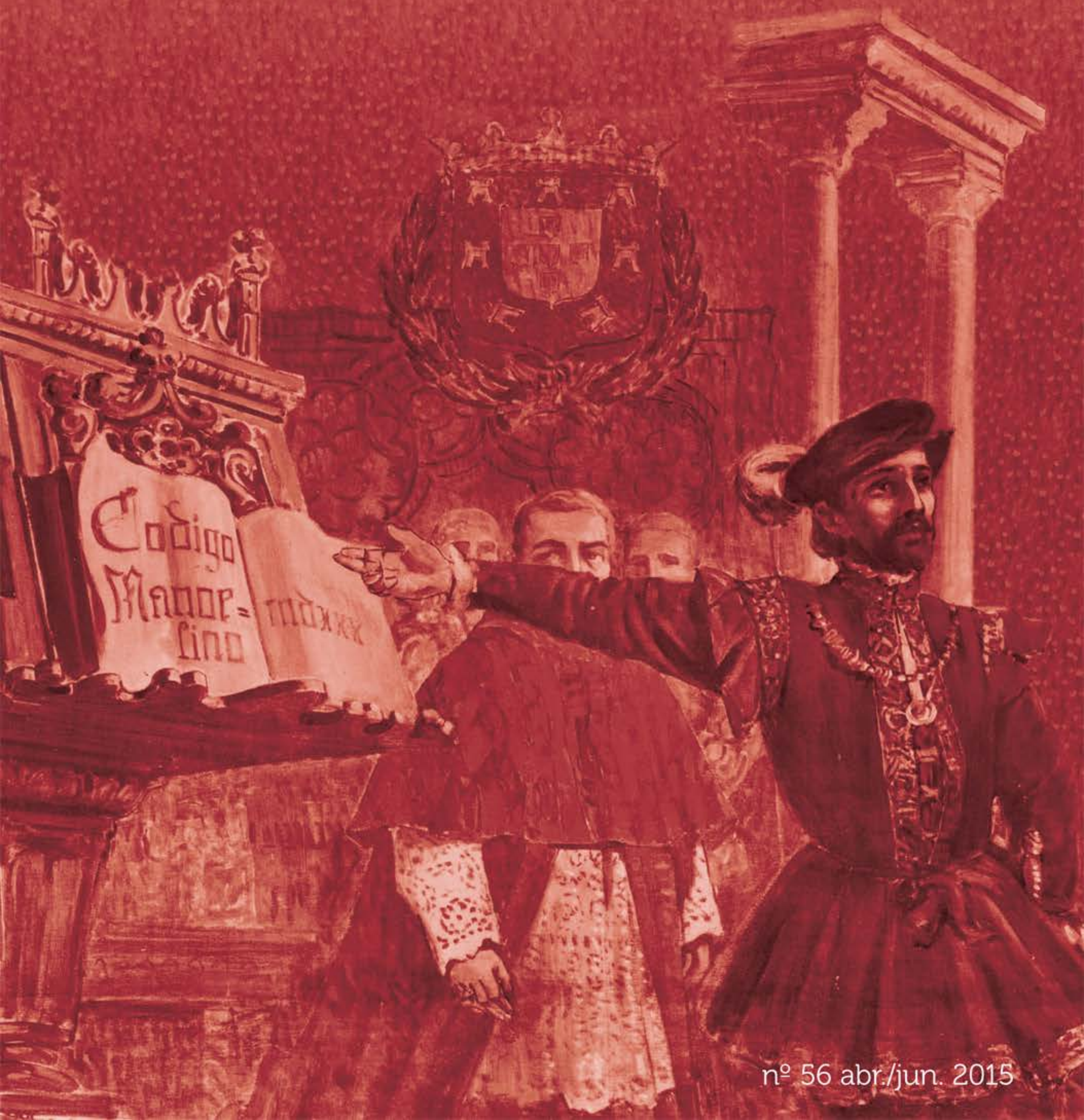


Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro



**Revista do
Ministério Público
do Estado do Rio de Janeiro**

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro



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

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

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Emerson Garcia
Diretor

Robson Renault Godinho
Vice-Diretor

Sergio Demoro Hamilton
Diretor Honorário

• • •

Luiza Torezani
Coordenação-Geral
Jeziel Gusmão
Felipe Mello
Lia Pacheco de Oliveira
Tiffany Fiks
Pesquisa

Davi Kaptzki
Editor-Chefe
Projeto Gráfico
Jonas Cruz
Design Gráfico
Foto da capa
Daniel Camelo
Diagramação

Aginaldo Alves
Cláudia Campochão
Controle Administrativo
Silvio Emanuel Fernandes
Estagiário
Cristina Siqueira
Lorena Tavares
Caroline Linhares
Revisão Ortográfica

*A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.
As reproduções fotográficas utilizadas na capa e no miolo pertencem ao acervo do Museu Histórico Nacional / IBRAM / Ministério da Cultura. As pinturas são de autoria de Carlos Oswald e fazem parte da sala Jenny Dreyfuss do Museu Histórico Nacional, no Rio de Janeiro.*

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

Redação e Administração

Av. Marechal Câmara, 370 - 3º andar, Centro, Rio de Janeiro, RJ, CEP 20020-080
Telefones/Fax (0xx21) 2219.3370 e (0xx21) 2219.3371
www.mprj.mp.br | e-mail: revista@mprj.mp.br

Catalogação na publicação - Biblioteca Clóvis Paulo da Rocha / MPRJ

Revista do Ministério Público / Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. - Vol. 1, n.1 (jan./jun. 1995)- . - Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 1995 - v. ; 23 cm

Trimestral

1995-2014 (1 - 54)
2015 (55, 56)

ISSN 1413-3873

1. Direito - Periódicos. I. Rio de Janeiro (Estado). Ministério Público.

CDD 340.05
CDU 34(05)

Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Marfan Martins Vieira
Procurador-Geral de Justiça

Eduardo da Silva Lima Neto
Subprocurador-Geral de Justiça de Administração

Alexandre Araripe Marinho
Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos
Institucionais e Judiciais

José Eduardo Ciotola Gussem
Subprocurador-Geral de Justiça de Planejamento Institucional

Ertulei Laureano Matos
Subprocurador-Geral de Justiça
de Direitos Humanos e Terceiro Setor

Ana Carolina Barroso do Amaral Cavalcante
Secretária-Geral do Ministério Público

• • •

Corregedoria-Geral do Ministério Público

Pedro Elias Erthal Sanglard
Corregedor-Geral do Ministério Público

Dennis Aceti Brasil Ferreira
Subcorregedor-Geral

Márcia Álvares Pires Rodrigues
Subcorregedora-Geral

Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça

Marfan Martins Vieira
Presidente

Pedro Elias Erthal Sanglard
Corregedor-Geral

Membros natos

Carlos Antonio da Silva Navega
Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea
Dalva Pieri Nunes
Hugo Jerke
Adolfo Borges Filho
Fernando Chaves da Costa
Ertulei Laureano Matos
Luiza Thereza Baptista de Mattos
Márcio Klang
Sérgio Bastos Vianna de Souza

Membros eleitos

Walberto Fernandes de Lima
Claudia Maria Macedo Perlingeiro dos Santos
Márcia Alvares Pires Rodrigues
Marcelo Daltro Leite
Dirce Ribeiro de Abreu
Kátia Aguiar Marques Selles Porto
Patrícia Silveira da Rosa
Maria Luiza de Lamare São Paulo
Joel Tovil
Sávio Renato Bittencourt Soares Silva

• • •

Conselho Superior do Ministério Público

Marfan Martins Vieira
Presidente

Pedro Elias Erthal Sanglard
Corregedor-Geral

Titulares Eleitos

Pelos Procuradores de Justiça

Alexandre Viana Schott
Sérgio Roberto Ulhôa Pimentel
Marlon Oberst Cordovil
Sumaya Therezinha Helayel

Pelos Promotores de Justiça

Cláudio Henrique da Cruz Viana
Conceição Maria Tavares de Oliveira
Ricardo Ribeiro Martins
Flávia Araújo Ferrer de Andrade

**Associação do Ministério Público
do Estado do Rio de Janeiro**

Luciano Oliveira Mattos de Souza
Presidente

• • •

**Caixa de Assistência do Ministério Público
do Estado do Rio de Janeiro**

Arthur Pontes Teixeira
Diretor-Presidente

• • •

**Fundação Escola Superior do Ministério Público
do Estado do Rio de Janeiro**

Karine Susan Oliveira Gomes de Cuesta
Diretora-Presidente

• • •

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

Maria do Carmo dos Santos Casa Nova
Presidente

• • •

Sicoob Coomperj

Luiz Antônio Ferreira de Araújo
Presidente

EDITORIAL

Um dos maiores desafios da ciência jurídica contemporânea consiste em realizar análises que conjuguem os eixos de realidade coletiva, institucional e individual. A base da evolução do Direito moderno está no equilíbrio das tensões existentes entre a vontade popular, fundamento de toda normatização estatal, os meios de manifestação do Estado para a conservação da ordem e os direitos e obrigações individuais e coletivos. É nesse ponto que o Direito e a Política tocam-se, cabendo aos juristas buscar o progresso da reflexão teórica no seu campo de estudos, tendo em perspectiva desafios enfrentados tanto pelos legisladores quanto pelos operadores da ordem jurídica. Em sua busca pelo bom funcionamento do sistema jurídico, nunca devem perder de vista o sentido próprio do Direito, que é a desafiadora realização do ideal de Justiça.

A presente edição da Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro não se afasta desses desafios. A seleção dos trabalhos teve como diretriz as múltiplas perspectivas de análise da tríade sociedade-indivíduo-Estado. Na seção *Doutrina*, destacam-se artigos sobre a influência do Ministério Público na regulação estatal dos serviços públicos e no combate à corrupção, bem como sobre as mudanças do novo Código de Processo Civil. São apresentados estudos sobre a preclusão, o modo como se dá a assistência, a possibilidade de surgimento da legitimação extraordinária a partir de um negócio jurídico e, por fim, o exame da estabilização da tutela provisória de urgência. Na sequência, são analisados a possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória e o regime de bens e de sucessão. Uma exposição tratando da segurança jurídica e da proteção da confiança no Direito Processual e um exame acerca do voto plurinomial para a formação da lista tríplice para a escolha do Procurador-Geral de Justiça encerram a seção.

No *Observatório Jurídico*, a relação do Estado com a economia está em foco. Na seção *Peças Processuais*, são múltiplos os temas abordados. O primeiro parecer selecionado trata da limitação do aumento de despesas com pessoal em período imediatamente anterior ao término de mandato eletivo ou de investidura a termo certo; o segundo, da inconstitucionalidade de preceito de lei municipal que garante o recebimento de pensão previdenciária até que o beneficiário complete 24 anos de idade. Ao final, é apresentado parecer que trata da requisição de presos, na qualidade de parte, testemunha ou informante, por órgãos do Poder Judiciário, a qualquer unidade de custódia. O relacionamento do *Parquet* com o Estado e os cidadãos afirma-se enfaticamente na seção de peças: uma ação civil pública sobre a construção de unidade educacional dentro de área definida como praça pública e contrarrazões que abordam a impugnação de decreto que disciplina a redução da base de cálculo do ICMS incidente na importação de malte, cevada e lúpulo por estabelecimento do contribuinte que firmar termo de acordo com o Estado do Rio de Janeiro.

Na seção *Jurisprudência*, priorizaram-se temas atuais que ocupam a pauta dos dois principais tribunais do País (STF e STJ), dos quais a Revista é repositório autorizado. Em *Jurisprudência Internacional*, é reproduzida a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Gomes Lund e outros *versus* Brasil, referente ao desaparecimento de integrantes da Guerrilha do Araguaia durante as operações militares da década de 1970.

O conjunto dos trabalhos que compõem esta edição representa o empenho da Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em honrar a mais destacada tradição jurídico-científica nacional em sua persistente busca pelo aprimoramento do Direito. Trata-se de uma modesta contribuição institucional para a própria evolução das ciências jurídicas e, sobretudo, para auxiliar os operadores do direito em sua luta diária pela realização do ideal de Justiça no Brasil contemporâneo.

EMERSON GARCIA
Diretor da Revista

ROBSON RENAULT GODINHO
Vice-Diretor da Revista

Sumário

Doutrina

A Técnica do Julgamento-alerta na Alteração de Jurisprudência Consolidada: Segurança Jurídica e Proteção da Confiança no Direito Processual <i>Antonio do Passo Cabral</i>	19
Regime de Bens e Sucessão <i>Carlos Roberto Barbosa Moreira</i>	45
Os Contornos da Estabilização da Tutela Provisória de Urgência Antecipatória no Novo CPC e o Mistério da Ausência de Formação da Coisa Julgada <i>Dierle Nunes</i> <i>Érico Andrade</i>	63
Papel do Ministério Público na Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013) <i>Eduardo Cambi</i>	93
O Ministério Público no Processo Civil: Aspectos da Preclusão <i>Emerson Garcia</i>	123
Fonte Normativa da Legitimação Extraordinária no Novo Código de Processo Civil: a Legitimação Extraordinária de Origem Negocial <i>Fredie Didier Jr.</i>	137
A Escolha do Pior Candidato: Rasgando Seu Voto em Três Pedacos e a Constatação Matemática do Fracasso do Voto Plurinominal para Procurador-Geral de Justiça <i>José Marinho Paulo Junior</i>	145
A Assistência no Novo Código de Processo Civil Brasileiro <i>Leonardo Carneiro da Cunha</i>	151
Ministério Público: Regulador Estatal dos Serviços Públicos e das Atividades Particulares <i>Paulo Wunder de Alencar</i>	165
A Possibilidade de Negócios Jurídicos Processuais Atípicos em Matéria Probatória <i>Robson Renault Godinho</i>	191

Observatório Jurídico

O Estado e a Economia

Ives Gandra da Silva Martins **203**

Peças Processuais

Pareceres

Parecer. Consultoria Jurídica. Limitadores existentes para o aumento das despesas com pessoal em período imediatamente anterior ao término de mandato eletivo ou de investidura a termo certo. As restrições existentes na Lei Complementar nº 101/2002, Lei de Responsabilidade Fiscal, e na Lei nº 9.504/1997, que veicula a Lei das Eleições.

Emerson Garcia **211**

Parecer ministerial. Subprocuradoria-Geral de Justiça de Assuntos Institucionais e Judiciais. Arguição de Inconstitucionalidade da Resolução nº 45/2013, do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que proíbe a requisição de presos, na qualidade de parte, testemunha ou informante, por órgãos do Poder Judiciário a qualquer unidade de custódia, salvo para a realização de audiências.

Luiz Roldão de Freitas Gomes Filho **221**

Parecer ministerial. Subprocuradoria-Geral de Justiça de Assuntos Institucionais e Judiciais. Arguição de Inconstitucionalidade suscitada por órgão fracionário do Tribunal de Justiça com o objetivo de que seja apreciado o tema relativo à inconstitucionalidade do art. 147, §5º da Lei nº 1.506/2000, do Município de Duque de Caxias, que garante o recebimento de pensão previdenciária até que o beneficiário complete 24 anos de idade, desde que comprovada a sua condição de estudante.

Veronica C. R. Antunes Zylberman **231**

Peças

Ação Civil Pública ajuizada pela 1ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa da Ordem Urbanística da Capital. Construção de unidade educacional dentro de área definida como praça pública, em afronta à área definida no edital de licitação e em desconformidade com o desenho urbanístico do local. Pedido de Dano Moral Coletivo.

André Constant Dickstein **237**

Contrarrazões. Subprocuradoria-Geral de Justiça de Assuntos Institucionais e Judiciais. Recurso Extraordinário interposto pela Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro na ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada pelo Procurador-Geral de Justiça, que impugnou o Decreto que disciplina a redução da base de cálculo do ICMS incidente na importação de malte, cevada e lúpulo por estabelecimento do contribuinte que firmar termo de acordo com o Estado do Rio de Janeiro.
Sérgio Roberto Ulhôa Pimentel 267

Jurisprudência

Supremo Tribunal Federal

Jurisprudência Criminal

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Processual Penal. Júri. Homicídio Qualificado. Artigo 121, §2º, II, C/C O Art. 29, do Código Penal. Leitura pelo Ministério Público, nos Debates, de Sentença Condenatória de Corréu Proferida em Julgamento Anterior. Alegação de sua Utilização como Argumento de Autoridade, em Prejuízo do Recorrente. Nulidade. Não Ocorrência. Sentença que não faz Qualquer Alusão a sua Pessoa nem a sua Suposta Participação no Crime. Inaptidão do Documento para Interferir no Ânimo dos Jurados em Desfavor do Recorrente. Peça que não se Subsume na Vedação do Art. 478, I, do Código de Processo Penal. Possibilidade de sua Leitura em Plenário (Art. 480, Caput, CPP). Inexistência de Comprovação de que o Documento, de Fato, foi Empregado como Argumento de Autoridade e de que Houve Prejuízo Insanável à Defesa (Art. 563, CPP). Recurso não Provido.
Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 118.006 – São Paulo
Primeira Turma, 10/02/2015. 277

Jurisprudência Cível

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Direito Constitucional. Partilha de Competência Legislativa Concorrente em Matéria de Educação (CRFB, Art. 24, IX). Lei Estadual de Santa Catarina que Fixa Número Máximo de Alunos em Sala de Aula. Questão Preliminar Rejeitada. Impugnação Fundada em Ofensa Direta à Constituição. Conhecimento do Pedido. Ausência de Usurpação de Competência da União em Matéria de Normas Gerais. Compreensão Axiológica e Pluralista do Federalismo Brasileiro (CRFB, Art. 1º, V). Necessidade de Prestigiar Iniciativas Normativas Regionais e Locais Sempre que não Houver Expressa e Categórica Interdição Constitucional. Exercício Regular da Competência Legislativa pelo Estado de Santa Catarina ao Detalhar a Previsão Contida no Artigo 25 da Lei nº 9.394/1994 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional). Pedido Julgado Improcedente.
Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.060 – Santa Catarina
Sessão Plenária, 25/02/2015 285

Constitucional. Recurso Extraordinário. Inviabilidade Civil das Opiniões, Palavras e Votos de Vereadores. Proteção Adicional à Liberdade de Expressão. Afastamento da Reprimenda Judicial por Ofensas Manifestadas no Exercício do Mandato e na Circunscrição do Município. Provimento do Recurso.

Recurso Extraordinário 600.063 – São Paulo

Sessão Plenária, 25/02/2015 **305**

Superior Tribunal de Justiça

Jurisprudência Criminal

Habeas Corpus. Art. 155, §1º e §4º, I e IV, C.C. Art. 71, do Código Penal. *Writ* Substitutivo de Revisão Criminal. Via Inadequada. Crime Praticado Durante o Repouso Noturno. Aplicação do Art. 155, §1º, do Código Penal. Furto Qualificado. Possibilidade. Desclassificação do Crime para a Forma Tentada. Afastamento da Continuidade Delitiva. Revolvimento Fático-Probatório. Inviabilidade. Pena-Base. Exasperação. Fundamentação Concreta. Ilegalidade não Evidenciada não Conhecimento.

Habeas Corpus nº 306.450 – SP (2014/0260612-2)

Sexta Turma, 04/12/2014 **337**

Jurisprudência Cível

Administrativo e Processual Civil. Recurso Especial. Ação Civil Pública. Improbidade Administrativa. Controvérsia a Respeito da Possibilidade de Aplicação da Pena de Perda de Cargo a Membro do Ministério Público. Possibilidade.

Recurso Especial nº 1.191.613 – MG (2010/0076423-3)

Primeira Turma, 19/03/2015 **361**

Recurso Especial Representativo de Controvérsia. Art. 543-C do CPC e Resolução STJ nº 8/2008. Direito Empresarial e Civil. Recuperação Judicial. Processamento e Concessão. Garantias Prestadas por Terceiros. Manutenção. Suspensão ou Extinção de Ações Ajuizadas contra Devedores Solidários e Coobrigados em Geral. Impossibilidade. Interpretação dos Arts. 6º, *Caput*, 49, §1º, 52, Inciso III, e 59, *Caput*, da Lei nº 11.101/2005.

Recurso Especial nº 1.333.349 – SP (2012/0142268-4)

Segunda Seção, 26/11/2014 **379**

Jurisprudência Internacional

Corte Interamericana de Direitos Humanos

Nota Introdutória **397**

Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil
Sentença de 24 de Novembro de 2010
(Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas) **399**

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO **527**



Detalhe da imagem da capa

Doutrina



A Técnica do Julgamento-alerta na Alteração de Jurisprudência Consolidada: Segurança Jurídica e Proteção da Confiança no Direito Processual

Antonio do Passo Cabral*

Sumário

1. Introdução. A Jurisprudência Consolidada e sua Influência nos Comportamentos Humanos. 2. Alteração de Jurisprudência Consolidada. 3. Segurança Jurídica como Continuidade. 3.1. Continuidade Jurídica, Segurança e Alteração de Jurisprudência. 3.2. A Importância da Argumentação para que se Verifique a Estabilidade da Jurisprudência. 4. Exemplos Brasileiros de Retroação de Jurisprudência Violadora da Segurança Jurídica: Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Tribunal Superior do Trabalho (TST). 5. Mecanismos Preventivos e Técnicas Reparadoras para Preservação de Segurança na Mudança de Jurisprudência. 5.1. Julgamento-alerta: o Anúncio Público da Possível Mudança ou Reapreciação do Entendimento Consolidado. 5.2. Exemplos de Anúncio Público na Jurisprudência Estrangeira. 5.3. Forma e Conteúdo do Julgamento-alerta. 6. Conclusão. Bibliografia.

Resumo

Num cenário em que as decisões do Judiciário crescem em importância no ordenamento jurídico brasileiro, as alterações de jurisprudência consolidada podem ferir a confiança legítima de indivíduos que tenham pautado suas condutas na expectativa da manutenção do entendimento estável. O texto aborda o tema da segurança como continuidade jurídica, e especialmente o tema das chamadas decisões-alerta, a serem utilizadas preventivamente para evitar prejuízos individuais quando o tribunal visualizar que um entendimento consolidado possa estar errado e vir a ser superado no futuro.

Palavras-chave

Jurisprudência. Estabilidade. Alteração. Aviso público. Julgamento-alerta.

* Professor de Direito Processual Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor em Direito Processual pela UERJ e pela Universidade de Munique, Alemanha (*Ludwig-Maximilians-Universität*). Mestre em Direito Público pela UERJ. Pós-doutor pela Universidade de Paris I (*Panthéon-Sorbonne*). Procurador da República e ex-Juiz Federal.

1. Introdução. A Jurisprudência Consolidada e sua Influência nos Comportamentos Humanos

Ao contrário dos ordenamentos do *common law*, nos quais os precedentes jurisprudenciais possuem força vinculativa,¹ os sistemas jurídicos de tradição romano-germânica normalmente atribuem à jurisprudência um papel secundário no processo de produção normativa. Partindo-se da tradição francesa da mais aguda separação de poderes, bem assim da concepção dualista do ordenamento jurídico (segundo a qual a sentença não tem função criativa, mas somente declaratória de direitos preexistentes), nos sistemas de *civil law* os precedentes dos tribunais sempre tiveram vinculatividade relativa, denominada aqui e ali de força “persuasiva” da jurisprudência.² A consolidação do entendimento dos tribunais nunca foi compreendida como fonte do direito, e atuaria apenas como elemento argumentativo, sem caráter cogente ou vinculativo.

