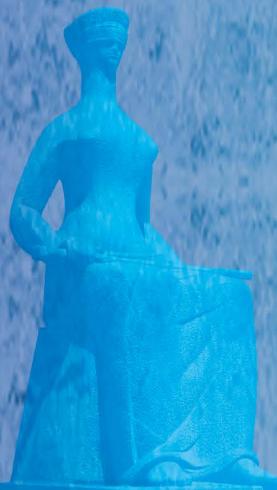
TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. Caso Valada Matos c. Portugal, Queixa nº 73768/13. Estrasburgo, julgamento no dia 29/10/2015. [Consult 24 março 2021]. Disponível em:



https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/case_valada_matos_neves_portug_al_portuguese_translation.pdf.

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006, CONFORME
IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**

CNJ CONSELHO
NACIONAL
DE JUSTIÇA



ISBN 978-65-5972-088-0



9 786559 720880