Não obstante, esta tradição vem mudando, e o fenômeno não parece ser restrito ao ordenamento brasileiro. Por aqui, mesmo vivendo em ordenamento de direito escrito e de precedente meramente persuasivo, já é longa a evolução histórica dos mecanismos de vinculação da jurisprudência, desde as primeiras disposições acerca da eficácia *erga omnes* das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle abstrato da constitucionalidade,³ passando pela criação de recursos e incidentes específicos para a uniformização de jurisprudência, culminando com as reformas do CPC e da Constituição da República nas últimas décadas. Sem embargo, as alterações do final da década de 1990 na legislação processual⁴ já ampliavam a força da jurisprudência das instâncias superiores, mas foi a partir de 2004 que se introduziram mecanismos mais incisivos de vinculação das instâncias inferiores, tais como a súmula vinculante (art.103-A da CR/88),⁵ a “súmula impeditiva de recurso” (art. 518, §1º do CPC), e novos incidentes de uniformização de jurisprudência.⁶

¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “Precedentes e evolução do direito”, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012, p. 20.

² Sobre o tema, TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004, *passim*; ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p.116; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal*. Lisboa: Juruá, 2012, p. 103.

³ A evolução foi tratada em BOTTINI, Pierpaolo Cruz. “Mecanismos de uniformização jurisprudencial e a aplicação da súmula vinculante”, in *Revista dos Tribunais*, ano 96, vol. 865, nov, 2007, p. 26 e ss. Desde a primeira República, na criação do Supremo Tribunal, a regra era as decisões do STF valerem apenas *inter partes*. Posteriormente, a ampliação do espectro subjetivo dos vinculados passou pelo controle de constitucionalidade. A Constituição de 1934 previu instituto até hoje presente no cenário constitucional brasileiro (art. 52, IX da CR/88) que é a possibilidade do Senado suspender uma lei declarada inconstitucional pelo STF incidentalmente. A emenda constitucional 16/65 criou a ADI, então com legitimidade ativa restrita ao Procurador-Geral da República e já com eficácia *erga omnes*. Foi no período pós-1988 que diversos mecanismos do controle abstrato da constitucionalidade se desenvolveram e se aperfeiçoaram totalmente com as Leis 9.868/99 e 9.882/99.

⁴ A Lei n. 9.756/98 alterou o art. 557 e parágrafos para admitir decisões monocráticas, em sede recursal, baseadas na jurisprudência dominante.

⁵ As súmulas, criadas por emenda ao regimento interno do STF em 1963, ganharam força vinculante com a Emenda Constitucional nº 45/2004. Na doutrina, Cf. WOLKART, Erik Navarro. “Súmula vinculante: necessidade e implicações práticas de sua adoção (o processo civil em movimento)”, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012, *passim*.

⁶ A súmula impeditiva de recursos é prevista no art.518 §1º do CPC, e que consiste numa barreira recursal

Tudo isso levou a doutrina a constatar a progressiva importância que a jurisprudência vem assumindo no ordenamento brasileiro. Com efeito, ainda que se adote a teoria dualista do ordenamento, com a consequente natureza declaratória da decisão judicial, é fora de dúvida que a jurisprudência consolidada condiciona comportamentos, gerando padrões de conduta estáveis. Ao cristalizar-se nos debates pretorianos, o entendimento sólido dos tribunais a respeito de um tema é um relevante dado do tráfico jurídico e que frequentemente é utilizado para a tomada de conduta individual.

É que muitos atos decisórios (sobretudo dos tribunais superiores e especialmente aqueles que têm função uniformizadora) assumem uma capacidade de generalização e irradiação que outras decisões não possuem,⁷ sinalizando padrões de conduta para uma grande quantidade de casos similares.⁸ Trata-se de um relevante aspecto da segurança jurídica, qual seja, a *calculabilidade* do resultado normativo de uma conduta humana,⁹ que fornece aos indivíduos “segurança de orientação” na adoção de um comportamento.¹⁰

Com efeito, já passou do tempo de admitirmos que a jurisdição também é um fator estabilizador do direito quando a mesma conclusão é pronunciada, em vários casos similares, durante um período contínuo e duradouro. Quando diante desse grau de estabilização, os profissionais do direito passam a ter em conta a expectativa de que o mesmo resultado venha a ser seguido em outros casos. P. ex., quando os advogados aconselham seus clientes, quando indivíduos e empresas celebram contratos, e em muitas outras situações, certamente a jurisprudência

quando a decisão recorrida estiver alinhada com o entendimento sumulado dos tribunais. A Lei 10.259/01 criou novo incidente de uniformização de jurisprudência no âmbito dos juizados especiais federais. Hoje há outras técnicas deste tipo no próprio CPC. Parte da doutrina vem denominando as decisões proferidas nestes incidentes de “precedentes relativamente obrigatórios”. Assim, por todos, ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro*. Op.cit., p.102-103.

⁷ RÜBERG, Burkhard. *Vertrauensschutz gegenüber rückwirkender Rechtsprechungsänderung*. Hamburg: Hansischer Gildenverlag, 1977, p.22 ss; p.49 ss; GRUNSKY, Wolfgang. *Grenzen der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung*. Karlsruhe: C.F.Müller, 1970, p.14-15.

⁸ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica no direito tributário: entre permanência, mudança e realização*. Tese apresentada à Faculdade de Direito da USP para concurso de ingresso como Professor Titular de Direito Tributário, mimeografado, 2010, p.530-532. Existe versão comercial, publicada em 2011 sob o título: *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.

⁹ PROBST, Thomas. *Die Änderung der Rechtsprechung. Eine rechtsvergleichende, methodologische Untersuchung zum Phänomen der höchstgerichtlichen Rechtsprechungsänderung in der Schweiz (civil law) und den Vereinigten Staaten (common law)*. Basel e Frankfurt am Main: Helbing & Lichtenhahn, 1993, p.275; BURMEISTER, Joachim. *Vertrauensschutz im Prozeßrecht. Ein Beitrag zur Theorie vom Dispositionsschutz des Bürgers bei Änderung des Staatshandelns*. Berlin: de Gruyter, 1978, p.18; ZIPPELIUS, Reinhold. *Rechtsphilosophie*. München: C.H.Beck, 5ª Ed., 2007, p.169-172; LEISNER, Anna. *Kontinuität als Verfassungsprinzip: unter besonderer Berücksichtigung des Steuerrechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002, p.356-358; KATZ, Alfred. *Staatsrecht*. Heidelberg: C.F.Müller, 18ª ed., 2010, p.102.

¹⁰ BIRK, Dieter. *Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz*, in PEZZER, Heinz-Jürgen (Ed.). *Vertrauensschutz im Steuerrecht*. Köln: Otto Schmidt, 2004, p.11; ROTH, Günther. *Das Problem der Rechtsprognose. Festschrift für Friedrich Wilhelm Bosch*. Gieseking: Ernst und Werner, 1976, p.832; SCHLÜTER, Wilfried. *Das Obiter Dictum. Die Grenzen höchstgerichtlicher Entscheidungsbegründung, dargestellt an Beispielen aus der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts*. München: C.H. Beck, 1973, p.40.

consolidada também é levada em consideração.¹¹ É inegável que as pessoas, ao planejarem suas vidas e seus negócios, são também guiadas por estas diretrizes da jurisprudência constante.¹²

Aliás, a constância da jurisprudência é saudada modernamente como relevante fator não só de segurança jurídica, mas também de igualdade.¹³ De fato, como o ordenamento jurídico admite diversos centros de decisão (pulverizados pelo território e em variadas instâncias de poder, muitas delas com independência) é sistemicamente natural que haja alguma medida de inconsistência que poderia levar a decisões desiguais para casos substancialmente idênticos. Porém, apesar da possibilidade de divergência, é inconcebível que não haja mecanismos para uniformização que reduzam as possibilidades dos indivíduos serem tratados de maneira anti-isonômica.

Por outro lado, a segurança jurídica contém elementos que exigem estabilidade, certeza e duração da jurisprudência solidificada. Neste sentido, não basta que o entendimento seja uniforme; faz-se necessário também que o entendimento consolidado perdure e as mudanças de jurisprudência sejam operadas de maneira responsável, controlável, e com considerações a respeito da segurança jurídica no tempo. Esta tem sido também uma preocupação constante da doutrina no Brasil e no estrangeiro, e mesmo em países de *civil law*, onde o precedente não tem força vinculativa.

Por todas estas necessidades, nos últimos anos, vemos mais e mais autores a pugnar um aumento da força dos precedentes no nosso sistema, não apenas em nome da segurança (estabilidade x alterações na jurisprudência), mas também em favor da igualdade (uniformidade x independência).

Neste texto, deixaremos de lado a questão da isonomia para tratar somente da segurança jurídica frente a mudança de jurisprudência. E procuraremos abordar apenas a estabilidade da jurisprudência *consolidada*, não um único precedente (mas um conjunto de decisões), e desde que este complexo de decisões esteja maturado e solidificado como um entendimento estabilizado. Nossa proposta, portanto, é estudar soluções plenamente aplicáveis a um modelo de precedentes persuasivos, típico do *civil law*: não trataremos aqui cogitações *de lege ferenda* a respeito de “precedentes vinculativos”.

¹¹ IPSEN, Jörn. *Richterrecht und Verfassung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1975, p. 223.

¹² KIRCHHOF, Paul. “Kontinuität und Vertrauensschutz bei Änderungen der Rechtsprechung”, in *Deutsches Steuerrecht*, n.9, 1989, p.263-264; KRUSE, Heinrich Wilhelm. “Kontinuität und Fortschritt der höchstrichterlichen Rechtsprechung”, in *Festschrift – 75. Jahre Reichsfinanzhof – Bundesfinanzhof*. Bonn: Stollfuß, 1993, p.239 ss; BURMEISTER, Joachim. “Grenzen rückwirkender Verschärfung der Besteuerungspraxis aufgrund einer Änderung der Auslegung (veranlagungs-)steuerlicher Vorschriften durch die Finanzverwaltung und – gerichte”, in *Staat, Wirtschaft, Steuern. Festschrift für Karl Heinrich Friauf zum 65. Geburtstag*. Heidelberg: C.F.Müller, 1996, p.765; G.REINICKE e D.REINICKE. “Zum Vertrauensschutz auf eine ständige Rechtsprechung”, in *Monatsschrift für Deutsches Recht*, ano 10, n.6, 1956, p.327-328; LANGENBUCHER, Katja. *Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht. Eine methodologische Untersuchung zur richterlichen Rechtsfortbildung im deutschen Zivilrecht*. München: C.H.Beck, 1996, p.117.

¹³ ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais*. Op.cit., p.130.

Muito bem, visto que um entendimento jurisprudencial estável condiciona comportamentos, nos tópicos seguintes propomos à reflexão as seguintes perguntas: a jurisprudência consolidada pode mudar? Deve mudar? Se afirmativa a resposta, como então promover a alteração de jurisprudência sem perda de segurança? Quais mecanismos podem ser utilizados para atingir este escopo?

2. Alteração de Jurisprudência Consolidada

Claro que a busca pela correção e o aprimoramento das decisões deve permitir alterações de conteúdo em julgamentos futuros. Da mesma forma que um entendimento consolidado deve ter estabilidade, deve ser natural a sua alteração pela percepção de que este mesmo entendimento está equivocado ou que a evolução da sociedade revela sua obsolescência.¹⁴ Em nome da evolução e desenvolvimento do direito, a jurisprudência, por tratar de uma realidade essencialmente mutável, deve estar aberta à mudança, mesmo de conclusões consolidadas pela reiteração decisória ao longo do tempo.¹⁵

Não obstante, o planejamento humano baseado na orientação jurisprudencial anterior pode ser dura e subitamente afetado por uma substancial violação às expectativas criadas na manutenção do entendimento estabilizado.¹⁶ Portanto, a mudança de jurisprudência deixa de ser apenas uma questão de cultura ou praxe, algo que poderia ser considerado sempre “normal”, e passa a dever ser analisada no contexto do Estado de Direito, especialmente em face das necessidades de segurança jurídica.¹⁷ Sem embargo, a continuidade da jurisprudência dos tribunais é um fator importante para a criação das expectativas,¹⁸ e então deve haver uma medida de constância na jurisprudência, não podendo ser alterada sempre e por qualquer motivo.

Ora, nesse cenário em que a jurisprudência é um fator de previsibilidade e calculabilidade no tráfego jurídico, não pode haver surpresa dos litigantes que pautaram seus comportamentos na jurisprudência anterior.¹⁹ Impende haver proteção para a parte que confiou na manutenção do entendimento consolidado.²⁰

¹⁴ MARKMAN, Stephen. “*Precedent: tension between continuity in the Law and the perpetuation of wrong decisions*”, in *Texas Law Review of Law and Politics*, vol.8, n.2, abr. 2004, p.283.

¹⁵ ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais*. Op.cit., p.282 ss.

¹⁶ BEERMANN, Joahanes. *Verwirkung und Vertrauensschutz im Steuerrecht*. Münster-New York: Waxmann, 1991, p.29.

¹⁷ SOBOTA, Katharina. *Das Prinzip Rechtsstaat: Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1997, p.180; KIRCHHOF, Paul. “*Kontinuität und Vertrauensschutz bei Änderungen der Rechtsprechung*”, Op.cit., p.264; KRUSE, Heinrich Wilhelm. “*Kontinuität und Fortschritt der höchstrichterlichen Rechtsprechung*”, Op.cit., p.239-240.

¹⁸ ARNDT, Hans-Wolfgang. *Probleme rückwirkender Rechtsprechungsänderung*. Frankfurt am Main: Athenäum, 1974, p.86-88; LEISNER, Anna. *Kontinuität als Verfassungsprinzip...*, Op.cit., p.611.

¹⁹ KIRCHHOF, Paul. “*Kontinuität und Vertrauensschutz bei Änderungen der Rechtsprechung*”, Op.cit., p.269.

²⁰ KOHLER, Helmut. “*Gesetzesauslegung und ‘gefestigte’ höchstrichterliche Rechtsprechung*”, in *Juristische Rundschau*, n.2, fev, 1984, p.45-47; PIEKENBROCK, Andreas. “*Faktische Rechtsänderungen durch Richterspruch als Kollisionsrechtliches Problem*”, in *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 119 Band, Heft 1, 2006, p.11; GRUNSKY, Wolfgang. *Grenzen der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung*. Op.cit., p.10 ss.

Assim, em casos onde a mudança possa prejudicar indivíduos que tomaram condutas com base na jurisprudência anterior, algum mecanismo deve existir para evitar o dano aos agentes de boa-fé.²¹

3. Segurança Jurídica como Continuidade

É corrente o entendimento de que a segurança jurídica, seja derivada da cláusula do Estado de Direito, seja compreendida como princípio autônomo, incorpora ideias como *certeza, previsibilidade, confiabilidade, coerência*, etc.²² Sem embargo, uma norma não pode ser imprecisa ao ponto de revelar-se incompreensível, até porque a litigiosidade e o conflito são estimulados quando o conteúdo das normas é duvidoso.²³ Por outro lado, o ordenamento jurídico não pode ser um conjunto caótico e descoordenado de pontos isolados e sem comunicação entre eles. Ao visualizarmos o sistema jurídico, devemos poder enxergar um complexo de regras consistente e coerente, que permita aos indivíduos e aos órgãos de Estado trabalhar com as normas dentro de um quadro minimamente seguro e estável, tanto no que se refere à determinabilidade, precisão e compreensibilidade de seu conteúdo, como também no que tange à estabilidade dos atos jurídicos. Então, a segurança jurídica deveria atuar para emprestar ao conjunto de normas que forma o ordenamento qualificativos como a estabilidade, coerência sistêmica, harmonia interna, ausência de contradições, permanência, duração, etc.

Tradicionalmente, sempre se tratou do tema da segurança como se o Estado, ao procurar atribuir estabilidade ao conteúdo dos atos pretéritos, necessariamente perdesse, total ou parcialmente, sua capacidade de reagir de maneira flexível e adaptável a novas realidades. Esta forma ortodoxa de conceber a segurança descrevia-a como algo incompatível com a mudança.²⁴

Contudo, o tratamento da segurança jurídica, atualmente, não se compadece mais com uma abordagem estática, típica do formato da segurança-imutabilidade, que se baseia nos referenciais de inalterabilidade, indiscutibilidade, imunização,

²¹ BÄR, Rolf. *Praxisänderung und Rechtssicherheit*, in FORSTMOSER, Peter e SCHLUEP, Walter R. (Ed.). *Freiheit und Verantwortung im Recht. Festschrift zum 60. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz*. Bern: Stämpfli, 1982, p.1; ROBBERS, Gerhard. *Rückwirkende Rechtsprechungsänderung*, in *Juristen Zeitung*, ano 43, n.10, 1988, p.485.

²² IPSEN, Jörn. *Richterrecht und Verfassung*. Op.cit., p.223; SINGER, Reinhard. *Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens*. München: C.H.Beck, 1993, p.77-79; KIRCHHOF, Paul. *Vertrauensschutz im Steuerrecht*, Op.cit., p.1-2; SCHMIDT-ASSMANN, Ebehard. *Der Rechtsstaat*, in ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Orgs.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Band II: *Verfassungsstaat*. Heidelberg: C.F.Müller, 1996, p.587; WERDER, Alexander. *Dispositionsschutz bei der Änderung von Steuergesetzen zwischen Rückwirkungsverbot und Kontinuitätsgebot*. Berlin: Duncker & Humblot, 2005, p.94; PECZENIK, Alexander. *Certainty or coherence?*, in KRAWIETZ, Werner; SUMMERS, Robert S.; WEINBERGER, Ota; e WRIGHT, Georg Henrik (Ed.). *The Reasonable as Rational? On legal argumentation and justification. Festschrift for Aulis Aarnio*. Berlin: Duncker & Humblot, 2000, p.162, 168.

²³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. "Precedentes e evolução do direito", Op.cit., p.33; WOLKART, Erik Navarro. "Súmula vinculante: necessidade e implicações práticas de sua adoção...", Op.cit., p.294.

²⁴ Percebe-se traços desta concepção em WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. "Precedentes e evolução do direito", Op.cit., p.15, 19.

intangibilidade. Hoje em dia, o Estado de Direito precisa atuar na segurança jurídica de maneira flexível, permitindo proteção do conteúdo estável, mas acomodando novos elementos que apareçam ao longo do tempo. A segurança projeta-se num *continuum*, temporalmente balanceada entre as estabilidades pretéritas, as exigências do presente e as expectativas e prognoses futuras. E assim deve ocorrer também quando o Judiciário lida com posições jurídicas consolidadas.

Na atualidade, portanto, o formato mais adequado para a segurança jurídica é a segurança-continuidade.²⁵ A continuidade jurídica é um conceito que está na síntese da tensão entre uma total e estanque eternização de conteúdos estabilizados e o oposto de uma ampla e irrestrita alterabilidade. Continuidade, então, não significa petrificação, mas mudança com consistência,²⁶ protegendo os interesses humanos de estabilidade e permanência, mas viabilizando também a alteração das posições jurídicas estáveis.²⁷ Por conseguinte, a continuidade revela uma maneira de não bloquear totalmente as mudanças e, ao mesmo tempo, preservar a segurança.

Observe-se que, por um lado, a continuidade favorece a segurança jurídica, revelando-se no dever do Estado de estabilização do sistema jurídico no longo prazo.²⁸ De fato, a continuidade incorpora a necessidade de constância (*Beständigkeit*) e consistência (*Stetigkeit*) nos procedimentos de mudança normativa,²⁹ pressionando pela invariabilidade das regras (e também, como veremos, do entendimento jurisprudencial consolidado).³⁰ Não obstante, essa tendência de estabilidade não é definitiva, intangível, imutável, inalterável. Trata-se de uma força *prima facie* que pode ser infirmada se circunstâncias especiais demonstrarem a necessidade de modificação daquela posição jurídica. O direito pretende valer permanentemente, mas deve incorporar elementos móveis e de conteúdo variável, inclusive no tempo.³¹

Portanto, não se trata apenas de enfocar a continuidade jurídica na consistência, constância, e portanto contra a mudança. O estudo da continuidade

²⁵ KATZ, Alfred. *Staatsrecht*. Op.cit., p.102; WEBER-DÜRLER, Beatrice. *Vertrauensschutz im öffentlichen Recht*. Basel und Frankfurt am Main: Helbing Von Lichtenhahn, 1983, p.52; Schulze-Fielitz, Helmuth. *Kernelemente des Rechtsstaatsprinzips*, in DREIER, Horst (Ed.). *Grundgesetz Kommentar*. Tübingen: Mohr Siebeck, Band II, 1998, p.184.

²⁶ WOERNER, Lothar. *Der Bundesfinanzhof zwischen Stetigkeit und Wandel – Theorie und Praxis*, in *Steuerrecht, Verfassungsrecht, Finanzpolitik: Festschrift für Franz Klein*. Köln: Otto Schmidt, 1994, p.1025; LEISNER, Anna. *Kontinuität als Verfassungsprinzip*. Op.cit., p.4-5, 15, 376.

²⁷ COING, Helmut. *Grundzüge der Rechtsphilosophie*. Berlin: de Gruyter, 5ª ed., 1993, p.148; WERDER, Alexander. *Dispositionsschutz bei der Änderung von Steuergesetzen*. Op.cit., p.94.

²⁸ LEISNER-EGENSPERGER, Anna. *Kontinuitätsgewähr in der Finanzrechtsprechung*, in PEZZER, Heinz-Jürgen (Ed.). *Vertrauensschutz im Steuerrecht*. Köln: Otto Schmidt, 2004, p.200; ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica no direito tributário*. Op.cit., p.373. A previsibilidade como componente da segurança jurídica é um tema há muito estudado no campo da revogação de leis. Cf. KISKER, Gunter. *Die Rückwirkung von Gesetzen. Eine Untersuchung zum anglo-amerikanischen und deutschen Recht*. Tübingen: Mohr, 1963, p.17 e 93 e ss.

²⁹ BIRK, Dieter. *Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz*. Op.cit., p.11.

³⁰ KAUFMANN, Arthur. *Grundprobleme der Rechtsphilosophie. Eine Einführung in das rechtsphilosophische Denken*. München: C.H.Beck, 1994, p.171.

³¹ MERKL, Adolf. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Wien: Springer, 1927, p.209-210.

abraça também o reconhecimento de uma *margem permitida de alterabilidade*.³² Trata-se de enxergar uma “mínima medida” de consistência, a proteção de um *minimum* de continuidade³³ ao lado de uma esfera marginal de mudança sistemicamente autorizada. Portanto, a força da continuidade atribui ao sistema apenas uma duração tendencial,³⁴ sem precluir ou impedir a alteração de conteúdos estáveis.

3.1. Continuidade Jurídica, Segurança e Alteração de Jurisprudência

Vimos que as pessoas programam suas vidas e suas condutas com base na expectativa da manutenção de uma regra. E, na visão do indivíduo, pouco importa se a alteração normativa que pode surpreendê-los virá por uma nova lei, ato administrativo ou por uma guinada no entendimento jurisprudencial.³⁵ Se os efeitos são os mesmos, prejudicando o planejamento que considerou e confiou na expectativa de manutenção da jurisprudência constante, então a proteção das expectativas na alteração de entendimento consolidado dos tribunais deve ser assemelhado ao das alterações das leis e normas regulamentares.³⁶

Em qualquer caso, a segurança jurídica deve proteger as expectativas daqueles que legitimamente confiaram na subsistência daquela conclusão no tempo, e praticaram atos tomando este conteúdo estabilizado em consideração. Isso se aplica também no que se refere às decisões jurisdicionais estáveis,³⁷ campo no qual a doutrina estrangeira tem aplicado os conceitos de segurança, continuidade ou, mais comumente, de proteção da confiança.³⁸

³² LEISNER, Walter. *Das Gesetzesvertrauen des Bürgers. Zur Theorie der Rechtsstaatlichkeit und der Rückwirkung der Gesetze*, in *Festschrift für Friedrich Berber zum 75. Geburtstag*. München: C.H.Beck, 1973, p.281; LEISNER, Anna. *Kontinuität als Verfassungsprinzip*. ... Op.cit., p.19.

³³ KRIELE, Martin. *Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*. Berlin: Duncker & Humblot, 2ª ed., 1976, p.263-264, na linha de vinculações presumidas das prejudiciais. No mesmo sentido, LEISNER, Anna. *Kontinuität als Verfassungsprinzip*. ... Op.cit., p.197.

³⁴ BARROSO, Luis Roberto. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil, in *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.133; Idem. Poder constituinte derivado, segurança jurídica e coisa julgada, in: *Temas de Direito Constitucional*, vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.409; SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *Der Rechtsstaat*. Op.cit., p.586 e ss; LEISNER, Anna. *Kontinuität als Verfassungsprinzip*. ... Op.cit., p.354 e ss; MEDAUAR, Odete. Segurança jurídica e confiança legítima, in *Fundamentos do Estado de Direito. Estudos em Homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005, p.115-117; PIEROTH, Bodo. *Rückwirkung und Übergangsrecht. Verfassungsrechtliche Maßstäbe für intertemporale Gesetzgebung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1981, p.118; MAURER, Hartmut. *Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz*, in ISENSEE, Josef e KIRCHHOF, Paul (Org.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: C.F.Müller, III, 1996, p.417.

³⁵ GRUNSKY, Wolfgang. *Grenzen der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung*. Op.cit., p.11.

³⁶ MAURER, Hartmut. *Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz*. Op.cit., p.468-469; OSSENBUHL, Fritz. *Vertrauensschutz im sozialen Rechtsstaat. Die Öffentliche Verwaltung. Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik*, n.1-2, jan, 1972, p.33; Schulze-Fielitz, Helmuth. *Kernelemente des Rechtsstaatsprinzips*, Op.cit., p.193. Confira-se ainda o debate em KNITTEL, Wilhelm. *Zum Problem der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung. Eine Untersuchung zum deutschen und US-amerikanischen Recht*. Bielefeld: Giesecking, 1965, p.20 ss, 50 ss.

³⁷ LEISNER, Anna. *Kontinuität als Verfassungsprinzip*. ... Op.cit., p.153.

³⁸ BOUJONG, Karlheinz. *Rechtsfortbildung, Rechtsprechungsänderung und Vertrauensschutz in der Judikatur des Bundesgerichtshofs*, in *Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag*. München: C.H.Beck, 2005, p.1238-1239.

Pensamos que o princípio de proteção da confiança se aplica também aos atos jurisdicionais, embora esta seja uma conclusão reconhecida só mais recentemente que para os atos administrativos e legislativos, para os quais a aplicação do princípio é muito mais antiga.³⁹ De fato, vários autores veem na proteção da confiança o fundamento para restringir a mudança de jurisprudência retroativa.⁴⁰ Se a mudança de jurisprudência reflete uma colisão intertemporal de normas,⁴¹ e a proteção da confiança assume, no contexto do Estado de Direito, uma dimensão de “confiança intertemporal”,⁴² esta também deveria ser protetiva dos direitos individuais na mudança de jurisprudência.

Porém, a questão é polêmica, e muitos autores são contrários à aplicação do princípio da proteção da confiança nas alterações de jurisprudência. Claus-Wilhelm Canaris, p.ex., afirma não ser possível justificar o problema da revogação de jurisprudência na *Vertrauensschutz* porque este seria um princípio muito vago e que nem sempre é invocado contra o Estado. O professor de Munique prefere usar conceitos “civilistas” como o abuso de direito (*Rechtsmissbrauch*).⁴³

Outros autores, como Leisner e Burmeister, engrossam o coro e também afirmam que a proteção da confiança não serve para bloquear alterações de jurisprudência. Por um lado, não poderia existir uma autovinculação dos tribunais aos entendimentos anteriores,⁴⁴ sob pena de estarmos impedindo a evolução e o aprimoramento do direito, aprisionando os tribunais a entendimentos e interpretações não mais aceitáveis.⁴⁵ Fortes na não vinculatividade da jurisprudência nos ordenamentos do *civil law*, sustentam que não se poderiam aplicar os mesmos critérios consagrados para a proteção da confiança em relação aos atos legislativos porque, no caso da mudança legal, a lei anterior efetivamente existiu e foi válida; na mudança de jurisprudência, o entendimento superado corresponderia a uma “má-compreensão” do direito, e então não haveria em verdade qualquer alteração normativa.⁴⁶ Não existiria, portanto, um direito do particular à confiança em uma “percepção antiga e ruim do juiz”, não havendo expectativa legítima a ser tutelada.

Ademais, afirma-se que, pela limitação subjetiva *inter partes* da coisa julgada, normalmente as decisões judiciais não devam gerar confiança para ninguém.⁴⁷

³⁹ BEERMANN, Joahanes. *Verwirkung und Vertrauensschutz im Steuerrecht*. Op.cit., p.28.

⁴⁰ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança. Uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2009, p.174-175; BEERMANN, Joahanes. *Verwirkung und Vertrauensschutz im Steuerrecht*. Op.cit., p.29.

⁴¹ PROBST, Thomas. *Die Änderung der Rechtsprechung*. Op.cit., p.714, 719; PIEKENBROCK, Andreas. “Faktische Rechtsänderungen durch Richterspruch als Kollisionsrechtliches Problem”, Op.cit., p.21.

⁴² SOBOTA, Katharina. *Das Prinzip Rechtsstaat*. Op.cit., p.163: “intertemporäre Verlässlichkeit”. PIEKENBROCK, Andreas. “Faktische Rechtsänderungen durch Richterspruch als Kollisionsrechtliches Problem”, Op.cit., p.32-33 e 38.

⁴³ CANARIS, Claus-Wilhelm. “Anmerkung zum BAG – Beschluss vom 6.1.1971”, in *Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen*, n.1, 1972, p.22-23.

⁴⁴ BURMEISTER, Joachim. *Vertrauensschutz im Prozeßrecht*. Op.cit., p.35.

⁴⁵ LEISNER, Anna. *Kontinuität als Verfassungsprinzip...*, Op.cit., p.538-541.

⁴⁶ PROBST, Thomas. *Die Änderung der Rechtsprechung*. Op.cit., p.441-442.

⁴⁷ Cf. ROBBERS, Gerhard. “Rückwirkende Rechtsprechungsänderung”, Op.cit., p.485.

Com todas as vênias aos ilustres autores, estas críticas são, em nosso sentir, fundadas em premissas equivocadas. Em primeiro lugar, apesar da coisa julgada ser limitada às partes, os efeitos das decisões podem atingir os terceiros, o que já seria fundamento suficiente para justificar uma preocupação com a proteção da confiança. De outro lado, a aplicação do princípio da proteção da confiança é hoje corriqueira, havendo menos vagueza e maior quantidade de parâmetros aplicativos, o que torna sua utilização controlável e racional. Ademais, a proteção da confiança é essencialmente um direito do indivíduo contra o Estado. Além disso, como o juiz não aplica a lei, mas a lei interpretada, hoje já se aceita muito mais a força criativa da decisão judicial, sendo cada vez mais claro que o entendimento dos tribunais é também condicionante aos juízos inferiores pela força persuasiva das decisões, ainda que não vinculantes.⁴⁸ Por fim, em decisões de espectro subjetivo mais amplo, de definição de conteúdo normativo geral (incidente de recursos repetitivos, repercussão geral, etc), pode-se compreender que a pretensão de correção do tribunal, somada à abrangência do pronunciamento, possam gerar confiança legítima, já que serão modelos de conduta futura.⁴⁹

Não obstante, ainda que se defenda que o princípio da proteção da confiança não poderia ser considerado o fundamento para as restrições à mudança jurisprudencial, a vertente da continuidade jurídica impõe deveres aos tribunais de permanência e duração da jurisprudência consolidada reclamando métodos e técnicas de preservação da segurança jurídica na mudança de entendimento consolidado.

Isso porque a própria noção de jurisprudência depende de uma certa continuidade das decisões.⁵⁰ As decisões de alteração de jurisprudência devem, então, preocupar-se com o futuro, para que o indivíduo que se programou com base na jurisprudência anterior possa praticar atos jurídicos sem ser surpreendido.⁵¹ Portanto, ambos os princípios, continuidade jurídica e proteção da confiança, complementam-se na questão da estabilidade da jurisprudência.⁵²

⁴⁸ Kriele chega a afirmar que as decisões anteriores gerariam uma espécie de “presunção”. Cf. KRIELE, Martin. *Theorie der Rechtsgewinnung*. Op.cit., p.246, 262 ss.

⁴⁹ Nestes casos, pode-se fazer alguma analogia sobre a retroatividade da jurisprudência com a retroatividade das leis. Cf. LEISNER, Anna. *Kontinuität als Verfassungsprinzip...*, Op.cit., p.536-538, 616-618.

⁵⁰ LEISNER-EGENSPERGER, Anna. “*Kontinuitätsgewähr in der Finanzrechtsprechung*”, Op.cit., p.208.

⁵¹ KNITTEL, Wilhelm. *Zum Problem der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung*. Op.cit., p.59-60.

⁵² O Tribunal Superior do Trabalho alemão justifica a estabilidade da jurisprudência não apenas na proteção da confiança, mas também no princípio da continuidade: ambos devem impor limites à alteração. Confira-se BAGE 45, 277 (288). Não obstante, lembre-se sempre que o princípio da proteção da confiança tem um caráter subjetivo: para que seja implementada a proteção da confiança de um indivíduo quando a alteração da jurisprudência se fizer necessária, deve haver um comportamento concreto para justificar a base da confiança. Sobre o tema, Cf. ARNDT, Hans-Wolfgang. *Probleme rückwirkender Rechtsprechungsänderung*. Op.cit., p.82-84; PROBST, Thomas. *Die Änderung der Rechtsprechung*. Op.cit., p.539 ss; BURMEISTER, Joachim. *Vertrauensschutz im Prozeßrecht*. Op.cit., p.26 ss; LEISNER, Anna. *Kontinuität als Verfassungsprinzip...*, Op.cit., p.541.

3.2. A Importância da Argumentação para que se Verifique a Estabilidade da Jurisprudência

Não há um conceito claro que defina qual é a *ratio decidendi* de uma jurisprudência consolidada; tampouco se sabe com precisão o que significa uma mudança jurisprudencial ou da *praxis* judiciária nos ordenamentos do *civil law*.

Nos ordenamentos do *common law*, mais acostumados a lidar com a jurisprudência (pelo caráter vinculativo do precedente), os estudos sobre as decisões passam não apenas pela identificação do conteúdo da regra do precedente (a identificação da *ratio decidendi* ou *holding*), mas também uma perspectiva “externa”, sobre como aquele precedente ou aquela jurisprudência deve se comportar diante de novos elementos que alterem as bases do raciocínio que levou ao entendimento consolidado.⁵³

Naqueles ordenamentos, fala-se no *overruling* como sendo a superação de uma regra jurídica estabelecida em uma decisão anterior, decisão que fora a primeira a tratar daquele tema (*case of first impression*), e que é, em termos simples, a decisão que “lidera” a jurisprudência sobre a matéria (*leading case*).⁵⁴

Porém, não é possível aplicar estes conceitos aos ordenamentos de precedente não vinculativo ou meramente persuasivo. Nestes, como no Brasil, a jurisprudência se constitui de uma série de decisões, e não apenas uma. Portanto, sua alteração deve ser verificada não só por uma outra decisão que conclua em sentido diverso de todas aquelas que compunham a jurisprudência anterior; é necessário que haja uma certa reprodução e estabilização do novo entendimento para que se possa constatar uma mudança jurisprudencial.⁵⁵ Somente em raras hipóteses poderíamos pensar num *overruling* no sentido anglo-americano. Isso seria imaginável em certas decisões do STF (p.ex., que analisam a repercussão geral em recurso extraordinário) e também do STJ (como nas decisões no julgamento de recursos especiais repetitivos).⁵⁶ Estes tribunais por vezes decidem também recursos específicos de uniformização de jurisprudência, como os embargos de divergência, que são julgados por órgãos de composição mais representativa, como as Seções ou o Pleno.⁵⁷ Nestes casos, uma única decisão poderia ser considerada como *overruling* de todo o conjunto consolidado de arestos que anteriormente aplicavam o entendimento oposto.

Na generalidade dos casos em que falamos, no Brasil, sobre “superação”, “revogação” ou “mudança” de jurisprudência consolidada, pensamos numa “virada” de entendimento que pode até se iniciar de uma única decisão, mas que, para

⁵³ Esta perspectiva externa é salientada por MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010, p.214-215.

⁵⁴ Sobre o tema, Cf. PROBST, Thomas. *Die Änderung der Rechtsprechung*. Op.cit., p.126-129; ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais*. Op.cit., p.304.

⁵⁵ PROBST, Thomas. *Die Änderung der Rechtsprechung*. Op.cit., p.130-134.

⁵⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Precedentes e evolução do direito*, Op.cit., p.81.

⁵⁷ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica no direito tributário*. Op.cit., p.532 ss.

significar a substituição de uma conclusão estável por outra, depende igualmente de que o novo entendimento venha a ser reiterado em outros círculos decisórios e por algum tempo.

Nesse contexto, o que é talvez o mais interessante notar é que o estudo da segurança jurídica da jurisprudência, bem assim as formas e técnicas para sua revisão ou superação, revela que a estabilidade aqui depende fundamentalmente de uma análise sobre os argumentos das partes e do juízo. Isto é, ao contrário de outras formas de estabilidade processual (como a coisa julgada), nas quais a comparação de conteúdo para que se verifique haver ou não estabilidade (e para se seguir a quebra de estabilidade) revela-se num exame das conclusões da decisão (o dispositivo), na jurisprudência consolidada é o exame dos fundamentos, do debate em contraditório, das razões de decidir, que permitirá aquilatar se havia um conjunto sólido de decisões unívocas que poderia ser considerado uma “jurisprudência consolidada”, e é neste mesmo complexo de argumentações, cotejado com o novo entendimento, que se poderá identificar uma reversão ou superação daquela conclusão anterior. E, para descobrir este núcleo de questões estáveis que está sendo modificado, mister se faz analisar a fundamentação.

E a segurança jurídica das expectativas criadas pela jurisprudência consolidada também dependerá desta verificação. De fato, o que gera a confiança, expectativas, é a *ratio decidendi*, até porque é esta que está relacionada com a vinculatividade.⁵⁸ Assim, a análise da quebra de estabilidade da jurisprudência remete o jurista a uma análise do procedimento em contraditório, vale dizer, um exame muito mais dinâmico do que aquelas técnicas tradicionalmente aplicadas para verificação da existência de coisa julgada, por exemplo.

4. Exemplos Brasileiros de Retroação de Jurisprudência Violadora da Segurança Jurídica: Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Tribunal Superior do Trabalho (TST)

Para evidenciar a necessidade de estudo e reflexão sobre a mudança de jurisprudência, e a surpresa que a aplicação retroativa de um novo entendimento pode gerar, traremos alguns exemplos recentes de retroação de decisões que geraram, e certamente ainda produzirão, muitos prejuízos, em patente violação à proteção da confiança legítima e à continuidade jurídica.

⁵⁸ SCHLÜTER, Wilfried. *Das Obiter Dictum*. Op.cit., p.81; BODENHEIMER, Edgar. *Präjudizverwertung und Gesetzesauslegung im amerikanischen Staat*. Archiv für die civilistische Praxis, ano 160, 1961, p.4-16; RIEZLER, Erwin. *Ratio decidendi und obiter dictum im Urteil*, in Archiv für die civilistische Praxis, ano 139, 1934, p.161-162; ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança...* Op.cit., p.201. Sobre a diferença entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, confira-se, no direito brasileiro, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “Precedentes e evolução do direito”, Op.cit., p.39-40, 46; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. Op.cit., p.335 ss; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. Op.cit., p.175 ss; NUNES, Dierle. “Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização”, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012, p.267 ss; WOLKART, Erik Navarro. “Súmula vinculante: necessidade e implicações práticas de sua adoção...”, Op.cit., p.295; ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais*. Op.cit., p.105 ss; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro*. Op.cit., p.71 ss.

Especialmente nesta coletânea, em que se estuda, em retrospectiva, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em matéria processual, entendemos relevante também apresentar nossa crítica ao tratamento que já foi dado, em algumas oportunidades, à alteração de entendimento consolidado nos tribunais superiores brasileiros.

Exemplo de aplicação retroativa de um novo entendimento jurisprudencial foi da orientação jurisprudencial n. 320 do TST, referente ao sistema de protocolo integrado. Este sistema tinha sido criado, em alguns Tribunais do Trabalho, para permitir que varas do interior recebessem o protocolo de recursos destinados a outras varas e ao próprio tribunal. O TST afirmou que este protocolo só valia no âmbito do próprio tribunal local, mas não no TST, e passou a inadmitir diversos recursos com base neste novo entendimento, mesmo que os recursos tivessem sido interpostos muito tempo antes. Seria óbvio ressaltar que inúmeros recorrentes foram prejudicados. E as enormes dificuldades práticas decorrentes desta aplicação retroativa e sem preocupação com a segurança jurídica geraram a revogação desta orientação jurisprudencial.⁵⁹

Outro exemplo pode ser extraído da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que operou uma retroativa mudança de jurisprudência que certamente gerou e ainda produzirá inúmeros prejuízos. Tratava-se da questão de saber qual seria o termo *a quo* para os prazos do Ministério Público, se seria contado a partir da entrada física dos processos no protocolo do órgão, ou do recebimento pessoal pelo membro (Promotor ou Procurador), com a aposição do “ciente”. A jurisprudência do STJ, que outrora decidira que deveria ser contado o prazo do recebimento pessoal dos autos pelo membro do MP, passou a entender que o prazo deveria começar a transcorrer da entrada do processo no órgão, ainda que o processo, por burocracia interna, demorasse para chegar às suas mãos. Pois bem, até aí, seria uma alteração normal de entendimento, operada pela convicção da corte de estar aprimorando sua interpretação das regras legais.⁶⁰ No entanto, posteriormente, o STJ decidiu que a nova contagem do prazo seria aplicada retroativamente, isto é, também aos casos anteriores aos arestos que mudaram o entendimento.⁶¹ Ora, com todas as vênias, não podemos concordar. Isto porque as partes sempre se pautaram pelo entendimento anterior, e então os membros do MP, durante anos, utilizavam o prazo contando o termo *a quo* a

⁵⁹ Cf. MALLET, Estêvão. A jurisprudência sempre deve ser aplicada retroativamente? *Revista de Processo*, ano 31, n.133, mar. 2006, p.73.

⁶⁰ Inclusive concordamos, no mérito, com o Superior Tribunal de Justiça.

⁶¹ AgRg nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 403.153-SP, Rel. Min. Castro Meira. Embargos de Divergência. Ministério Público. Prazo Recursal. Termo *a quo*. 1. A jurisprudência desta Corte é uníssona no sentido de que os prazos processuais para o Ministério Público começam a correr a partir da entrega dos autos no protocolo administrativo do órgão. Precedentes da Corte Especial: AgREsp 734.358/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU 18.12.06; EREsp 337.052/SP, Rel. Min. Felix Fischer, DJU 14.03.05; REsp 628.621/DF, Corte Especial, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU 06.09.04. 2. Não pairam dúvidas de que esse entendimento é aplicável também aos recursos apresentados em momento anterior à sedimentação do posicionamento da Corte Especial, haja vista que é manifesto o conteúdo declaratório dos julgamentos, os quais não criaram nova regra acerca da tempestividade – fenômeno que deriva da edição de uma lei –, mas apenas procederam à interpretação de normas já vigentes. 3. Agravo regimental não provido. Brasília, 02 de agosto de 2010 (data do julgamento).

partir da chegada dos autos a seus gabinetes. Quantos devem ter sido os arrazoados, talvez até mesmo com prazos peremptórios (como recursos), que foram protocolados em juízo acreditando ser esta a maneira correta de computar o prazo?! A retroatividade aplicada pelo STJ fere patentemente o dever de continuidade que os tribunais devem observar, surpreendendo os litigantes (no caso, um órgão estatal que atua a serviço da sociedade), com uma abrupta e retroativa alteração jurisprudencial. O que é ainda mais flagrantemente violador da continuidade jurídica é que tal decisão foi tomada no julgamento de um recurso específico para uniformizar jurisprudência, os embargos de divergência em recurso especial, sede na qual as preocupações da corte com o impacto da decisão e a estabilidade na mudança deveriam ser ainda maiores.⁶²

Após estes exemplos, pensamos estar demonstrada a importância de mecanismos compensatórios para evitar uma perniciosa retroação das decisões judiciais em contrariedade à segurança-continuidade.

5. Mecanismos Preventivos e Técnicas Reparadoras para Preservação de Segurança na Mudança de Jurisprudência

Pois bem, fixadas as premissas de que: 1) a jurisprudência consolidada gera padrões de conduta individual, e que, por este motivo, 2) deve haver proteção às posições estáveis quando da mudança de jurisprudência, coube à doutrina teorizar a respeito de técnicas eficazes de implementar a segurança-continuidade na alteração de entendimentos jurisprudenciais consolidados.

Dentre estes mecanismos, alguns podem ser considerados “reparatórios” ou “compensatórios”, como são as *regras de transição* editadas pelo Judiciário. Sobre este tema, não será possível ampliar o debate nestas linhas, e remetemos o leitor a outro texto.⁶³

Aqui concentraremos nossos esforços numa técnica diversa, que poderia ser denominada de “preventiva” porque atua num momento anterior à alteração da jurisprudência em si. Trata-se do anúncio público de revisão de entendimento, também chamada de decisão ou julgamento-alerta.

5.1. Julgamento-alerta: o Anúncio Público da Possível Mudança ou Reapreciação do Entendimento Consolidado

Os mecanismos preventivos de atuação da continuidade jurídica na mudança de jurisprudência têm como objetivo prevenir as mudanças abruptas e alertar para uma possível alteração futura, e então preparar os indivíduos para que não mais se pautem naquele entendimento até então consolidado. O mais importante

⁶² Veja-se que a aplicação da proteção da confiança, neste caso, não pode ser implementada porque, para a maioria da doutrina, o princípio só se aplica em favor dos indivíduos, mas não em favor do Estado; o que justificaria a utilização de técnicas reparadoras, como a modulação de efeitos da jurisprudência, é o princípio da continuidade, demonstrando, ainda uma vez, tratar-se de tutelas diversas em complementares. Cf. BEERMANN, Joahanes. *Verwirkung und Vertrauensschutz im Steuerrecht*. Op.cit., p.31 e 212.

⁶³ Sobre o tema, confira-se o nosso CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Salvador: Jus Podivm, 2013, passim.

instrumento deste tipo é o que poderia ser denominado de “anúncio público” de revisão de jurisprudência consolidada.

Através desta técnica, o tribunal veicula a informação de que estará revendo, reavaliando, reapreciando, em casos futuros, o posicionamento até então mantido e reiterado.⁶⁴ O anúncio equivale a uma pronúncia de que a corte “duvida” da correção do entendimento aplicado até aquele momento, e portanto se afigura possível a alteração de sua conclusão a respeito do tema.⁶⁵

Este tipo de decisão não é um pressuposto para a modificação da jurisprudência, e tampouco poderia ser enxergado como uma obrigatoriedade para os tribunais,⁶⁶ até porque as próprias características deste tipo de comunicação mostram que a corte ainda considera haver necessidade de alguma reflexão adicional antes que a mudança seja implementada,⁶⁷ caso contrário já o teria feito. Assim, o conteúdo do anúncio não é vinculativo, nem para as instâncias inferiores, nem para o próprio tribunal. Vale dizer, pode haver o anúncio sem que posteriormente a mudança de jurisprudência se verifique.

Mas ainda que o anúncio público não seja vinculativo, esta técnica tem importantes aspectos de harmonia e continuidade sistêmica, e empresta à jurisdição uma “abordagem voltada à regra futura” (“*future-law approach*”),⁶⁸ reduzindo-se o impacto da mudança de entendimento nos comportamentos humanos.⁶⁹ E a relevância do instituto pode se analisada tanto do ponto de vista dos indivíduos como nos interesses do tráfico jurídico.

Do lado individual, o anúncio público representa uma decisão-alerta (*Warnurteil*),⁷⁰ informando da relativa insegurança que se visualiza sobre como será consolidado o entendimento jurisprudencial sobre a matéria (afinal, é uma pronúncia de que a corte poderá mudar sua posição), e então desde logo comunica-se que não se poderá alegar, em processos futuros, que as partes se pautaram confiando na manutenção do entendimento pretérito. A partir da decisão, os particulares podem (e devem) deixar de praticar condutas que sejam exclusiva ou preponderantemente baseadas na jurisprudência cuja revisão pode vir a acontecer, ou na interpretação rejeitada pela corte.

⁶⁴ Cf. WOERNER, Lothar. *Der Bundesfinanzhof zwischen Stetigkeit und Wandel...*, Op.cit., p.1034-1035.

⁶⁵ BÄR, Rolf. “*Praxisänderung und Rechtssicherheit*”, Op.cit., p.8-9.

⁶⁶ BOUJONG, Karlheinz. “*Rechtsfortbildung, Rechtsprechungsänderung und Vertrauensschutz in der Judikatur des Bundesgerichtshofs*”, Op.cit., p.1239; BÄR, Rolf. “*Praxisänderung und Rechtssicherheit*”, Op.cit., p.18.

⁶⁷ BIRK, Rolf. “*Die Ankündigung von Rechtsprechungsänderungen. Rechtssoziologische und methodologische Bemerkungen zum Urteil des BAG vom 26.10.1973*”, in *Juristen Zeitung*, 1974, p.738.

⁶⁸ DWORKIN, Gerald. *Stare decisis and the rule of law. Modern Law Review*, ano 25, n.2, mar, 1962, p.177 ss. No Brasil, SANTOS, Evaristo Aragão “Em torno do conceito e da formação do precedente judicial”, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012, p.179.

⁶⁹ Em sentido similar, LANGENBUCHER, Katja. *Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht*. Op.cit., p.136-137; PROBST, Thomas. *Die Änderung der Rechtsprechung*. Op.cit., p.684; No mesmo sentido, afirma Maurer: “*Die Problematik der Rechtsprechungsänderung würde entschärft, wenn das jeweils zuständige oberste Gericht die künftige Änderung seiner Rechtsprechung vorher, also in einem früheren Urteil, durch ein obiter dictum, ankündigen würde*”. MAURER, Hartmut. “*Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz*”, Op.cit., p.472.

⁷⁰ RÜBERG, Burkhard. *Vertrauensschutz gegenüber rückwirkender Rechtsprechungsänderung*. Op.cit., p.212 ss; BIRK, Rolf. “*Die Ankündigung von Rechtsprechungsänderungen...*”, Op.cit., p.740.

Já no que tange aos interesses sistêmicos referentes ao tráfico jurídico, a técnica permite ao órgão decisório estatal não só cumprir seu dever de continuidade, operando transições suaves entre dois regramentos, como ainda facilita a verificação futura da tutela individual da confiança legítima. Com efeito, ao operar o anúncio público, alertando sobre a possível revisão do entendimento jurisprudencial, o tribunal *transfere o risco* dos prejuízos pela alteração da estabilidade para o particular. Portanto, caso programe suas atividades com base no entendimento que venha a ser alterado, o indivíduo não poderá alegar expectativas legítimas dignas de proteção, porque sua conduta, a partir do momento do anúncio público, fora tomada assumindo o risco da mudança.⁷¹

Com a publicação e divulgação desta notícia, inclusive na imprensa, pode ficar descaracterizada a *legitimidade* da confiança depositada pelo particular na manutenção da jurisprudência anterior.⁷² De fato, as expectativas na aplicação do direito (*Rechtsanwendungserwartungen*) perdem sua razão quando os tribunais anunciam que estarão refletindo sobre a sua jurisprudência até aquele momento consolidada.⁷³ Note-se que, para que este tipo de anúncio público seja eficaz, a amplitude da publicidade dada deve ser a maior possível, inclusive com a utilização de meios eletrônicos como a *internet*.⁷⁴

Ainda se pode pensar em outro efeito desta técnica do ponto de vista da interação institucional entre os diversos tribunais nas variadas instâncias recursais. É que, a partir do anúncio público de uma possível revisão da jurisprudência, mesmo que esta alteração não seja certa, pode-se imaginar numa postura de cautela das cortes inferiores em invocar um entendimento consolidado para certos tipos de decisão em que a existência de jurisprudência consolidada é pressuposto. Assim, técnicas como o julgamento monocrático pelo relator (arts.120, parágrafo único; 557 e §1º-A; 544, §4º, “b” e “c”, todos do CPC), a súmula impeditiva de recurso (art.518, § 1º do CPC), a repercussão geral (arts.543-A, §3º; 543-B, §2º, ambos do CPC), a não aplicação do duplo grau de jurisdição obrigatório (art.475, §3º do CPC), ou mesmo o recebimento do recurso especial com fundamento no dissídio jurisprudencial (art.105, III, “c” da CR/88; art.541 do CPC), todas podem deixar de ser aplicadas ou terem sua aplicação relativizada diante da instabilidade que persiste, após o julgamento-alerta, a respeito da manutenção da jurisprudência consolidada.

Apesar das muitas vantagens que a técnica processual poderia trazer, existem alguns fatores que fazem com que certos setores doutrinários ainda se demonstrem refratários à adoção do aviso público em julgamentos. Sem embargo, muitos parecem ser contra o julgamento-alerta, de um lado, porque não seria algo típico da função jurisdicional; ou também porque o aviso corresponderia a uma

⁷¹ WEBER-DÜRLER, Beatrice. *Vertrauensschutz im öffentlichen Recht*. Op.cit., p.185, 191, 227.

⁷² ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança...* Op.cit., p.187; SOBOTA, Katharina. *Das Prinzip Rechtsstaat*. Op.cit., p.181; ROBBERS, Gerhard. “*Rückwirkende Rechtsprechungsänderung*”, Op.cit., p.488.

⁷³ SACHS, Michael. *Grundgesetz Kommentar*. München: C.H.Beck, 5ª ed., 1995, p.823; BIRK, Rolf. “*Die Ankündigung von Rechtsprechungsänderungen...*”, Op.cit., p.737, 739.

⁷⁴ MAURER, Hartmut. “*Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz*”, Op.cit., p.472-473.

mera especulação, que poderia tornar a jurisprudência demasiadamente instável. Afirmar-se ainda que as decisões-alerta poderiam gerar frustração ou prejudicar a confiança depositada no Judiciário, sobretudo se a anunciada mudança de entendimento não ocorresse.⁷⁵ Note-se que, mesmo quando efetivamente reavaliada pelo tribunal (o que pode nem mesmo vir a acontecer), se a interpretação ou aplicação anterior for “mantida” ou “confirmada”, isto é, “reabilitada”, realmente terá havido alguma insegurança no tráfego jurídico no período entre o anúncio público e a confirmação da tese anterior.⁷⁶

A doutrina faz algumas restrições também à possibilidade de utilização do anúncio por ele ser *prévio*, isto é, anterior ao caso em que venha a operar a mudança de entendimento. Sustenta-se que, se por um lado a técnica realmente pode proteger os indivíduos da surpresa de uma mudança da jurisprudência, ela deveria sempre ser operada no próprio caso em que a corte verificou que um novo entendimento deve prevalecer. Então correto seria mudar imediatamente o entendimento e ponderar, com base na continuidade jurídica, a necessidade de aplicação de regras de transição (como a modulação temporal dos efeitos da decisão).

De nossa parte, balanceando as críticas e as vantagens do instituto, temos que a proteção da continuidade deve ser vista como uma função da jurisdição contemporânea, uma preocupação com os resultados do processo para além da eficácia *inter partes*.⁷⁷ Os avisos, informações, instruções para as instâncias inferiores e para todos os indivíduos enquadram-se em tarefas do Judiciário na atualidade, atividade que escapa à mera solução do *Streitgegenstand*,⁷⁸ é verdade, mas que devem ser compreendidas como funções jurisdicionais. Ademais, a publicização do processo moderno faz com que devam ser repensados os meios de comunicação e interação do Judiciário com as partes, as instâncias inferiores, os advogados, outros órgãos de Estado, juristas,⁷⁹ etc., num verdadeiro diálogo institucional.

5.2. Exemplos de Anúncio Público na Jurisprudência Estrangeira

A técnica dos julgamentos-alerta ou anúncios públicos tem sido constantemente verificada na jurisprudência no direito comparado. Já foi implementada, p.ex., em julgados da *House of Lords* inglesa,⁸⁰ do Tribunal Federal suíço,⁸¹ e do Tribunal Constitucional austríaco.⁸²

⁷⁵ BIRK, Rolf. “Die Ankündigung von Rechtsprechungsänderungen...”, Op.cit., p.741-742. Cf. PROBST, Thomas. *Die Änderung der Rechtsprechung*. Op.cit., p.691-692.

⁷⁶ RÜBERG, Burkhard. *Vertrauensschutz gegenüber rückwirkender Rechtsprechungsänderung*. Op.cit., p.214-216.

⁷⁷ Cf. KIRCHHOF, Paul. “Kontinuität und Vertrauensschutz bei Änderungen der Rechtsprechung”, Op.cit., p.270.

⁷⁸ SCHLÜTER, Wilfried. *Das Obiter Dictum*. Op.cit., p.180.

⁷⁹ BIRK, Rolf. “Die Ankündigung von Rechtsprechungsänderungen...”, Op.cit., p.735-736.

⁸⁰ *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners, Ltd.* (1963) 2 All E.R.575. No voto de Lord Devlin, lê-se que “Cases may arise in the future in which a new and wider proposition, quite independent of any notion of contract, will be needed. (...) and when similar facts arise in the future, the case will have to be judged afresh in the light of the principles which the house has now laid down”.

⁸¹ BGE 102 I B 107; BGE 95 I 253.

⁸² VerfGH Slg. 1963 n.4365.

No direito estadunidense, por outro lado, existem alguns institutos mais conhecidos e que são diferentes da técnica do aviso público de mudança potencial de jurisprudência. Assim, não se deve confundir o julgamento-alerta com o chamado *anticipatory overruling*, pelo qual as cortes inferiores (que não produziram o precedente e que deveriam estar vinculadas a ele), entendem que há grande probabilidade de que a conclusão do precedente venha a ser superada pela corte superior, e então “antecipam-se” à revogação do precedente. No *anticipatory overruling*, a mudança de jurisprudência efetivamente ocorre, mas é operada de fato (e não de direito) pelas cortes inferiores (até porque só se pode falar num verdadeiro *overruling* se o tribunal superior confirmar posteriormente a substituição do precedente pelo novo entendimento).⁸³

Outra técnica praticada nos EUA, e que poderia ser erroneamente confundida com o julgamento-alerta é chamada *signaling* ou “sinalização”,⁸⁴ segundo a qual a corte reconhece que o conteúdo do precedente está errado e deve ser superado mas, em nome da segurança jurídica, afirma apenas sua “perda de consistência”, sinalizando a sua futura revogação.⁸⁵ Neste mecanismo, como se vê, o tribunal não duvida do desacerto do precedente, e tampouco parece que a mudança de jurisprudência seja apenas uma possibilidade, que pode ou não vir a se verificar. No caso de *signaling*, já existe uma conclusão pela superação do precedente, mas o *overruling* não é pronunciado de imediato para não ferir a segurança jurídica. Tanto a técnica como sua finalidade são diversas, como se vê.

Observam-se algumas decisões no direito norte-americano que os tribunais efetivamente estabelecem um diálogo, em nome da segurança jurídica, incentivando a adoção de padrões de conduta diversos quando entende que um entendimento estava equivocado. Isso ocorre inclusive na *Supreme Court* dos Estados Unidos da América, e em certas hipóteses a corte expressamente sugere que os indivíduos não se pautem mais pelo entendimento anterior.⁸⁶ Porém, apesar de ser uma interação louvável para o tráfico jurídico, não é bem o uso do que aqui denominamos de julgamento-alerta.

Já no direito alemão, a técnica do julgamento-alerta vem sendo mais e mais aplicada. O aviso público de revisão de jurisprudência já foi pronunciado pelo

⁸³ Sobre o tema, Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e. “Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial”, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012 p.109; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro*. Op.cit., p.96; ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais*. Op.cit., p.307; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “Precedentes e evolução do direito”, Op.cit., p.43.

⁸⁴ EISENBERG, Melvin Aron. *The Nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988, p.122. ⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. Op.cit., p.335 ss; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro*. Op.cit., p.92.

⁸⁶ England v. Medical Examiners, 375 U.S. 411, 422 (1964): “On the record in the instant case, the rule we announce today would call for affirmance of the District Court’s judgment. But we are unwilling to apply the rule against these appellants. As we have noted, their primary reason for litigating their federal claims in the state courts was assertedly a view that Windsor required them to do so. That view was mistaken, and will not avail other litigants who rely upon it after today’s decision (...)”.

Tribunal Constitucional⁸⁷ e pelo Tribunal Superior do Trabalho.⁸⁸ Com efeito, a corte trabalhista tedesca certamente é aquela que mais tem se valido dos julgamentos-alerta, e já o fez com a consideração de que a mudança de entendimento, quando relevante ao tráfico jurídico, mereceria debate mais prolongado e pluralista, e então o aviso público daria oportunidade para que outros argumentos fossem trazidos à consideração da corte.⁸⁹ Em suma, o mecanismo não só protege a confiança legítima, mas também facilita a atuação mais ampla de um contraditório participativo e de diálogos interinstitucionais, iluminando e democratizando o próprio procedimento de alteração do entendimento consolidado.

5.3. Forma e Conteúdo do Julgamento-alerta

A primeira referência que pode ser feita, quando pensamos nas características que este tipo de pronúncia deva conter, a forma e conteúdo do julgamento alerta, é sede em que pode ou deve ser operado.

É de imaginar que a mudança de jurisprudência seja sempre operada de maneira clara e direta, com grande destaque para os novos fundamentos e com realce na novidade, isto é, com ênfase em informar e divulgar que se trata de uma alteração de jurisprudência consolidada. Todavia, esta não é a realidade nem mesmo nos ordenamentos do *common law*, onde às vezes o *overruling* vem em notas de rodapé.⁹⁰

Portanto, se os tribunais pelo mundo não têm o cuidado de destacar a mudança de jurisprudência nem mesmo quando esta efetivamente ocorre, cabe aqui dedicarmos algumas linhas a uma preocupação maior ainda no caso dos julgamentos-alerta. É que esta técnica, como não significa ainda uma mudança, poderia ser operada pelos tribunais com menos rigor ou com reduzida preocupação com a divulgação que a manifestação deva receber.

Inicialmente, ressaltamos que é absolutamente fundamental que se aponte qual o instituto, direito ou regra que poderá ter sua interpretação revista ou cuja exegese esteja sendo redefinida. Ou seja, a *clareza* e *precisão* deste tipo de comunicação é essencial para que cumpra sua função garantística: são dois aspectos essenciais de uma técnica que procura estabelecer diretrizes para a programação da conduta humana, caso contrário não teria capacidade de conferir uma mínima certeza dos caminhos a seguir, e em nada acrescentaria em termos de calculabilidade e previsibilidade.

⁸⁷ BVerfGE 34, 9 (26). Confira-se, em doutrina, BIRK, Rolf. “Die Ankündigung von Rechtsprechungsänderungen...”, Op.cit., p.736.

⁸⁸ BAGE 21, 237 (245).

⁸⁹ BAGE 22, 16 (21-22).

⁹⁰ É realmente algo no mínimo curioso se comparamos a importância da alteração e a negligência na sua documentação. Confira-se *Jones v. Mayer Co.*, 392 U.S. 409, 441-443, nota n.78 (1968); *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153, 195-196 nota n.47, (1976).

Para ser eficaz, o aviso público de revisão de jurisprudência também deve ser transparente a respeito de quais as normas poderão ter sua aplicação ou interpretação revistas. O anúncio público deve ser direto, com menção determinada e específica em relação à direção possível da revisão de jurisprudência, de como pode ser decidida a matéria, sobre as normas ou a interpretação que poderão ser revistas, etc.⁹¹

Então, não serve para estes propósitos qualquer forma suave e imprecisa de “rejeição”, “repúdio” ou “não confirmação” da jurisprudência anterior que corresponda apenas a uma maneira indireta de criticar: este formato não presta para anunciar ou informar a respeito da intenção do tribunal de alterar seu entendimento.⁹² Portanto, não é aceitável que sejam compreendidas como um julgamento-alerta meras “desaprovações” manifestadas pela corte sem qualquer explicitação acerca da possível alteração ou revisão da jurisprudência no futuro.

A corte deve ser clara e transparente também em descrever a reflexão sobre a necessidade de alteração de jurisprudência apenas como uma possibilidade, que poderá não vir a ocorrer no futuro. O cuidado é de não redigir o aviso em termos que possam sugerir que a jurisprudência já se alterou.

Por outro lado, devemos lembrar também que a decisão-alerta deve vir, sempre que possível, no voto condutor do julgamento. Um voto vencido, p.ex., pode no máximo influenciar a formação de maiorias jurisprudenciais futuras, mas não pode ser considerado como base para a confiança porque não compôs a maioria vitoriosa naquela decisão.⁹³

Mas as preocupações sobre as formalidades desta técnica também existem mesmo se o aviso for publicado no voto que liderou a maioria. Isso porque o alerta pode vir, como sói acontecer, num *obiter dictum*.⁹⁴ O perigo é que, como o *obiter dictum* não faz parte do objeto do processo, nem sempre é exposto com clareza e frequentemente não é bem documentado. De fato, a imprecisão é mais comum nos argumentos laterais do que na *ratio decidendi*.⁹⁵ Assim, quando visualizados diversos *obiter dicta*, podemos ser levados a crer que uma consideração levantada apenas como um apelo à reflexão seja tomada como uma tendência jurisprudencial.⁹⁶ Portanto, quando o aviso público for proferido em *obiter dictum*, deve-se atentar para que também este trecho da fundamentação seja divulgado, e não apenas a *ratio decidendi*, o dispositivo, a ementa ou qualquer extrato da conclusão.⁹⁷

⁹¹ BIRK, Rolf. “Die Ankündigung von Rechtsprechungsänderungen...”, Op.cit., p.737; BOUJONG, Karlheinz. “Rechtsfortbildung, Rechtsprechungsänderung und Vertrauensschutz in der Judikatur des Bundesgerichtshofs”, Op.cit., p.1240.

⁹² PROBST, Thomas. *Die Änderung der Rechtsprechung*. Op.cit., p.689-692.

⁹³ PROBST, Thomas. *Die Änderung der Rechtsprechung*. Op.cit., p.685-687.

⁹⁴ BÄR, Rolf. “Praxisänderung und Rechtssicherheit”, Op.cit., p.9.

⁹⁵ PROBST, Thomas. *Die Änderung der Rechtsprechung*. Op.cit., p.182-184.

⁹⁶ LANGENBUCHER, Katja. *Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht*. Op.cit., p.137-138; PROBST, Thomas. *Die Änderung der Rechtsprechung*. Op.cit., p.694-695.

⁹⁷ BIRK, Rolf. “Die Ankündigung von Rechtsprechungsänderungen...”, Op.cit., p.739. Há países em que por vezes não se publica nem mesmo o dispositivo da sentença. Cf. PROBST, Thomas. *Die Änderung der Rechtsprechung*. Op.cit., p.157 e nota 769.

6. Conclusão

Quando se fala na importância da jurisprudência para os comportamentos humanos, bem assim da necessidade de preocupação com a estabilidade do entendimento consolidado nos tribunais, normalmente vemos um discurso pessimista que pinta uma realidade de constantes alterações: o Judiciário é frequentemente retratado com anacrônico, caótico, desorganizado, etc.

No entanto, a observação da jurisprudência brasileira e mundial mostra que as alterações de entendimento consolidado não são tão frequentes como se pensa, nem mesmo no direito norte-americano.⁹⁸ Como afirma Probst, de 1790 a 1991 ocorreram 208 *overrulings* na Suprema Corte dos EUA, cerca de 0,6% dos julgamentos do período.⁹⁹ Algo similar é relatado na jurisprudência financeira alemã, onde as alterações de entendimento parecem ter importância em seu conteúdo e significado, mas não em quantidade.¹⁰⁰

Não obstante, algumas mudanças de jurisprudência, mesmo no Brasil, tiveram sérios impactos nas relações jurídicas e, ainda que estas não sejam hoje (e não venham a ser no futuro), quantitativamente relevantes, cabe pensar em métodos e técnicas para regular esta alteração.

Neste breve texto, quisemos trazer à reflexão uma interessante técnica preventiva, já muito utilizada no estrangeiro, que pode ser útil para estabelecer um diálogo democrático para o processo de superação de jurisprudência consolidada e, ao mesmo tempo, revelar-se um mecanismo poderoso de proteção da confiança dos indivíduos que balizaram suas condutas no entendimento antes prevalente no Judiciário.

Bibliografia

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança. Uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2009.

ARNDT, Hans-Wolfgang. *Probleme rückwirkender Rechtsprechungsänderung*. Frankfurt am Main: Athenäum, 1974.

⁹⁸ Como lembram BLAUSTEIN, Albert P. e FIELD, Andrew H. “‘Overruling’ opinions in the Supreme Court”, in *Michigan Law Review*, vol.57, n.2, dez, 1958, p.159-163. No Brasil, ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais*. Op.cit., p.306, nota 1325.

⁹⁹ PROBST, Thomas. *Die Änderung der Rechtsprechung*. Op.cit., p.282 e tabelas, p.1033-1036. Há autores que afirmam ter havido um grande número de repúdios aos próprios precedentes na Suprema Corte norte-americana. Trata-se de abordagens que focam em períodos mais curtos. Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos”, in *Revista Juris Plenum*, n.4, jul-ago, 2005, p.64-65. Em nosso sentir, focar em épocas de mudanças sociais ou de ideologia dos tribunais não permite visualizar o contexto mais amplo. Quando se analisa uma prática tão antiga como esta, devemos ter em mente um contexto temporal mais alargado, no qual as paixões passageiras tendem a arrefecer. No mais, a “consolidação” da jurisprudência é algo que depende essencialmente do decurso do tempo.

¹⁰⁰ WASSERMEYER, Franz. “Über die Kontinuität in der Rechtsprechung des BFH”, in *Deutsches Steuerrecht*, ano 27, 1989, p.561, 563-564. Embora alguns autores divirjam, relatando que, de fato, algumas mudanças geram insegurança. KRUSE, Heinrich Wilhelm. “Kontinuität und Fortschritt der höchstrichterlichen Rechtsprechung”, Op.cit., p.240 e nota 8.

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal*. Lisboa: Juruá, 2012.

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica no direito tributário: entre permanência, mudança e realização*. Tese apresentada à Faculdade de Direito da USP para concurso de ingresso como Professor Titular de Direito Tributário, mimeografado, 2010. Existe versão comercial, publicada em 2011 sob o título: *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.

BÄR, Rolf. *Praxisänderung und Rechtssicherheit*, in: FORSTMOSER, Peter e SCHLUEP, Walter R. (Ed.). *Freiheit und Verantwortung im Recht. Festschrift zum 60. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz*. Bern: Stämpfli, 1982.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos, in: *Revista Juris Plenum*, n.4, jul-ago, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil, in: *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Poder constituinte derivado, segurança jurídica e coisa julgada, in: *Temas de Direito Constitucional*, vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BEERMANN, Joahanes. *Verwirkung und Vertrauensschutz im Steuerrecht*. Münster-New York: Waxmann, 1991.

BIRK, Dieter. *Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz*, in: PEZZER, Heinz-Jürgen (Ed.). *Vertrauensschutz im Steuerrecht*. Köln: Otto Schmidt, 2004.

BIRK, Rolf. "Die Ankündigung von Rechtsprechungsänderungen. Rechtssoziologische und methodologische Bemerkungen zum Urteil des BAG vom 26.10.1973", in: *Juristen Zeitung*, 1974.

BLAUSTEIN, Albert P. e FIELD, Andrew H. "Overruling' opinions in the Supreme Court", in: *Michigan Law Review*, vol.57, n.2, dez, 1958.

BODENHEIMER, Edgar. *Präjudizverwertung und Gesetzesauslegung im amerikanischen Staat*. Archiv für die civilistische Praxis, ano 160, 1961.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. "Mecanismos de uniformização jurisprudencial e a aplicação da súmula vinculante", in: *Revista dos Tribunais*, ano 96, vol.865, nov, 2007.

BOUJONG, Karlheinz. *Rechtsfortbildung, Rechtsprechungsänderung und Vertrauensschutz in der Judikatur des Bundesgerichtshofs*, in *Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag*. München: C.H.Beck, 2005.

BURMEISTER, Joachim. "Grenzen rückwirkender Verschärfung der Besteuerungspraxis aufgrund einer Änderung der Auslegung (veranlagungs-) steuerlicher Vorschriften durch die Finanzverwaltung und – gerichte", in *Staat, Wirtschaft, Steuern. Festschrift für Karl Heinrich Friauf zum 65. Geburtstag*. Heidelberg: C.F.Müller, 1996.

_____. *Vertrauensschutz im Prozeßrecht. Ein Beitrag zur Theorie vom Dispositionsschutz des Bürgers bei Änderung des Staatshandelns*. Berlin: de Gruyter, 1978.

CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: Jus Podivm, 2013.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Anmerkung zum BAG – Beschluss vom 6.1.1971, in: *Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen*, n.1, 1972.

COING, Helmut. *Grundzüge der Rechtsphilosophie*. Berlin: de Gruyter, 5ª ed., 1993.

DWORKIN, Gerald. *Stare decisis and the rule of law*. *Modern Law Review*, ano 25, n.2, mar, 1962.

EISENBERG, Melvin Aron. *The Nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988.

G.REINICKE e D.REINICKE. "Zum Vertrauensschutz auf eine ständige Rechtsprechung", in: *Monatsschrift für Deutsches Recht*, ano 10, n.6, 1956.

GRUNSKY, Wolfgang. *Grenzen der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung*. Karlsruhe: C.F.Müller, 1970.

IPSEN, Jörn. *Richterrecht und Verfassung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1975.

KATZ, Alfred. *Staatsrecht*. Heidelberg: C.F.Müller, 18ª ed., 2010.

KAUFMANN, Arthur. *Grundprobleme der Rechtsphilosophie. Eine Einführung in das rechtsphilosophische Denken*. München: C.H.Beck, 1994.

KIRCHHOF, Paul. *Kontinuität und Vertrauensschutz bei Änderungen der Rechtsprechung*, in: *Deutsches Steuerrecht*, n.9, 1989.

KISKER, Gunter. *Die Rückwirkung von Gesetze. Eine Untersuchung zum anglo-amerikanischen und deutschen Recht*. Tübingen: Mohr, 1963.

KNITTEL, Wilhelm. *Zum Problem der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung. Eine Untersuchung zum deutschen und US-amerikanischen Recht*. Bielefeld: Giesecking, 1965.

KOHLER, Helmut. *Gesetzesauslegung und 'gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung*, in: *Juristische Rundschau*, n.2, fev, 1984.

KRIELE, Martin. *Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*. Berlin: Duncker & Humblot, 2ª ed., 1976.

KRUSE, Heinrich Wilhelm. *Kontinuität und Fortschritt der höchstrichterlichen Rechtsprechung*, in: *Festschrift – 75. Jahre Reichsfinanzhof – Bundesfinanzhof*. Bonn: Stollfuß, 1993.

LANGENBUCHER, Katja. *Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht. Eine methodologische Untersuchung zur richterlichen Rechtsfortbildung im deutschen Zivilrecht*. München: C.H.Beck, 1996.

LEISNER, Anna. *Kontinuität als Verfassungsprinzip: unter besonderer Berücksichtigung des Steuerrechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002.

LEISNER, Walter. Das Gesetzesvertrauen des Bürgers. Zur Theorie der Rechtsstaatlichkeit und der Rückwirkung der Gesetze, in: *Festschrift für Friedrich Berber zum 75. Geburtstag*. München: C.H.Beck, 1973.

LEISNER-EGENSPERGER, Anna. *Kontinuitätsgewähr in der Finanzrechtsprechung*, in: PEZZER, Heinz-Jürgen (Ed.). *Vertrauensschutz im Steuerrecht*. Köln: Otto Schmidt, 2004.

MALLET, Estêvão. A jurisprudência sempre deve ser aplicada retroativamente? *Revista de Processo*, ano 31, n.133, mar. 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010.

MARKMAN, Stephen. Precedent: tension between continuity in the Law and the perpetuation of wrong decisions, in: *Texas Law Review of Law and Politics*, vol.8, n.2, abr, 2004.

MAURER, Hartmut. *Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz*, in: ISENSEE, Josef e KIRCHHOF, Paul (Org.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: C.F.Müller, III, 1996.

MEDAUAR, Odete. Segurança jurídica e confiança legítima, in: *Fundamentos do Estado de Direito. Estudos em Homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005.

MERKL, Adolf. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Wien: Springer, 1927.

NUNES, Dierle. "Precedentes, padronização decisória preventiva e coletivização", in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012.

OSSENBÜHL, Fritz. *Vertrauensschutz im sozialen Rechtsstaat. Die Öffentliche Verwaltung. Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik*, n.1-2, jan, 1972.

PECZENIK, Alexander. *Certainty or coherence?*, in: KRAWIETZ, Werner; SUMMERS, Robert S.; WEINBERGER, Ota; e V. WRIGHT, Georg Henrik (Ed.). *The Reasonable as Rational? On legal argumentation and justification. Festschrift for Aulis Aarnio*. Berlin: Duncker & Humblot, 2000.

PIEKENBROCK, Andreas. Faktische Rechtsänderungen durch Richterspruch als Kollisionsrechtliches Problem, in: *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 119 Band, Heft 1, 2006.

PIEROTH, Bodo. *Rückwirkung und Übergangsrecht. Verfassungsrechtliche Maßstäbe für intertemporale Gesetzgebung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1981.

PROBST, Thomas. *Die Änderung der Rechtsprechung. Eine rechtsvergleichende, methodologische Untersuchung zum Phänomen der höchstrichterlichen Rechtsprechungsänderung in der Schweiz (civil law) und den Vereinigten Staaten (common law)*. Basel e Frankfurt am Main: Helbing & Lichtenhahn, 1993.

RIEZLER, Erwin. Ratio decidendi und obiter dictum im Urteil, in *Archiv für die civilistische Praxis*, ano 139, 1934.

ROBBERS, Gerhard. Rückwirkende Rechtsprechungsänderung, in: *Juristen Zeitung*, ano 43, n.10, 1988.

ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012.

ROTH, Günther. *Das Problem der Rechtsprognose. Festschrift für Friedrich Wilhelm Bosch*. Giesecking: Ernst und Werner, 1976.

RÜBERG, Burkhard. *Vertrauensschutz gegenüber rückwirkender Rechtsprechungsänderung*. Hamburg: Hansischer Gildenverlag, 1977.

SACHS, Michael. *Grundgesetz Kommentar*. München: C.H.Beck, 5ª ed., 1995.

SANTOS, Evaristo Aragão Em torno do conceito e da formação do precedente judicial, in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012.

SCHLÜTER, Wilfried. *Das Obiter Dictum. Die Grenzen höchstrichterlicher Entscheidungsbegründung, dargestellt an Beispielen aus der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts*. München: C.H. Beck, 1973.

SCHMIDT-ASSMANN, Ebehard. *Der Rechtsstaat*, in: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Orgs.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Band II: *Verfassungsstaat*. Heidelberg: C.F.Müller, 1996.

SCHULZE-FIELITZ, Helmuth. *Kernelemente des Rechtsstaatsprinzips*, in: DREIER, Horst (Ed.). *Grundgesetz Kommentar*. Tübingen: Mohr Siebeck, Band II.

SINGER, Reinhard. *Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens*. München: C.H.Beck, 1993.

SOBOTA, Katharina. *Das Prinzip Rechtsstaat: Verfassungs - und verwaltungsrechtliche Aspekte*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1997.

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

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito, in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012.

WASSERMEYER, Franz. Über die Kontinuität in der Rechtsprechung des BFH, in: *Deutsches Steuerrecht*, ano 27, 1989.

WEBER-DÜRLER, Beatrice. *Vertrauensschutz im öffentlichen Recht*. Basel und Frankfurt am Main: Helbing Von Lichtenhahn, 1983.

WERDER, Alexander. *Dispositionsschutz bei der Änderung von Steuergesetzen zwischen Rückwirkungsverbot und Kontinuitätsgebot*. Berlin: Duncker & Humblot, 2005.

WOERNER, Lothar. *Der Bundesfinanzhof zwischen Stetigkeit und Wandel – Theorie und Praxis*, in *Steuerrecht, Verfassungsrecht, Finanzpolitik: Festschrift für Franz Klein*. Köln: Otto Schmidt, 1994.

WOLKART, Erik Navarro. "Súmula vinculante: necessidade e implicações práticas de sua adoção (o processo civil em movimento)", in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Rechtsphilosophie*. München: C.H.Beck, 5ª ed., 2007.

Regime de Bens e Sucessão¹

Carlos Roberto Barbosa Moreira*

1. Regime de bens: o que é e quando se extingue

Dá-se o nome de *regime de bens* ao “estatuto que regula os interesses pecuniários dos cônjuges em suas relações entre si e com terceiros”.² Esse conjunto de normas fornece soluções a diversos problemas práticos, relativos ao casamento em seus aspectos puramente patrimoniais. A mais relevante questão, nesse contexto, reside em definir se a comunhão de vida, a partir do casamento, acarretará a formação de um patrimônio comum e, em caso afirmativo, se este passará a abranger os bens anteriormente adquiridos pelos cônjuges; ou se, ao contrário, cada um manterá seu próprio patrimônio, que permanecerá autônomo em relação ao do outro. A solução que se der a esse problema costuma ter influência na de outras questões, também atinentes ao regime: a quem toca a administração dos bens; a quem cabe a responsabilidade por dívidas e quais os bens sujeitos a seu pagamento. O regime de bens, por fim, naturalmente define de que modo será partilhado o patrimônio, quando dissolvido o casamento.

Historicamente, a sucessão *causa mortis* costuma sofrer a influência do regime de bens. De maneira enfática, muitos autores põem em relevo a conexão entre, de um lado, os direitos sucessórios e, de outro, as relações patrimoniais entre cônjuges, chegando a afirmar que o regime de bens preenche as lacunas da sucessão.³ Cita-se, a propósito, o modelo do Código Civil francês, em cuja versão primitiva, de mais de dois séculos, o cônjuge somente seria chamado a suceder se faltassem parentes até o décimo-segundo grau – uma vocação “mediocre”,⁴ em função da qual o viúvo ou a viúva “não herdava de fato jamais”.⁵ Essa posição subalterna no campo sucessório, em relação a parentes, mesmo remotos, era compensada, porém, com o recebimento da meação sobre o patrimônio imobiliário, onerosamente adquirido durante o casamento, e sobre os móveis de qualquer origem, segundo o regime legal da comunhão, na época.⁶ Além disso, o direito francês estimulava as doações entre cônjuges, como instrumento de atenuação dos rigores de um sistema sucessório extremamente favorável à família de sangue.⁷

* Professor Auxiliar (concursado) da PUC/RJ. Membro da Academia Brasileira de Direito Civil.

¹ Texto (acrescido de notas) da palestra proferida em 26.06.2015, durante o curso “As novas famílias: Direito, Ética e Psicanálise”, promovido pela Escola Nacional da Magistratura da Associação dos Magistrados Brasileiros.

² VOIRIN, Pierre; GOUBEAUX, Gilles. *Droit Civil*, t. 2, p. 5.

³ V.g., CARRARO, Luigi. *La vocazione legittima alla successione*, p. 93 e 112-113.

⁴ MALAURIE, Philippe. *Les successions. Les libéralités*, nº 81, p. 61.

⁵ GRIMALDI, Michel. *Droit Civil – Successions*, nº 167, p. 174.

⁶ VOIRIN, Pierre; GOUBEAUX, Gilles. *Droit Civil*, t. II, nº 93, p. 53; MICHEL GRIMALDI, *Droit Civil – Successions*, nº 169, p. 175.

⁷ GRIMALDI, Michel. *Droit Civil – Successions*, nº 169, p. 175.

No direito brasileiro, a conexão entre o regime de bens e os direitos sucessórios se revela ostensiva em ao menos duas das hipóteses do art. 1.829, nº I, do Código Civil, nas quais não se admite a concorrência entre cônjuge e descendentes: refiro-me aos casos de pessoas casadas sob os regimes da comunhão *universal* e de *separação legal*. No primeiro, a exclusão se baseia em que, cabendo ao cônjuge sobrevivente a meação sobre o patrimônio comum, não terá ele, presumivelmente, a necessidade de receber uma porção adicional, a título de herança; no segundo, não faria sentido, ao ver do legislador, permitir ao supérstite receber, como herança, os mesmos bens que não podiam comunicar-se no momento da constituição do vínculo matrimonial. Para me limitar ao exemplo mais frequente: os que se casam a partir dos setenta anos de idade estão sujeitos ao regime da separação, conforme o art. 1.641, não lhes abrindo a lei a oportunidade – em regra, conferida a nubentes de idade inferior – de escolha de outro regime. Em relação ao dispositivo correspondente do Código Civil português, Diogo Leite de Campos explica que a razão que o inspira reside em “salvaguardar os interesses dos nubentes de idade avançada, talvez senilmente generosos para com o outro esposado”.⁸ Em resumo, os bens a que não se teve acesso pelo casamento tampouco devem transferir-se ao cônjuge através de uma “janela sucessória”.⁹

Note-se, todavia, que essas mesmas circunstâncias familiares, que justificam a exclusão da concorrência entre cônjuge e descendentes, são valoradas diferentemente pelo legislador nas demais classes da ordem de vocação hereditária: quando o cônjuge concorrer com ascendentes, ou quando for chamado a recolher a herança por inteiro, o regime de bens deixa de ser relevante.¹⁰ Mesmo nos casos de separação obrigatória, imposta, por exemplo, ao nubente idoso, o patrimônio, que não pôde tornar-se comum pelo casamento, será transferido, pela sucessão, ao viúvo ou à viúva, quer na companhia de ascendentes, quer como sucessor único. A relevância dada ao regime de bens, como fator de possível supressão da concorrência entre cônjuge e descendentes, se insere, pois, entre as regras de favorecimento às gerações mais novas, em tema de sucessões.

Ainda que admitida a influência da disciplina dos regimes matrimoniais sobre a definição do quadro sucessório e, em especial, sobre a natureza e extensão dos direitos atribuídos ao viúvo ou à viúva, é preciso enfatizar que o *regime de bens cessa com a morte de um dos cônjuges*. No direito brasileiro, basta ler os arts. 1.571 e 1.576 do vigente Código Civil para concluir que, dissolvido o casamento por qualquer das causas previstas, não mais subsiste aquele estatuto das relações patrimoniais conjugais. Extinto, pois, o regime de bens, não cabe mais cogitar de

⁸ CAMPOS, Diogo Leite de, *Lições ...*, p. 602.

⁹ CAMPOS, Diogo Leite de, *Lições ...*, p. 602.

¹⁰ É a *communis opinio*: ALMEIDA, José Luiz Gavião De, *Código Civil Comentado*, p. 213; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Moraes, *Comentários ...*, pp. 238-239; DIAS, Maria Berenice, *Manual ...*, nº 14.3, p. 141, e nº 18, p. 180; NADER, Paulo, *Curso ...*, nº 45.3, p. 144, e nº 45.4, p. 145; NEVARES, Ana Luiza Maia, *A sucessão do cônjuge e no companheiro ...*, p. 108; TARTUCE, Flávio, *Direito Civil*, v. 6, p. 217; DELGADO, Mário Luiz, “*Controvérsias ...*”, p. 431 e nota nº 32. Manifestei idêntica opinião como atualizador da obra de PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. VI, nº 447-A, p. 133 (da 22. ed.).

quaisquer efeitos *futuros* que dele se originem: os efeitos que podia produzir se situam, todos eles, *no passado*. O que vem depois, no caso da extinção do regime de bens decorrente do óbito de um dos cônjuges, já se insere noutra universo: o da *sucessão*. Por isso se afirma que, na partilha dos bens comuns e na consequente separação daquilo que deve compor a meação do supérstite, “estamos (...) *fora do domínio do Direito das Sucessões e perante um ato que cabe no âmbito do Direito da Família* e, em si mesmo, é prévio à determinação da herança do falecido. De fato, nesta só cabem os bens que venham a preencher a sua meação”.¹¹

2. Histórico. Evolução no Direito Brasileiro, a partir do Código Civil de 1916 e durante a sua Vigência

Em sua versão original, o Código Civil de 1916 não condicionava a vocação sucessória do cônjuge sobrevivente a qualquer regime de bens.¹² De acordo com seu art. 1.603, o cônjuge figurava, sozinho, na terceira classe de herdeiros legítimos, e apenas sucedia ao *de cujus* se não houvesse descendentes e ascendentes em condições de herdar (art. 1.611). Pior: não estava ele no seleto rol de herdeiros *necessários* do art. 1.721, motivo pelo qual podia ser totalmente excluído da sucessão, mediante testamento que simplesmente deixasse de contemplá-lo (art. 1.725). Nesse último aspecto, equiparava-se aos colaterais do testador, parentes por vezes muito distantes, cuja vocação inicialmente se estendia ao longínquo *sexto grau*.¹³ Em posição subalterna à de descendentes e ascendentes, era na sucessão testamentária que o cônjuge poderia eventualmente ser chamado a suceder, se presente algum herdeiro daquelas duas classes preferenciais.

É possível imaginar que a situação desfavorável ao cônjuge, em termos sucessórios, tivesse não somente raízes históricas antigas e profundas, mas também se explicasse pela circunstância de o regime legal de bens, na versão primitiva daquele diploma, ser o da *comunhão universal*, em virtude do qual tocava ao sobrevivente recolher a *meação*, não como direito hereditário, mas como expressão de sua quota-parte no patrimônio comum.

Foi apenas na legislação superveniente que o regime de bens passou a ter repercussões sucessórias.

O Decreto-lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941, concedeu à mulher brasileira o usufruto vitalício sobre fração variável dos bens do marido estrangeiro, se casados “sob regime que exclua a comunhão universal” (art. 17). O usufruto deveria incidir sobre um quarto do acervo hereditário, se o cônjuge concorresse com filhos brasileiros do casal; e sobre metade, se não os houvesse.¹⁴

¹¹ FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Lições ...*, nº 161, p. 352-353, destaquei.

¹² Por todos, PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições ...*, v. VI, nº 446, p. 72 (da 14. ed.).

¹³ A partir do Decreto-Lei nº 9.461, de 15.06.46, a vocação dos colaterais foi limitada ao quarto grau.

¹⁴ O Decreto-Lei nº 5.187, de 13.01.43, deu nova redação àquele art. 17, dispondo que o usufruto recairia sobre um quarto do patrimônio hereditário, “se houver filhos brasileiros do casal ou do marido” (destaquei).

Mais tarde, a Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949, criou hipótese de concorrência sucessória entre filhos havidos fora do matrimônio (filhos “ilegítimos”, na terminologia da época) e o cônjuge supérstite que fosse *casado pelo regime da separação*, dando a este último, “na falta de testamento”, a metade dos bens do *de cujus*, se concorresse “exclusivamente com filho reconhecido na forma desta Lei” (art. 3º). A norma era flagrantemente discriminatória, porque permitia chamamento *simultâneo* de filhos “ilegítimos” e do cônjuge, sem, todavia, alterar a regra (codificada) de vocação preferencial dos descendentes, nas demais espécies de filiação: assim, se se tratasse de filho “legítimo” ou “legitimado”, não se reconheciam quaisquer direitos sucessórios ao cônjuge; se se tratasse, ao revés, de filho “ilegítimo”, o cônjuge, desde que casado por aquele regime de bens, era guindado à primeira classe de herdeiros e passava a concorrer com descendente do *de cujus*.

No contexto desta exposição, o que interessa é o registro de que, para situações específicas, o regime de bens, diversamente do que ocorria no sistema original do Código Civil de 1916, passou a ter relevância na atribuição de direitos sucessórios ao cônjuge. Os dois antes mencionados diplomas, porém, conferiam-lhe proteção bastante acanhada: no primeiro caso, restritivamente à *mulher de nacionalidade brasileira*, a quem cabia somente um direito real limitado, incidente sobre bens devolvidos a outras classes de herdeiros; no segundo, a vocação alcançava a propriedade da herança, mas estava claramente condicionada à *ausência* de testamento por meio do qual o *de cujus* desse outro destino a seu patrimônio.

A importância do regime de bens na definição do quadro sucessório viria a ser reafirmada com o advento da Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962 (“Estatuto da Mulher Casada”, como se tornou conhecida). Num cenário de alterações profundas – que ensejaram à mulher, entre outras conquistas revolucionárias, o direito de exercer sua profissão, independentemente de autorização marital¹⁵ –, aquele diploma introduziu os §§ 1º e 2º no art. 1.611 do Código então em vigor, por força dos quais foram atribuídos novos direitos sucessórios ao cônjuge viúvo: assim, respectivamente, se o regime de bens “não era o da comunhão universal”, tornava-se ele titular do usufruto sobre fração variável do acervo hereditário; e, se o casamento se dera “sob o regime da comunhão universal”, era-lhe concedido o direito real de habitação “sobre o imóvel destinado à residência da família”, sem prejuízo da participação que eventualmente lhe coubesse na herança. Tanto o usufruto do § 1º, quanto o direito de habitação do § 2º estavam sujeitos à condição resolutiva do fim da viuvez.

A jurisprudência acabaria por alterar, significativamente, o alcance de ambas as normas.

¹⁵ O art. 242, nº VII, do Código Civil de 1916, em sua redação original, condicionava o exercício da profissão da mulher à autorização do marido. Posteriormente, a CLT, em seu art. 446, dispôs: “Presume-se autorizado o trabalho da mulher casada (...). Em caso de oposição conjugal (...), poderá a mulher (...) recorrer ao suprimento da autoridade judiciária competente”. O parágrafo único, porém, concedia ao marido a faculdade de “pleitear a rescisão do contrato de trabalho, quando a sua continuação for suscetível de acarretar ameaça aos vínculos da família” ou “perigo manifesto às condições peculiares da mulher”.

Quanto ao usufruto viudal, o Superior Tribunal de Justiça passou a entender que estava *excluído* não apenas na hipótese de que a lei expressamente cogitava – a de pessoas casadas sob regime da comunhão universal de bens –, mas também na de comunhão *parcial*,¹⁶ ou ainda na de separação *legal*, se o viúvo tivesse sido aquinhado em testamento com bens de valor igual ou superior àqueles sobre os quais recairia o benefício.¹⁷ A Corte, em data mais recente, chegou ao ponto de afirmar que o usufruto do cônjuge podia ser suprimido pelo *de cujus* que, sem herdeiros necessários, tivesse destinado todo seu patrimônio, em testamento, sem aludir àquele direito.¹⁸ Em outras palavras, o Tribunal subordinou a constituição do usufruto à vontade do testador, em franca oposição aos que nele identificavam hipótese de herança *necessária*.¹⁹

Já o direito real de habitação – embora previsto, em sua literalidade, para o caso de casamento “sob o regime da comunhão universal” – foi estendido, a partir de certo momento, aos casados *sob qualquer regime de bens*. Semelhante extensão, sugerida pela doutrina e afinal consagrada pelo Superior Tribunal de Justiça,²⁰ partia da premissa de que o cônjuge não poderia ter direitos sucessórios mais restritos do que o companheiro; e porque a este era lícito *cumular* usufruto e direito de habitação – como resultado da *soma* dos direitos sucessórios previstos nas Leis nºs 8.971, de 29 de dezembro de 1994, e 9.278, de 10 de maio de 1996 –, tornava-se imperioso reconhecer a mesma possibilidade em favor do viúvo, a despeito da literal incompatibilidade lógica entre os benefícios sucessórios criados pelo “Estatuto da Mulher Casada”, um (o usufruto) a depender da *ausência* do regime de bens cuja *presença* o outro (direito de habitação) pressupunha.

Ao longo da vigência do Código Civil de 1916, foram essas as hipóteses de possível concorrência entre cônjuge e herdeiros de classes preferenciais (descendentes e ascendentes). Convém enfatizar, todavia, que, pelo direito codificado, a concorrência nunca se produzia em relação à *propriedade* da herança, como ocorreria se frações ideais sobre o domínio de um mesmo patrimônio fossem atribuídas, simultaneamente, a dois ou mais herdeiros. Ao contrário: a abertura da sucessão acarretava o *desmembramento* parcial da propriedade de que fora

¹⁶ REsp. nº 34.714-SP, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 25.04.94, RSTJ 64/210.

¹⁷ REsp. nº 28.152-SP, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 30.05.94, RSTJ 63/301.

¹⁸ REsp. nº 802.372-MG, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 16.09.2008.

¹⁹ TEPELINO, Gustavo. *O Usufruto Legal* ..., p. 77-79 e 103. Ao julgar, em 20.03.2007, o REsp. nº 648.072-RJ, a 3ª Turma decidiu que o usufruto do viúvo “não se restringe à sucessão legítima; tem aplicação, também, na sucessão testamentária”. Como se depreende do voto do Relator, Ministro Ari Pargendler, a hipótese era de casamento celebrado sob o regime da separação legal de bens, tendo o *de cujus*, sem descendentes ou ascendentes, disposto de todo o seu patrimônio, sem aludir ao usufruto viudal. Servindo-se abundantemente dos ensinamentos de TEPELINO, o acórdão endossou a opinião do ilustre civilista, no sentido de que “eventual presença de testamento (...) em nada pode alterar a posição do cônjuge supérstite, no tocante ao seu direito de usufruto”, “bastando que ocorram os pressupostos para a sua configuração, isto é, ausência de comunhão total, constância da sociedade conjugal e não contemplação do cônjuge supérstite, pelo testador, com a propriedade da herança”. Por isso, na hipótese, a Turma, com fundamento no art. 1.611, § 1º do Código Civil de 1916, reconheceu o direito da viúva ao usufruto de parte do acervo hereditário.

²⁰ Veja-se o acórdão proferido no julgamento do REsp. nº 821.660-DF, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 14.06.2011.

titular o *de cujus* e a criação, em proveito do cônjuge, de direitos reais limitados, incidentes sobre a herança devolvida aos herdeiros preferenciais, de tal modo que o panorama resultante da transmissão dos direitos sucessórios não reproduzia a situação jurídica anterior, na qual o *de cujus* fora titular da propriedade plena.²¹

Ao ver de muitos, a solução se mostrava ainda insatisfatória e injusta, agravada pelo fato de não ser o cônjuge, no sistema da lei anterior, herdeiro necessário. Numa das edições do volume conclusivo de suas *Instituições de Direito Civil*, anteriores ao novo Código, o Professor Caio Mário da Silva Pereira propunha a ampliação dos direitos sucessórios do cônjuge:

“Conferido ao cônjuge o direito sucessório preferente aos colaterais, de nada lhe valeria em face da liberdade de testar reconhecida ao outro cônjuge. Formando embora uma unidade psicofísica, não tem qualquer deles meios de evitar que a disposição de última vontade, ainda que mal dirigida e mal inspirada, conduza a outras mãos os haveres matrimoniais. Somente a qualificação do cônjuge na condição de herdeiro necessário pode defender a sua quota reservatária. E a medida nada tem de heterodoxa, pois já preconizada por Beviláqua, no art. 1.884, de seu Projeto de Código, no ano de 1899.

A outra providência cautelar dos direitos do cônjuge situa-se na transformação do usufruto que se lhe já reconhece, quando concorrente com descendentes e ascendentes, em herança dominial. (...)”.²²

3. A Influência do Direito Português na Definição do Novo Quadro Sucessório Brasileiro

Inovações relevantes no campo do direito das sucessões foram introduzidas pelo vigente Código Civil. Nos passos de uma evolução que já se havia observado, em décadas anteriores, noutros ordenamentos jurídicos – como o italiano,²³ o português,²⁴ o suíço²⁵ e, em alguma medida, o francês²⁶ –, o novo diploma ampliou

²¹ TEPEDINO, Gustavo. *O Usufruto Legal...*, p. 62.

²² *Instituições...*, § 447, p. 77 (da 14. ed.).

²³ Sobre a evolução do direito italiano (reforma introduzida pela Lei nº 151, de 19.05.75), CARRARO, Luigi. *La vocazione legittima alla successione*, p. 87-114; CAPOZZI, Guido. *Successioni e donazioni*, t. I, nº 144, p. 334-338.

²⁴ Sobre a evolução do direito português (reforma introduzida pelo Decreto-lei nº 496, de 25.11.77), PITÃO, José António de França. *A posição do cônjuge sobrevivente no actual direito sucessório português*, passim; CORTE-REAL, Carlos Pamplona. *Direito da família e das sucessões*, vol. II, nºs 102-106, p. 68-71; CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições...*, p. 596-603.

²⁵ Sobre a evolução do direito suíço (reforma introduzida pela Lei federal de 05.10.84, em vigor a partir de 01.01.88), GUINAND, Jean; STETTLER, Martin. *Droit Civil*, vol. II, nºs 52-57, p. 31-35; STEINAUER, Paul-Henri. *Le droit des successions*, p. 81-87.

²⁶ Sobre a evolução do direito francês (reforma introduzida pela Lei de 03.12.2001), LEROYER, Anne-Marie. *Droit des successions*, nºs 111-176, p. 102-135.

os direitos sucessórios do cônjuge, conferindo-lhe a possibilidade de receber, a título de herança, fração variável da *propriedade* do espólio, em concorrência com descendentes ou com ascendentes (art. 1.829). Assegurou-lhe uma participação mínima, quando deva concorrer com descendentes seus e do *de cujus* (art. 1.832).²⁷ Além disso, inseriu-o expressamente no rol dos herdeiros necessários (art. 1.845). Manteve, por fim, o direito real de habitação sobre o imóvel residencial familiar, alterando-o, no entanto, em dois aspectos: em primeiro lugar, deixou de sujeitá-lo à condição resolutiva da cessação da viuvez; e, em segundo, possibilitou sua constituição “qualquer que seja o regime de bens” (art. 1.831).

No tocante às sucessões abertas em favor do cônjuge, o diploma tomou por modelo o Código Civil português, na versão decorrente da reforma do direito sucessório, levada a efeito, naquele país, em 1977. Essa influência é perceptível não somente na transformação do cônjuge em herdeiro necessário, mas sobretudo na sua presença nas três primeiras classes de herdeiros legítimos, ora em concorrência com descendentes, ora com ascendentes e, por fim, como herdeiro único, à frente de colaterais. Muito expressivamente, um autor português se referiu à posição do cônjuge na ordem da vocação hereditária de seu país como a de um herdeiro situado numa “primeira classe móvel”²⁸ – expressão que agora bem poderia descrever a situação do viúvo ou da viúva no panorama sucessório de nosso país. Outro ponto de contato entre os dois ordenamentos reside na atribuição ao cônjuge de fração mínima de um quarto da herança, quando concorrer com descendentes do *de cujus* – embora, no particular, o direito brasileiro seja mais restritivo, já que, em Portugal, “é indiferente que se trate de filhos do casal”.²⁹

Naquele país, antes da reforma de 1977, “a posição jurídica do cônjuge sobrevivente estava bastante desfavorecida”, pois, além de não ser herdeiro necessário, apenas “sucedia na quarta classe de sucessíveis (...), ou seja, na falta de descendentes, ascendentes e irmãos e seus descendentes”.³⁰ Concedia-lhe a lei um *usufruto vitalício* sobre a herança, mas apenas se fossem chamados à sucessão irmãos do *de cujus*, ou os descendentes de irmãos.³¹ ³² Era uma situação certamente *pior* que a do sistema brasileiro anterior ao atual Código.

As modificações introduzidas no ordenamento luso fortaleceram a situação do cônjuge, dando-lhe, no dizer de um eminente observador, “uma posição hereditária marcante, privilegiada, por vezes, em certos aspectos de regime, no

²⁷ Se houver descendentes comuns e não-comuns, o cônjuge não faz jus ao privilégio: é a opinião por mim manifestada como atualizador da obra de PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições* ..., nº 445-A, p. 105-106 (da 22. ed.), com citação de outros autores. No mesmo sentido, DELGADO, Mário Luiz. “*Controvérsias* ...”, p. 438.

²⁸ CORTE-REAL, Carlos Pamplona. *Direito da família e das sucessões*, vol. II, p. 71.

²⁹ PITÃO, José António de França. *A posição do cônjuge sobrevivente* ..., p. 38, nota nº 47. No mesmo sentido, FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Lições* ..., nº 161, p. 354.

³⁰ PITÃO, José António de França. *A posição do cônjuge sobrevivente* ..., p. 19.

³¹ PITÃO, José António de França. *A posição do cônjuge sobrevivente* ..., p. 20; CORTE-REAL, Carlos Pamplona. *Direito da família e das sucessões*, vol. II, nº 104, p. 70.

³² Era este o único desvio trazido pela nossa lei à regra da preferência de classe”, explica ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil. Sucessões*, nº 195, p. 341.

confronto mesmo com descendentes”;³³ mas algumas das inovações despertaram críticas doutrinárias severas, centradas na ideia de que o legislador havia ido muito além do necessário para proporcionar adequada proteção ao supérstite. Um dos civilistas portugueses mais conhecidos entre nós escreveu que a reforma do direito sucessório, em seu país, era “marcada pela hostilidade à família de sangue” e teria levado “para além de toda a razoabilidade a tutela sucessória do cônjuge sobrevivente”.³⁴ E não faltou quem a censurasse ao argumento de que “transformar um cônjuge em herdeiro forçado do outro é, ao arrepio (...) da lógica, acentuar ainda mais a comunhão patrimonial perante um casamento cada vez mais flexível e cada vez mais temporário”.³⁵

Interessante observar, neste ponto, que, enquanto o direito brasileiro buscava superar o esquema do cônjuge usufrutuário, instituído pelo “Estatuto da Mulher Casada”, para atribuir-lhe a *propriedade* da herança em concorrência com herdeiros preferenciais, alguns juristas portugueses concluíam que, diante de certos resultados do novo estatuto sucessório de seu país, melhor teria sido conferir à viúva ou ao viúvo “uma posição de sucessível legitimário, mas como usufrutuário da respectiva quota”, solução “incontestavelmente mais adequada a uma justa harmonização dos interesses e valores em causa”.³⁶ Nas palavras de outro autor, “o esquema do usufruto legitimário era muito mais simples e correspondia melhor aos interesses práticos”.³⁷

O observador estrangeiro deve compreender, todavia, que, no ordenamento português, os novos direitos sucessórios do cônjuge, definidos na reforma de 1977, *não estão condicionados ao regime de bens do casal*. Por isso, quer na hipótese do regime supletivo (que, naquele país, é o da “comunhão de adquiridos”), quer na de “comunhão geral”, pode o cônjuge *cumular* as posições de meeiro (sobre o patrimônio comum) e de herdeiro (sobre o patrimônio transmitido por força da sucessão),³⁸ inclusive quando deva concorrer com descendentes da pessoa falecida. Isso decerto não constitui peculiaridade do direito luso³⁹, mas provavelmente há de ter contribuído para algumas das manifestações doutrinárias desfavoráveis, em especial aquelas refratárias à ideia de que, em virtude da herança transmitida ao cônjuge, “os bens mudem de linhagem”⁴⁰ – isto é, sejam eventualmente transferidos, pela sucessão, de um núcleo familiar a outro, como no didático exemplo de um patrimônio que, transmitido à viúva, venha mais tarde a ser herdado por seu novo marido e por filhos do segundo casamento.⁴¹

³³ CORTE-REAL, Carlos Pamplona. *Direito da família e das sucessões*, vol. II, nº 252, p. 175.

³⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil. Sucessões*, nº 11, p. 29.

³⁵ CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições ...*, p. 602.

³⁶ CORTE-REAL, Carlos Pamplona. *Direito da família e das sucessões*, vol. II, nº 104, p.70 (nota nº 92).

³⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil. Sucessões*, nº 196, p. 343.

³⁸ CORTE-REAL, Carlos Pamplona. *Direito da família e das sucessões*, vol. II, nº 104, p.70.

³⁹ Também ocorre, v.g., no direito suíço: cf. STEINAUER, Paul-Henri. *Le droit des successions*, p. 87-90.

⁴⁰ CAMPOS, Diogo Leite De. *Lições ...*, p.602.

⁴¹ CAMPOS, Diogo Leite De. *Lições ...*, p. 602.

4. Relevância do Regime de Bens nas Sucessões Abertas a partir da Vigência do Código Civil de 2002

Em matéria de direitos sucessórios do cônjuge, o Código Civil de 2002 claramente se inspirou no modelo português, instituído com a mencionada reforma de 1977. Os pontos de contato entre os dois ordenamentos são agora muito ostensivos: elevação do cônjuge à condição de herdeiro necessário; sua presença na primeira e na segunda classe de herdeiros, em concorrência com descendentes e ascendentes e com direito a uma fração da propriedade da herança, e na terceira classe, como herdeiro único e universal, cuja presença afasta o chamamento de quaisquer colaterais; quota mínima de um quarto dos bens hereditários, quando concorrer com descendentes (direito limitado, entre nós, à hipótese de concorrência com descendentes *comuns*).

Porém, talvez advertido das críticas dirigidas a alguns efeitos da reforma do direito luso, o legislador brasileiro procurou reduzir o impacto da inserção do cônjuge na primeira classe dos herdeiros legítimos e da consequente partilha do acervo hereditário entre ele e os descendentes. Valeu-se, então, do regime de bens como critério para excluir, em certas hipóteses, aquela concorrência e manter o patrimônio transmitido nos limites estreitos da “família de sangue” (*supra*, nº 1). Mas, como inequivocamente se extrai da redação do art. 1.829, a concorrência com o cônjuge, na primeira classe dos sucessíveis, constitui a *regra*, devendo ser vistas como *exceções* as hipóteses de devolução da herança apenas aos descendentes. Por esse motivo, devem ser *restritivamente* interpretadas as hipóteses de não concorrência, de acordo com princípio hermenêutico profundamente enraizado em nossa cultura jurídica.

Valho-me, aqui, da lição de Zeno Veloso, transcrita em acórdãos do Superior Tribunal de Justiça: o intérprete não está autorizado “a espichar o elenco normativo [do art. 1.829, nº I], que não pode ser ampliado, como regra excepcional que é”.⁴²

Partindo dessas noções, pareceu-me possível, como atualizador do volume conclusivo das *Instituições* do saudoso Caio Mário da Silva Pereira, enunciar, da seguinte maneira, os casos em que o cônjuge *não* concorre com os descendentes:

- “(a) se o regime de bens do casal era o da comunhão *universal* (novo Código Civil, arts. 1.667 a 1.671);
- (b) se o regime de bens era o da *separação obrigatória* (novo Código Civil, art. 1.641);
- (c) por fim, se o regime de bens era o da *comunhão parcial*, sem que o falecido tenha deixado bens particulares”.

⁴² Citação colhida nos acórdãos da 3ª Turma nos REsp's nºs 1.430.763-SP, j. 13.11.2014, e 1.346.324-SP, j. 19.08.2014.

E, pouco adiante, acrescentei que, consideradas tais *exceções*, caberia ao cônjuge participar da sucessão (em concorrência com descendentes) em três hipóteses:

“(a) se o regime de bens do casal era o da separação *convencional*, isto é, aquele livremente adotado pelos cônjuges mediante pacto antenupcial *válido* (novo Código Civil, art. 1.687);

(b) se o regime de bens era o da comunhão *parcial*, e o *de cujus* tinha bens particulares (caso em que o cônjuge será, ao mesmo tempo, herdeiro e meeiro, incidindo a meação, obviamente, apenas sobre o patrimônio *comum*);

(c) se o regime de bens era o da participação final nos aquestos (novo Código Civil, art. 1.672). Também aqui haverá herança e meação”.⁴³

Essa opinião se mantém ainda hoje inalterada, passados mais de dez anos da publicação da primeira edição subsequente ao advento do Código de 2002. Mas, a partir da 18ª edição (de 2011), não pude omitir o registro, em nota de rodapé, de que a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp. nº 992.749-MS, acolhera o entendimento segundo o qual a expressão “separação obrigatória”, presente no art. 1.829, nº I, traduzia um *gênero*, abrangente tanto da separação *legal* (art. 1.641) quanto da separação *convencional*; negou, por isso, a vocação sucessória do cônjuge, para concorrer com descendentes, quando o casal tivesse adotado esse último regime. A decisão naturalmente passou a ser vista como *leading case* na matéria, e pôs em xeque a tese contrária, sustentada embora pela “doutrina predominante”, conforme anotou o voto da eminente Ministra Relatora.

Tenho-me referido ao acórdão, muito diplomaticamente, como “infeliz”. Falando sempre com respeito e sincera admiração pela Ministra Relatora e pelos demais votantes da ocasião, parece-me que o julgado, na tentativa de dar ao caso uma solução que talvez parecesse a mais justa, acabou por baralhar conceitos, chegando a resultado ostensivamente incompatível com o teor do art. 1.829, nº I. Sem pretender realizar, aqui e agora, uma análise exaustiva de todos os argumentos do acórdão, permito-me, no entanto, dedicar minha atenção a duas afirmações nele contidas.

A primeira delas, exposta já na ementa, é esta: “O regime da separação obrigatória de bens, previsto no art. 1.829, inc. I, do CC/02, é gênero que congrega duas espécies: (i) separação legal; (ii) separação convencional. Uma decorre da lei e a outra da vontade das partes, e ambas obrigam os cônjuges, uma vez estipulado o regime de separação de bens, à sua observância”. Com a máxima vênia, aproximar

⁴³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições ...*, vol. VI, nº 447-A. Os excertos, colhidos nas p. 148-149 da 15ª edição da obra (a primeira que se seguiu à entrada em vigor do Código atual, publicada em 2004), ainda expressam a opinião do atualizador, conforme se extrai da 22ª edição (de 2014), p. 132-133.

o regime da separação de que trata o art. 1.641 – que a lei afirma “obrigatório” – do regime da separação mediante pacto antenupcial (negócio jurídico) e reuni-los como espécies de um gênero que merecesse o rótulo “separação obrigatória” é certamente uma das construções mais ousadas já lidas em decisões da Corte. Evidentemente, no *caput* do art. 1.641, o adjetivo “obrigatório” significa “imposto”: aos nubentes que se encontrem em qualquer daquelas situações simplesmente não é permitido eleger outro regime. A “obrigatoriedade” ali diz respeito à *ausência de possibilidade de escolha* do regime de bens, e não aos *efeitos* que dele se irradiam⁴⁴ – efeitos que se produzem “obrigatoriamente”, por certo, assim no regime da separação do art. 1.641, *como também em qualquer outro*: as duas modalidades de separação (como enfatiza o acórdão) “obrigam os cônjuges (...) à sua observância”, mas outro tanto se poderia afirmar da comunhão universal ou da participação final nos aquestos, porque as partes indiscutivelmente se vinculam ao que contrataram – e a ninguém ocorreria chamá-las, por isso, “comunhão obrigatória” ou “participação final obrigatória” ...

Em outras palavras, parece-me que a classificação proposta pelo acórdão da 3ª Turma peca ao reunir sob o mesmo rótulo – separação “obrigatória” – um regime que é “obrigatório” na sua *constituição* e outro, nos seus *efeitos*. Falta uniformidade ao critério classificatório. A prevalecer a cerebrina construção, desapareceria do mundo jurídico, por exemplo, a distinção entre seguros “facultativos” e seguros “obrigatórios” (art. 788): todos os contratos de seguro mereceriam o rótulo “obrigatórios”, porque vinculativos do segurador e do segurado quanto às respectivas obrigações.

Além disso, a ideia de que a separação convencional estaria contida na expressão “separação obrigatória”, empregada no art. 1.829, nº I, faz completa abstração da remissão feita ao “art. 1.640, parágrafo único” (entenda-se: ao art. 1.641). No Código Civil de 1916, a norma referente ao regime da separação legal constava de um parágrafo único do art. 258 (este hoje corresponde ao art. 1.640, do qual constitui uma reprodução quase literal, apenas acrescida do adjetivo “ineficaz”). A mesma solução foi adotada no primitivo Anteprojeto de 1972 (art. 1.854). Na redação final do novo Código Civil, porém, passou a constar do art. 1.640 um parágrafo único atinente à *forma* da manifestação de vontade dos nubentes quanto ao regime de bens.⁴⁵ Para melhor sistematização da matéria, o que tradicionalmente estava num parágrafo foi, então, deslocado para um artigo autônomo. Se a remissão é hoje imprópria – porque o atual parágrafo único do art. 1.640, como dito, não cuida de separação legal, mas da forma de que se deve revestir a opção pelo regime de bens – o equívoco inegavelmente pode e deve ser corrigido pelo intérprete, que se limitará, no caso, a identificar o dispositivo a que o legislador, em verdade, pretendia referir-se.

⁴⁴ No voto-vista do eminente Ministro Sidnei Beneti, lê-se que “(...) a separação legal e a separação convencional (...), afinal de contas, são obrigatórias (...)”. Mas a expressão é empregada, em cada um dos casos, com sentidos bem distintos.

⁴⁵ A rigor, já no Projeto de lei nº 634/75, a regra acerca do regime da separação legal passara a constar de um artigo autônomo (art. 1.696), logo em seguida ao dispositivo sobre o regime supletivo (comunhão parcial), tal como viria a prevalecer na redação final do novo Código.

Feita a correção, por via interpretativa, não é difícil concluir que, ao aludir à “separação obrigatória, o art. 1.829, nº I, refere-se “apenas à separação legal prevista no art. 1.641, cujo rol não inclui a separação convencional”.⁴⁶

O segundo ponto merecedor de atenção no julgado da 3ª Turma reside na assertiva de que reconhecer direitos sucessórios ao cônjuge, casado pelo regime da separação convencional, representaria “a alteração do regime matrimonial de bens *post mortem*, ou seja, com o fim do casamento pela morte de um dos cônjuges, seria alterado o regime de separação convencional de bens pactuado em vida, permitindo ao cônjuge sobrevivente o recebimento de bens de exclusiva propriedade do autor da herança, patrimônio ao qual recusou, quando do pacto antenupcial, por vontade própria”. Na fundamentação, afirma-se ainda que “a regra que confere o direito hereditário de concorrência ao cônjuge sobrevivente não alcança nem pode alcançar os que têm e decidiram ter patrimônios totalmente distintos, sob pena de clara violação ao art. 1.687 do CC/02, notadamente quando a incomunicabilidade resulta da estipulação feita pelos nubentes, antes do casamento”. Em resumo: o regime de bens “obriga as partes na vida e na morte”.

Lamentavelmente, o acórdão proferido no julgamento REsp. nº 992.749-MS misturou conceitos. É evidentemente equivocada a ideia de que o regime de bens “obriga as partes na vida e na morte”: o regime de bens *se extingue* com a morte, e não é em função dele que se opera a transmissão do patrimônio do *de cujus* aos sucessores. Por idêntico motivo, reconhecer direitos sucessórios ao cônjuge casado pelo regime da separação convencional de nenhum modo representa “a alteração do regime matrimonial de bens *post mortem*”: o regime de bens, por sua própria natureza, apenas produziu efeitos durante o casamento. A sucessão aberta em benefício do cônjuge não é uma “alteração *post mortem*” de um regime a que o óbito pôs termo. Nem cabe, por fim, argumentar que “a incomunicabilidade [dos bens] resulta da estipulação feita pelos nubentes, antes do casamento”: a sucessão de nenhum modo converte bens que pertenciam exclusivamente ao *de cujus* em bens comuns. A incomunicabilidade, fruto da manifestação de vontade, subsistiu, intacta, até a morte.⁴⁷

E tanto isso é certo que, nessa hipótese, não haverá espaço, na partilha, para a atribuição de um lote de bens ao cônjuge sobrevivente, a título de *meação*.

O acórdão da 3ª Turma era, como dito e demonstrado, infeliz. Vejo, pois, com bons olhos o fato de o próprio Superior Tribunal de Justiça, a partir de julgamentos ocorridos no ano de 2014, ter abandonado aquela orientação e passado a adotar a tese que desde sempre sustentei. É o que agora se identifica não só no âmbito de sua 3ª Turma (com nova composição, ressalte-se), mas também no da 2ª Seção.⁴⁸

⁴⁶ Entre aspas, trecho do voto do Ministro João Otávio de Noronha no REsp. nº 1.346.324-SP. Acrescentou o Ministro tratar-se de raciocínio “elementar”.

⁴⁷ “Não se trata de comunicação de patrimônios, não se podendo confundir regime de bens com direito sucessório. Com a morte extinguiu-se o regime (...)” (DELGADO, Mário Luiz. “*Controvérsias...*”, p. 433).

⁴⁸ REsp. nº 1.346.324-SP, 3ª Turma, Rel. p/acórdão Min. João Otávio de Noronha, j. 19.08.2014; REsp. nº

Os acórdãos e votos que formaram a expressiva maioria, em cada uma daquelas oportunidades, reconheceram que, no sistema do vigente Código Civil, o cônjuge é, *sempre*, herdeiro necessário; que a separação obrigatória, mencionada no art. 1.829, nº I, é apenas aquela de que trata o art. 1.641; que os casos em que o cônjuge não concorre com descendentes devem ser interpretados restritivamente, por se cuidar de exceções; que o pacto antenupcial não produz efeitos após a morte, não tendo o regime de bens “eficácia póstuma”; que a eleição do regime da separação de bens, quando admitida, não faz presumir o desejo dos nubentes de recíproca exclusão na herança, já que a opção pode inspirar-se preponderantemente em outras razões de ordem prática, que não a de impedir a formação de patrimônio comum;⁴⁹ que inibir a concorrência, na hipótese, seria condenar o cônjuge sobrevivente a ficar “sem quaisquer bens, sem amparo”,⁵⁰ já que inexistente o direito à meação (excluído em função do próprio regime).

Esse derradeiro argumento, aliás, revela que a única interpretação admissível é a que veio a ser mais recentemente acolhida pelo Superior. Em data muito anterior à dos novos julgados, e em oposição à tese neles afinal assentada, uma civilista eminentíssima escrevera que, ao ter por necessária a herança do cônjuge na hipótese de separação convencional, “o Código se afasta de si próprio” e das “bases axiológicas e culturalistas sobre as quais foi edificado”.⁵¹ A mim me parece, com a devida vênia, que o Código ali concretiza valores *constitucionais*, que a doutrina habitualmente relaciona à legítima, como os da *proteção à família*, da *dignidade da pessoa humana* e da *solidariedade*.⁵²

Um daqueles julgados recentes⁵³ acrescentou outro argumento bastante persuasivo: o pacto antenupcial não é instrumento para viabilizar manifestações dos nubentes sobre a sucessão futura de qualquer um deles, ou de ambos. No anterior julgamento do REsp. nº 992.749-MS, foi dito que, em se tratando do regime da separação convencional, o cônjuge “recusou”, no pacto antenupcial, o recebimento de bens integrantes da herança a que eventualmente fizesse jus. Ora, ainda que se tratasse de renúncia expressa, a manifestação de vontade sobre herança não aberta atrairia a incidência do art. 426 do Código Civil, que hostiliza os pactos sucessórios, declarando-os nulos.⁵⁴

1.430.763-SP, 3ª Turma, Rel. p/acórdão Min. João Otávio de Noronha, j. 13.11.2014; REsp. nº 1.472.945-RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 23.10.2014; REsp. nº 1.382.170-SP, 2ª Seção, Rel. p/acórdão Min. João Otávio de Noronha, j. 22.04.2015.

⁴⁹ Veja-se o voto-vista do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva no REsp. nº 1.430.763-SP.

⁵⁰ Expressão constante do voto-vista do Ministro João Otávio de Noronha no REsp. nº 1.430.763-SP.

⁵¹ MARTINS-COSTA, Judith. prefácio a “O cônjuge sobrevivente e seu direito à herança: uma interpretação da disciplina orientada pela Constituição e o Código Civil”, p. 566.

⁵² NEVARES, Ana Luiza Maia. *A sucessão do cônjuge e do companheiro ...*, p. 26-32; BARBOSA, Heloisa Helena. “Aspectos controversos do Direito das Sucessões: considerações à luz da Constituição da República”, p. 322.

⁵³ REsp. nº 1.472.945-RJ.

⁵⁴ Veja-se, na doutrina, NEVARES, Ana Luiza Maia. *A sucessão do cônjuge e do companheiro ...*, p. 105.

Enfrento uma última questão, ainda relacionada à interpretação do art. 1.829, nº I, e aos vínculos entre regime de bens e sucessão. Se o regime for o da comunhão *parcial*, e o falecido tiver deixado bens *comuns e particulares*, concorrem à sucessão o cônjuge e os descendentes. O Código, porém, não dá resposta, de modo explícito, à seguinte indagação: a herança do cônjuge (que, na hipótese, é também *meeiro*) deve incidir sobre que bens? Somente sobre os comuns? Somente sobre os particulares? Ou, indistintamente, sobre uns e outros?

Também neste ponto é possível identificar, no Superior Tribunal de Justiça, decisões conflitantes. Num acórdão de 2009 – que, a rigor, não versava caso de sucessão entre cônjuges, mas entre *companheiros* – foi dito que o viúvo ou a viúva teria “direito à meação, *além da concorrência hereditária sobre os bens comuns*, mesmo que haja bens *particulares*, os quais, em qualquer hipótese, *são partilhados apenas entre os descendentes*”.⁵⁵ Concorrência nos comuns, mas não nos particulares: assim decidiu o Superior, naquele momento. A meu ver, no entanto, é justamente sobre os bens *particulares* que não pode haver nenhuma dúvida: o cônjuge os herda, em conjunto com os descendentes. A demonstração do ponto me parece simples: a despeito de o regime ser o da comunhão parcial, é perfeitamente possível que não se tivesse constituído patrimônio comum, porque, *v.g.*, o casamento era recente e não houve tempo para aquisições patrimoniais, ou porque o patrimônio do *de cujus* se cingia a bens herdados (Código Civil, art. 1.659, nº I). Ora, a única hipótese em que o cônjuge casado pelo regime da comunhão parcial *não* concorre com os descendentes é aquela em que *todos os bens eram comuns* (“ou se (...) o autor da herança não houver deixado bens particulares”). Então, se, apesar do regime, todos os bens eram *particulares*, prevalece a *regra* da concorrência, repartindo-se o acervo hereditário conforme o art. 1.832.

A dúvida persiste em relação aos bens *comuns*, sobre os quais o cônjuge supérstite inegavelmente tem direito na qualidade de *meeiro*. Em julgamento recentíssimo (iniciado em 12.03.2014, mas somente concluído em 22.04.2015), a 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, por ampla maioria, concluiu, segundo se lê na ementa do acórdão, que “o cônjuge sobrevivente, casado pelo regime da comunhão parcial de bens, concorrerá com o descendente do cônjuge falecido somente quando este tiver deixado bens particulares” e que “a referida concorrência dar-se-á exclusivamente quanto aos bens particulares constantes do acervo hereditário do *de cujus*”.⁵⁶ No voto (vencedor) do Ministro Sidnei Beneti, Relator original, afirma-se que o direito sucessório do cônjuge, nessa hipótese, incide “*apenas* quanto aos bens particulares que este [o consorte falecido] houver deixado, se existirem” (destaquei).

Um tanto perigosamente, o voto condutor deu relevo ao que denominou “*máxima*”, segundo a qual “quem é *meeiro* não deve ser herdeiro”. Acho muito difícil a adequada demonstração, no direito brasileiro, dessa “*máxima*”, considerando que,

⁵⁵ REsp. nº 1.117.563-SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 17.12.2009, RSTJ 218/355.

⁵⁶ REsp. nº 1.368.123-SP.

nos incisos II e III do art. 1.829, a vocação do cônjuge, para herdar na companhia de ascendentes ou sozinho, não depende do regime de bens, podendo haver ali, simultaneamente, herança e meação. E outro tanto se tem afirmado, em doutrina, no tocante ao regime da participação final dos aquestos.⁵⁷

O acórdão da 2ª Seção rejeitou, porém, o argumento fundado na aplicação analógica da norma sobre a sucessão do companheiro (o *caput* do art. 1.790), afirmando, a propósito, que “[a] coexistência de um tratamento legal diferenciado para disciplinar a sucessão do cônjuge e a do companheiro não desnatura o sistema, muito pelo contrário vem apenas a se acomodar entre as tantas outras distinções já estabelecidas no ordenamento pátrio”.

Como atualizador do último volume da obra maior de Caio Mário da Silva Pereira, manifestei, em nota de rodapé e de forma muito ligeira,⁵⁸ a opinião de que a herança do cônjuge, na hipótese examinada no citado acórdão, abrange tanto os bens particulares (sobre os quais, insisto, não pode haver a menor dúvida) *quanto sobre os comuns*. Reconhecendo embora a riqueza do debate e o cuidado com que o tema foi abordado na recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, reafirmo minha posição, porque, aqui como em outros pontos, não cabe ao intérprete estabelecer distinções que a lei não fez.⁵⁹

5. A Título de Conclusão

Em seu romance *As intermitências da morte*, José Saramago cria um país onde, por uma razão misteriosa, as pessoas deixam de morrer. Nos primeiros dias, tudo era festa, pois os cidadãos ...

“(...) descobriam, deliciados, que o melhor, realmente o melhor, era agora que estava a acontecer, que já o tinham ali mesmo, à porta de casa, uma vida única, maravilhosa, sem o medo quotidiano da rangente tesoura da parca, a imortalidade na pátria que nos deu o ser, a salvo de incomodidades metafísicas e grátis para toda a gente, sem uma carta de prego para abrir à hora da

⁵⁷ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Código Civil Comentado*, p. 227; DIAS, Maria Berenice. *Manual ...*, nº 17.1.4, p. 171; NEVARES, Ana Luiza Maia. *A sucessão do cônjuge e do companheiro ...*, p. 93; DELGADO, Mário Luiz. “*Controvérsias ...*”, p. 436.

⁵⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições*, vol. VI, nº 447-A, p. 132-133, nota de rodapé nº 27 (da 22. ed.).

⁵⁹ O argumento tem sido usado, em acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, para dar solução ao problema de que anteriormente me ocupei (o da identificação das hipóteses de concorrência entre descendentes e cônjuge): é o que se extrai, por exemplo, do voto do Ministro Relator no REsp. nº 1.472.945-RJ, no qual se lê que o art. 1.829, nº I, “indicou expressamente quais os regimes de bens não comportariam a concorrência entre o cônjuge sobrevivente e os descendentes do falecido, não havendo referência alguma ao regime da separação convencional de bens”; por isso, “incide a reconhecida máxima de hermenêutica de que não pode o intérprete restringir onde a lei não excepcionou, sob pena de violação do dogma da separação dos Poderes (art. 2º da Constituição Federal de 1988)” (destaquei). A meu ver, a “reconhecida máxima” vale também para solucionar a questão dos bens sobre os quais, na comunhão parcial, incide a herança do viúvo ou viúva.

morte, tu para o paraíso, tu para o purgatório, tu para o inferno, nesta encruzilhada se separavam em outros tempos, queridos companheiros deste vale de lágrimas chamado terra, os nossos destinos no outro mundo. Posto isto, não tiveram os periódicos reticentes ou problemáticos outra solução, e com eles as televisões e as rádios afins, que unir-se à maré alta de alegria coletiva que se alastrava de norte a sul e de leste a oeste, refrescando as mentes temerosas e arrastando para longe da vista a longa sombra de tãatos. Com o passar dos dias, e vendo que realmente ninguém morria, os pessimistas e os cépticos, aos poucos e poucos no princípio, depois em massa, foram-se juntando ao *mare magnum* de cidadãos que aproveitavam todas as ocasiões para sair à rua e proclamar, e gritar, que, agora sim, a vida é bela”.⁶⁰

Como nada neste mundo é perfeito, nem mesmo quando a morte é abolida, novos e inesperados problemas surgiram. Os donos de funerárias, por exemplo, se viram, de uma hora para outra, “brutalmente desprovidos de sua matéria-prima”; os hospitais não eram capazes de administrar “um engarrafamento como os dos automóveis, o qual tinha sua causa na permanência indefnida de um número cada vez maior de internados que, pela gravidade das doenças ou dos acidentes de que haviam sido vítimas, já teriam, em situação normal, passado à outra vida”; a seu turno, “os lares da terceira e da quarta idade não queriam nem pensar num futuro de trabalho em que os objetos dos seus cuidados não mudariam nunca de cara e de corpo” – um panorama totalmente inédito, que desafiava “os esforços equitativos e o talento planificador de qualquer gestor de recursos humanos”, diante da perspectiva de “cada vez mais idosos internados (...) e cada vez mais gente para tomar conta deles”; e as empresas seguradoras passaram a receber “muitos milhares de cartas (...) de cancelamento imediato das apólices de seguros de vida dos respectivos signatários”, animados estes pela ideia de que, “seria absurdo, para não dizer simplesmente estúpido, continuar a pagar uns prêmios altíssimos que só iriam servir, sem qualquer espécie de contrapartida, para enriquecer ainda mais as companhias”.

Ao saudoso escritor português não ocorreram, todavia, outras consequências inevitáveis daquele inusitado cenário: as leis não mais precisariam se ocupar das consequências da morte; não mais haveria processos cuja causa de pedir ela integrasse; os tribunais, a seu turno, não mais precisariam perder seu precioso tempo em decifrar enigmas relacionados à sucessão; e alguns de nós provavelmente perderiam seus empregos, porque já não mais haveria lições, nem palestras, nem doutrina sobre o assunto.

⁶⁰ SARAMAGO, José. *As intermitências da morte*, p. 23-24. Os demais trechos citados foram extraídos do mesmo capítulo.

Um outro português ilustre, jurista e professor, ao examinar o direito sucessório de seu país, após a reforma do anos 1970, escreveu que, diante de tantas dúvidas, era possível imaginar que a nova lei se tornaria o “paraíso dos advogados”.⁶¹ O Código Civil brasileiro, no Livro dedicado ao Direito das Sucessões, apresenta graves defeitos e omissões incompreensíveis: passada mais de uma década, subsistem as controvérsias, entre autores e magistrados, acerca de pontos relevantíssimos, que bem poderiam ter sido objeto de um pouco mais de atenção e capricho. Num dos acórdãos há pouco recordados, disse o Ministro Sidnei Beneti que “a variedade de interpretações apresentadas é o exemplo apenas parcial do complexo regramento hereditário com que o novo Código Civil brindou a sociedade nacional”.⁶² Só posso imaginar que a palavra “complexo” tenha sido um eufemismo.

Conviria talvez cogitar, também entre nós, de uma reforma legislativa, que, ao menos, tivesse o mérito de sanar as imperfeições mais óbvias. No Brasil, porém, sempre há o risco de uma *reformatio in pejus* ... Muito sinceramente, não sei se, em matéria de sucessões, o Código Civil, se converteu no tão sonhado “paraíso dos advogados”. Mas posso afirmar, com segurança, que ele se tornou o inferno de estudiosos, de magistrados e, é claro, dos jurisdicionados.

Bibliografia (obras citadas)

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Atlas, 2003, v. XVIII.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil. Sucessões*. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

BARBOSA, Heloisa Helena. Aspectos controversos do direito das sucessões: considerações à luz da Constituição da República. In: TEPEDINO, Gustavo (org). *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direito da Família e das Sucessões*. Coimbra: Almedina, 1990.

CAPOZZI, Guido. *Successioni e donazioni*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 2002, t. I.

CARRARO, Luigi. *La vocazione egittima ala successione*. Pádua: Cedam, 1979.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona. *Direito da Família e das Sucessões*. Lisboa: Lex, 1993, v. II.

DELGADO, Mário Luiz. Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente. Uma proposta de harmonização do sistema. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (org). *Questões Controvertidas no Direito de Família e das Sucessões*. São Paulo: Método, 2005, v. 3.

⁶¹ ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil – Direito das Sucessões*, p. 343.

⁶² Voto no REsp. nº 1.368.123-SP.

- DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 3. ed. São Paulo: RT, 2014.
- FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Lições de Direito das Sucessões*. 2. ed. Lisboa: Quid Juris, 2004.
- GUINAND, Jean; STETTLER, Martin. *Droit Civil*. 5. ed. Fribourg: Éditions Universitaires, 2003, v. II.
- GRIMALDI, Michel. *Droit Civil. Successions*. 6. ed. Paris: Litec, 2001.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 20.
- LEROYER, Anne-Marie. *Droit des successions*. 3. ed. Paris: Dalloz, 2014.
- MALAURIE, Philippe. *Les successions. Les libératilités*. 3. ed. Paris: Defrénois, 2008.
- MARTINS-COSTA, Judith. Prefácio a COSTALUNGA, Karime. Direito de herança e separação de bens: *uma leitura orientada pela Constituição e pelo Código Civil*. In: MARTINS-COSTA, Judith. *Modelos de Direito Privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 6.
- NEVARES, Ana Luiza Maia. *A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do Direito Civil-Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. VI.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. VI.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. VI.
- PITÃO, José António de França. *A posição do cônjuge sobrevivo no actual direito sucessório português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1994.
- SARAMAGO, José. *As intermitências da morte*. 5ª reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
- STEINAUER, Paul-Henri, *Le droit des successions*. Berna: Stämpfli, 2006.
- TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. 8. ed. São Paulo: Método, 2015, v. 6.
- TEPEDINO, Gustavo. *Usufruto legal do cônjuge viúvo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- VOIRIN, Pierre; GOUBEAUX, Gilles. *Droit Civil*. 25. ed. Paris: LGDJ, 2008, t. 2.

Os Contornos da Estabilização da Tutela Provisória de Urgência Antecipatória no Novo CPC e o Mistério da Ausência de Formação da Coisa Julgada

Dierle Nunes*
Érico Andrade**

Sumário

1. Introdução – Tutelas Diferenciadas: Conceito – Dupla Acepção. 2. As Técnicas Processuais da Cognição Exauriente e da Cognição Sumária. 3. A Tutela Provisória no Novo CPC: Breve Análise. 4. A Estabilização da Decisão de Cognição Sumária no Novo CPC e o “Mistério” da Ausência de Formação da Coisa Julgada. 5. Conclusões. Referências Bibliográficas.

1. Introdução – Tutelas Diferenciadas: Conceito – Dupla Acepção

O tema das tutelas jurisdicionais diferenciadas ou, como preferimos, *tutelas processuais diferenciadas*, passou a ser objeto do debate da ciência processual a partir do trabalho de Proto Pisani publicado em 1973,¹ partindo-se, como pressuposto óbvio,² da necessidade de diversidade de técnicas processuais para as diversas hipóteses de direito material a ser aplicado e analisando que a questão somente poderia ser devidamente colocada em discussão a partir daquele momento histórico em face da viabilidade de pensar uma quebra do modelo neutro e único de processos ordinários de cognição plena, presumidamente predispostos a permitir o julgamento de qualquer caso.

Os modelos processuais diferenciados seriam delineados com a intenção de garantir as mais idôneas formas de tutela para as várias categorias de situações jurídicas merecedoras de tutela jurisdicional.³

Com tal expressão, Proto Pisani estabeleceu dois tratos para a temática processual, que não se confundiam.

* Doutor em Direito Processual (PUC Minas/Università degli Studi di Roma “La Sapienza”). Mestre em Direito Processual (PUC Minas). Professor Permanente do PPGD da PUC MINAS. Professor Adjunto na PUCMINAS e na UFMG. Secretário-Geral Adjunto do IBDP, Membro fundador do ABDPC, associado do IAMG. Membro da Comissão dos Juristas que assessorou no Novo Código de Processo Civil na Câmara dos Deputados. Advogado.

** Doutor em Direito Processual Civil (UFMG/Università degli Studi di Milano). Mestre em Direito Administrativo pela UFMG. Professor Adjunto na UFMG. Procurador do Estado de Minas Gerais. Advogado.

¹ PROTO PISANI, Andrea. Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro. *Studi di Diritto Processuale del Lavoro*. Milano: Giuffrè, 1977. p. 65 et seq.

² Obviedade admitida pelo próprio Proto Pisani.

³ COMOGLIO, Luigi Paolo. Tutela differenziata e pari effettività nella giustizia civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, n. 6, p. 1530, 2008.

Nesses termos, tutela jurisdicional diferenciada poderia significar:

- a) as formas típicas de tutela sumária (cautelar, satisfativa interinal: antecipatória, específica); ou,
- b) em outra perspectiva, a expressão poderia se referir à predisposição de vários procedimentos de cognição (plena e exauriente ou não), alguns dos quais modelados sobre categorias individuais de situações substanciais controversas (no Brasil, por exemplo, a consignação em pagamento, prestação de contas, entre outros).⁴

Hoje, poderíamos somar a este movimento de diferenciação procedimental as tendências de “ressurreição”, sob novas balizas, da negociação processual embasada em acordos típicos ou nas cláusulas gerais do CPC–2015 (arts. 190 e 191).⁵

Pontue-se, que era comum a alusão, sob a égide do Código de Processo Civil de 1973 Reformado, de que vivenciamos há muito uma mudança do perfil da aplicação de tutela em nosso país.⁶

⁴ PROTO PISANI, Andrea. Sulla tutela giurisdizionale differenziata. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, n. 4, p. 538, 1979.

⁵ Como explicado em outra sede: “Diante de todo o cenário de grandes mudanças que o novo CPC pretende instituir, ao lado da ideia do gerenciamento processual (*case management*) pelo juiz, aparece para as partes uma modalidade de flexibilização do procedimento permitindo às mesmas promover uma *negociação processual* em conformidade com as disposições previstas nos arts. 190 e 191. A noção de negócios processuais (*processrechtliche Verträge*) foi inicialmente dimensionada (na modernidade) pela pandectística alemã, com várias categorias de acordos entre as partes que poderiam gerar impactos no processo, como exemplificativamente, pactos de exclusão de um grau de jurisdição e de exclusão de competência, relativas às regras de procedimento, de inversão do ônus da prova, entre outras, e seus limites em face da intervenção judicial. Palermo afirmava em 1938 que os negócios jurídicos processuais seriam as declarações de vontade de uma ou ambas as partes, processualmente eficazes, emitidas no processo, e dirigidas diretamente a criar, modificar ou extinguir uma “relação processual” ou uma faculdade ou ônus do qual a referida relação se compõe. O mesmo não desconsiderava a possibilidade de negociação extraprocessual, mas analisava ambas em época de notória prevalência do viés “publicístico”. E, em face da predominância, desde o fim do século XIX, do discurso estatalista, lastreado na predominância do papel do juiz e do rigorismo do formalismo e do procedimento legislado, o uso dos negócios processuais foi bastante limitado até recentemente. Falar-se do fenômeno heterogêneo da *contratualização das relações sociais*, com efeitos no campo processual, é algo bastante recente, especialmente porque durante todo o século XX e, em alguma medida até hoje, a visão predominante é de que a intervenção estatal seja mais eficiente no dimensionamento dos litígios, e mesmo quando se fala de flexibilização procedimental esta ordinariamente é pensada sob a ótica solitária do magistrado. No entanto, o declínio da centralidade do Estado na produção normativa (legiscentrismo), estudado desde os anos 1960, mas com impacto processual mais emblemático desde a década de 1990, com o desencantamento do predomínio do Estado (inclusive em face do avanço do neoliberalismo) vem garantindo um fortalecimento e sofisticação das cláusulas de consensualidade.” THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio. *Novo CPC: Fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2015. Cf. igualmente: ANDRADE, Érico. A “contratualização” do processo no novo código de processo civil. In: FREIRE, Alexandre *et al* (org.). *Novas tendências de processo civil*. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 4. (no prelo).

⁶ NUNES, Dierle; THEODORO JÚNIOR, Humberto; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Breves considerações da politização do Judiciário e do panorama de aplicação no direito brasileiro: análise da convergência

Era comum a assertiva de que o sistema processual delineado (prioritariamente) por Alfredo Buzaid no CPC de 1973 buscava uma tutela comum, pelo equivalente financeiro e sem preocupações com o fator temporal (neutralidade temporal).

Uma tutela comum, eis que se criaram poucos procedimentos genéricos (comum ordinário e sumário) com a pretensão de permitir o julgamento de qualquer tipo de litígio.

Pelo equivalente financeiro, eis que o sistema era privado originalmente de técnicas (v. g., de tutela específica) para o cumprimento de obrigações (v. g., de fazer e não fazer), resolvendo-se situações de inadimplemento pela indenização do equivalente econômico.

E, finalmente, *neutro, em termos temporais*, porque não existia uma preocupação técnica com formas de se abreviar o julgamento, a carga executiva e o fim dos procedimentos.

No entanto, com o advento de nossa Constituição de 1988, e com as infindáveis reformas que o CPC sofreu ao longo de todos esses anos, foram introduzidas técnicas de tutela antecipada, específica, e foram criados novos procedimentos dentro (v. g., procedimento monitorio) e fora do sistema do CPC (v. g., processo coletivo do CDC, juizados especiais, lei de locações, mandado de segurança etc.). Almejou-se delinear uma tutela eficiente, adequada e tempestiva. Esta tendência é recorrente desde a década de 1970.⁷

E, com o advento de uma nova legislação, a questão da diferenciação procedimental ganha novo fôlego, em face das técnicas delineadas nos procedimentos especiais, nas possibilidades mais amplas de negociação processual, ou no objeto principal do presente ensaio, as nominadas TUTELAS PROVISÓRIAS.

Como se sabe, o novo CPC foi aprovado pela Lei 13.105, publicada no DOU de 17 de março de 2015, de modo que no prazo de um ano (período de *vacatio legis* do novo CPC: art. 1045) a nova legislação entrará em vigor, revogando o CPC/73 (Lei 5.869/73), conforme previsto no art. 1046.

entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, ano 35, n. 189, nov. 2010. NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. *Revista de Processo*, v. 199, set. 2011.

⁷ Tal constatação, no Direito estrangeiro, pode ser vista há muito na própria manifestação de Cappelletti e Garth, no Relatório Geral do Projeto *Firenze de Acesso à Justiça* (1973-1978): O movimento mais importante em relação à reforma do processo se caracteriza pelo que podemos denominar de desvio especializado e pela criação de Tribunais e procedimentos especializados para certos tipos de causas socialmente importantes não é, evidentemente, novo. Já se percebeu no passado, que procedimentos especiais e julgadores especialmente sensíveis são necessários quando a lei substantiva é relativamente nova e se encontra em rápida evolução. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Brian. General report. In: CAPPELLETTI, Mauro et al. *The Florence Access-to-Justice Project*. Milano: Giuffrè, 1978. v. 1.

São muitas as novidades introduzidas pelo novo CPC e quer-se, aqui, delinear as linhas iniciais de parcela das tutelas provisórias: no âmbito da tutela de urgência, ao lado da tutela de evidência (Livro V da Parte Geral, art. 294), surge a perspectiva de *estabilização* de uma das suas modalidades, a tutela satisfativa antecipada (art. 294, par. único), nos moldes da regulação contida no art. 304 do novo CPC. Impõe-se, assim, analisar no que consiste tal estabilização, especialmente em confronto com o tradicional instituto da coisa julgada.

De imediato, há de se vislumbrar que apesar da assertiva recorrente de que o CPC-2015 teria promovido uma unificação das técnicas de urgência (cautelar e antecipatória) estabelecendo um regime único (fruto da intelecção de dispositivos como v.g. o art. 300), a nova lei mantém a diversidade de regimes entre as técnicas e um ótimo exemplo desta percepção é o da *estabilização*, que se limita somente às hipóteses das antecipatórias.⁸

Há de se perceber que a estabilização se trata de mais uma técnica: monitorização genérica⁹ (além da monitoria típica) na qual em cognição sumária uma decisão não impugnada tornar-se-á estável.

O desenvolvimento do tema, assim, passará pela distinção entre as técnicas de cognição plena e sumária, antes de se adentrar, em breves linhas, na estruturação da tutela de urgência no novo CPC, para se desaguar na análise da estabilização da tutela de urgência, na modalidade satisfativa, em confronto com a coisa julgada. Registre-se que a referência ao tema como um “mistério” foi extraída de debate da doutrina italiana quanto à eficácia da decisão sumária, após a extinção do procedimento em que deferida, em que se indaga se tal eficácia, sem a formação da coisa julgada, seria um mistério inexplicável.¹⁰

O ponto de partida deste trabalho é um artigo publicado no ano de 2012 por um dos autores, em conjunto com o Prof. Humberto Theodoro Júnior, a respeito da estabilização da tutela de urgência, quando a matéria se encontrava regulada no projeto votado no Senado em dezembro de 2010 (PL 166/2010).¹¹

2. As Técnicas Processuais da Cognição Exauriente e da Cognição Sumária

Estabelece-se, em doutrina, tradicional diferenciação no âmbito do tratamento da cognição: cognição exauriente e cognição sumária.

A cognição exauriente pressupõe a completa realização prévia do contraditório e por isto se permite às partes a ampla discussão da causa e

⁸ A estabilização já era buscada há muito no Brasil. Exemplo foi o Projeto de Lei do Senado nº 186/2005. Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. Mudanças estruturais no processo civil brasileiro. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais* – nº 1, 2006. p. 197, et. seq.

⁹ Acerca das tendências do uso das técnicas monitorias no Brasil desde a década de 1990 cf. SILVA, Ovídio Baptista da. A antecipação da tutela na recente reforma processual, in: *Reforma do CPC*, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Saraiva, nº 8, São Paulo, 1996.

¹⁰ Querzola, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, p. 34 e 243.

¹¹ THEODORO JÚNIOR; ANDRADE, A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no Projeto do Código de Processo Civil, *RePro* 206/2012, p. 13-59.

produção das provas, com o que, consequentemente, o juiz, na decisão final, pode promover aprofundado, mediante o pleno debate processual, o exame dos fatos, permitindo à decisão maior perspectiva de acerto quanto à solução do mérito,¹² desaguando-se na imutabilidade da solução pela formação da coisa julgada.¹³ Daí também a indicação doutrinária de que se trata de *tutela definitiva*,¹⁴ aplicada no modelo tradicional de cognição pelo procedimento ordinário.

A cognição sumária, ao contrário, impõe limitação no debate e na investigação dos fatos da causa pelo juiz e pelas partes: o exame dos fatos e o debate são superficiais, razão pela qual, normalmente, a decisão judicial aqui não formaria a autoridade da coisa julgada material.¹⁵ Este tipo de cognição é utilizado, no direito brasileiro, em sede da chamada tutela de urgência, tradicionalmente prevista no âmbito do processo cautelar (art. 798 do CPC/73) e da tutela antecipada (art. 273 do CPC/73).¹⁶

A partir dessa distinção básica, em sede da profundidade da cognição, aparecem outras interessantes diferenciações derivadas, destacada pela doutrina italiana, como, *v.g.*, quanto ao modelo de procedimento e da forma com que o contraditório se realiza:

i) o processo de cognição exauriente tem as seguintes características básicas: (a) plena realização do contraditório de forma antecipada, ou seja, antes de qualquer decisão de mérito; (b) o contraditório se realiza conforme modelo normativo mais estrito; (c) a cognição plena e exauriente domina todos os elementos de fato e de direito que gravitam em torno do litígio, permitindo ampla perquirição probatória

¹² BEDAQUE, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência* (tentativa de sistematização), p. 120, indica que o juízo emitido nestas condições é de alta probabilidade: No processo de cognição plena e exauriente, o provimento judicial é posterior à realização do contraditório, o que possibilita o conhecimento completo dos fatos pelo juiz. Em razão dessa atividade cognitiva, o juízo emitido é de certeza, não de probabilidade. Nessa linha, o provimento tende a tornar-se imutável, em virtude da coisa julgada.

¹³ Registre-se que a doutrina aponta a existência de uma categoria de cognição diferenciada, em que, em determinados procedimentos, se limita a investigação probatória, vedando-se determinadas provas (por exemplo, temas de maior complexidade probatória no procedimento sumário: art. 277, §§ 4º e 5º, CPC; ou perícia e testemunhas no mandado de segurança: arts. 6º e 12 da Lei 12.016/09), em razão de maior celeridade procedimental, denominando-se a modalidade cognição *secundum eventum probationis*. Nesta modalidade, se não há necessidade da produção das provas vedadas, a decisão ganha contornos de cognição plena e exauriente; e no caso de necessidade da produção de tais provas, remetem-se as partes para as vias ordinárias (no mandado de segurança, art. 19 da Lei 12.016/09; no procedimento sumário, conversão em rito ordinário, art. 277, §§4º e 5º, CPC). Cf., sobre a cognição *secundum eventum probationis* CAMBI, Coisa julgada e cognição *secundum eventum probationis*, *RePro* 109/2003, p.77 e segs.

¹⁴ DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 2, p. 451: A tutela definitiva é aquela obtida com base em cognição exauriente, com profundo debate acerca do objeto do processo, garantindo-se o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. É predisposta a produzir resultados imutáveis cristalizados pela coisa julgada material. Prestígio, sobretudo, o valor segurança jurídica.

¹⁵ BEDAQUE, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência* (tentativa de sistematização), p. 120, destaca que no âmbito da cognição sumária a atividade cognitiva realizada pelo juiz é sumária, porque parcial, na medida em que ele somente tem acesso a parte dos fatos, aqueles deduzidos pelo autor. Também pode ser sumária a cognição, ainda que o contraditório se realize antes do provimento. Agora, a sumariedade se verifica não mais em razão do conhecimento de apenas parte dos fatos, mas pela maneira superficial com que a atividade cognitiva se desenvolve.

¹⁶ Theodoro Júnior, *Tutela antecipada. Evolução. Visão comparatista. Direito brasileiro e direito europeu*, *RePro* 157/2008, p. 131-132.

para buscar um alto grau de probabilidade em relação ao acerto judicial; (d) aos provimentos de cognição plena e exauriente se atribui a autoridade de coisa julgada;¹⁷

ii) já o modelo procedimental da tutela sumária implica em desvio do modelo de cognição exauriente em três pontos principais: (a) o primeiro desvio é a possibilidade de “postecipação” do contraditório: o juiz decide primeiro, sem ouvir o réu, para depois instaurar o contraditório que é, assim, relegado para um segundo momento processual (vide art. 9º, parágrafo único, inciso I); (b) o segundo desvio tem em vista os efeitos do provimento final proferido nos processos de cognição sumária, que tendem a não ser acobertados pela coisa julgada.¹⁸

De toda sorte, é importante destacar, nesse passo, ainda na esteira da doutrina italiana,¹⁹ a fim de evitar confusões indevidas, que não se pode misturar a tutela baseada na cognição sumária com a técnica do procedimento sumário, pois muitas vezes ocorre de o procedimento sumário, como o próprio nome indica, ser mais simplificado e condensado do que o ordinário (justaposição de fases procedimentais), mas permitir decisão de cognição plena e exauriente, como ocorre com o procedimento sumário no CPC/73 (art. 275, CPC), agora proscrito no CPC-2015 em face da adoção de um único procedimento comum, com potencialidade de negociação processual (arts. 190 e 191). Logo, procedimento sumário não é sinônimo de tutela sumária.

No direito processual brasileiro, no âmbito do CPC/73, tem-se, como visto, o tratamento de duas modalidades de tutela em que se utiliza a técnica da cognição sumária: a tutela antecipada (satisfativa) e a tutela cautelar.²⁰

Todavia, no âmbito da legislação em revogação, a cognição sumária, tanto na modalidade antecipatória como na modalidade cautelar, além de não ser hábil a operar a coisa julgada, não tem força, por si só, para dimensionamento integral do conflito, pois uma vez deferida a medida (antecipatória ou cautelar), o legislador impunha o sequenciamento da atividade jurisdicional para a obtenção da decisão de cognição plena (art. 273, §5º, CPC/73, para tutela antecipada; arts. 806 e 808, I, CPC/73, para o processo cautelar).

O novo CPC traz novidades importantes na temática da cognição sumária, especialmente na vertente da tutela de urgência, como subespécie da categoria tutela provisória, e quer-se, neste trabalho, tratar especificamente de uma delas: a análise da perspectiva de estabilização da tutela de urgência, sem necessidade de sequenciamento necessário da cognição plena, quebrando, ou pelo menos atenuando, tal como ocorreu no direito italiano, o nexo de instrumentalidade obrigatória entre a cognição sumária e cognição exauriente,²¹ com a autonomização

¹⁷ PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti: studi*, p. 360-361.

¹⁸ CAPONI; PROTO PISANI, *Lineamenti di diritto processuale civile*, p. 18.

¹⁹ QUERZOLA, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, p. 176-177.

²⁰ Na cautelar a indicação da sumariedade da cognição é dada pelo quesito da aparência do bom direito, extraído dos arts. 798 e 801, IV, do CPC/73; e na antecipação de tutela da ideia pela verossimilhança da existência do direito material extraída do art. 273 do CPC/73.

²¹ CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, v.1, p. 25: *Di ampio respiro sistematico, anche in questo*

da primeira como modalidade processual hábil a tutelar, por si só, o direito material, sem, entretanto, produzir, em princípio, coisa julgada.²²

Antes, porém, impõe traçar em linhas breves, a nova sistemática do CPC-2015 no âmbito da chamada tutela provisória.

3. A Tutela Provisória no Novo CPC: Breve Análise

O novo CPC traz várias novidades e inovações no Livro V, da Parte Geral, denominado “tutela provisória”.

Destaque-se, primeiramente, que o novo CPC eliminou o processo cautelar como figura processual autônoma dentro do nosso direito processual, como existe hoje no CPC/73 que regula três processos, conforme art. 270 do CPC (conhecimento, execução e cautelar): o novo CPC, na Parte Especial, prevê apenas o processo de conhecimento (Livro I) e o processo de execução (Livro II); e no Livro III da Parte Especial trata do processo nos tribunais e meios de impugnação de decisão judicial.

Consolida-se o modelo procedimental sincrético, com possibilidade de convivência e duas ou mais atividades procedimentais numa mesma estrutura procedimental. Nesse ponto, o novo CPC rompe com a tradição do direito brasileiro, extraída do direito italiano, no qual se tem o processo cautelar como processo autônomo,²³ com aproximação ao sistema francês em que não há processo autônomo para a tutela de urgência.²⁴

contesto, sono poi le innovazioni contenute nella nuova L. n. 80/2005, che incidono sulla stessa struttura della tutela cautelare tramite la rinuncia al requisito della assoluta provvisorietà, e così di riflesso con un ripensamento e una attenuazione - non però una soppressione - della strumentalità, in ordine ai provvedimenti d'urgenza ed agli altri provvedimenti cautelari aventi natura anticipatoria: viene meno l'esigenza che sia resa e tenuta pendente la causa di merito, requisito sin qui tradizionalmente essenziale (...).

²² Como aponta MENCHINI, Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato, *Rivista di diritto processuale*, n. 1/2006, p. 900, a ideia não é acabar com o processo declarativo de cognição plena, mas simplesmente, criar, ao lado deste, procedimentos mais céleres, como alternativa para aqueles que necessita recorrer à tutela jurisdicional: *In funzione di economia processuale, di accelerazione della tutela, di deflazione del contenzioso si sta facendo strada una nuova forma di giurisdizione, che prevede rimedi che non sono sostitutivi del processo dichiarativo, ma additivi rispetto ad esso: la giurisdizione cognitiva o di accertamento non è più snodo necessario per la tutela delle situazioni giuridiche sostanziali, ma è, comunque, a disposizione delle parti. Queste possono scegliere tra mezzi diversi in base ai loro bisogni: se ritengono che non sia necessario e neppure soltanto utile l'accertamento con forza di giudicato, ricorrono alle forme speciali non dichiarative e rinunciano a quelle cognitive, evitando di dare vita al processo di merito o di proseguirlo, qualora esso sia stato già instaurato; invece, se considerano non sufficiente la tutela senza stabilità, possono sempre adoperare il giudizio di cognizione.*

²³ Aliás, na própria Itália, onde surgiu a cautelar como forma autônoma de processo, ao lado do processo de conhecimento e de execução, não deixa de haver questionamento sobre a utilidade de se ver a cautelar como processo autônomo, como destaca Querzola, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, p. 119: *Intanto, è opportuno ricordare che la configurabilità della tutela cautelare come categoria autonoma rispetto alla cognizione e all'esecuzione non è sempre stata così pacifica, come verrebbe fatto di pensare essendo stata acquisita, anche a livello normativo, la ormai classica tripartizione chiovendiana. È nota la posizione di Allorio e di Liebman che, riconosciuti nell'accertamento e nell'esecuzione gli scopi fondamentali del processo, ritenevano fuorviante l'enucleazione di un tertium genus il cui contenuto, sostanzialmente, poteva ricondursi e ridursi agevolmente alle prime due attività.*

²⁴ GUINCHARD, *Procédure civile – Droit interne et droit communautaire*, p. 308: *C'est que les juges des référés e des requêtes remplissent, historiquement, une fonction propre: ils permettent d'assurer la protection juridictionnelle provisoire des justiciables. Or celle-ci est un devoir de l'État dans tous les cas où il existe une*

Não obstante tal mudança de pressuposto geral, o novo CPC não eliminou a cautelaridade em si, pois não podia descurar da necessidade, por exemplo, de previsão de procedimento para regular as medidas que pudessem ser deferidas com celeridade, para tutelar as situações do direito material em caso de urgência, e que modernamente se tem designado pela expressão tutela de urgência.²⁵

A tutela de urgência tem, no âmbito do processo, fundamental importância: é uma das mais importantes técnicas por meio da qual se impede que o tempo necessário à duração do processo cause dano à parte que tem razão.²⁶ Não se pode, hoje, pensar em processo efetivo normativamente sem que exista a possibilidade de buscar medidas de urgência para combater o efeito nocivo do tempo, aliado a situações de perigo de perecimento do direito material, durante todo o curso do processo.²⁷

Assim, na disciplina de qualquer processo, deve-se sempre ter em conta a necessidade e imprescindibilidade de estruturação da técnica processual de modo que em qualquer fase seja possível a adoção de medidas adequadas, para salvaguardar o direito material.²⁸

situation urgente. En effet, chaque citoyen renonce, en vertu du pacte social, à se faire à lui-même justice et accepte de soumettre à un juge les contestations que pourraient survenir. Or le processus juridictionnel, auquel il consent de la sorte, requiert du temps. La durée du procès ordinaire se trouve ainsi au coeur d'un profond paradoxe: légitime et nécessaire, elle peut aussi, lorsque la situation présente une certaine urgence, faire obstacle à l'efficacité de la protection juridictionnelle attendue par le citoyen, faute d'être rendue effective en temps opportun. Dès lors, l'État ne saurait, sans incohérence, à la fois priver les citoyens de leur droit à la justice privée et s'abstenir de leur proposer une protection juridictionnelle adaptée pour les situations urgentes; dans ce cas en effet, il opposerait aux citoyens une forme de déni de justice. (...) L'institution des juges spécialement dotés de la juridiction du provisoire, du pouvoir de rendre des mesures provisoires, répond précisément à cet impératif d'une protection juridictionnelle provisoire adaptée.

²⁵ DENTI. Azione: Diritto Processuale Civile. In: INCICLOPEDIA Giuridica, v. IV, p. 10: *Si preferisce qui parlare di tutela d'urgenza, poiché nella evoluzione di quello che si è soliti definire il diritto 'vivente', il principale carattere dei provvedimenti cautelari, ossia la loro strumentalità rispetto all'esercizio della funzione giurisdizionale di merito, si è andato sensibilmente attenuando. Le concrete esigenze di tutela, infatti, hanno dato spazio sempre più ampio, accanto alle misure conservative tradizionali, dai sequestri alle denunce di nuova opera, ai provvedimenti previsti dall'art. 700 c.p.c., genericamente finalizzati ad evitare il pregiudizio 'imminente ed irreparabile' che il diritto può subire nell'ordinario corso del processo. Come è stato esattamente rilevato, il ricorso a questa forma di tutela 'si è molto spesso rivelato come l'unico mezzo per munire di tutela giurisdizionale adeguata una vasta e variegata serie di diritti bisognosi di tutela urgente la cui domanda di tutela sarebbe stata sostanzialmente denegata se rimessa alla sola forma del processo di cognizione piena' (PROTO PISANI, A.).*

²⁶ DENTI, Vittorio. *La Giustizia Civile*, p. 135/136: *La durata del processo rappresenta di per se stessa un fatto che può arrecare pregiudizio alla parte che ha ragione, poiché la sentenza che definisce il giudizio può operare su una situazione che nel frattempo si è modificata a danno della parte. (...) Per questa ragione la tutela d'urgenza ha assunto una importanza crescente di fronte al fenomeno della dilatazione dei tempi della giustizia civile e dell'espandersi della difesa di situazioni soggettive che richiedono un intervento immediato del giudice, rispetto alle quali l'urgenza finisce con l'apparire la modalità essenziale di protezione. Também LUISO, Diritto Processuale Civile, v. I, p. 20: *La funzione cautelare costituisce una delle esplicazioni di un principio fondamentale del processo, il principio secondo il quale 'la durata del processo non deve danneggiare la parte che ha ragione'. Na mesma linha CARPI, Le riforme del processo civile in Italia verso il XXI secolo. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. vol. LIV, p. 119: *L'importanza della tutela cautelare in generale e d'urgenza in particolare è molto rilevante in tutti i paesi nel mondo, specialmente in quelli in cui la giustizia ordinaria è inefficiente. No direito brasileiro, conferir THEODORO JÚNIOR, Humberto. O Processo Civil Brasileiro: No Limiar do Novo Século. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 7/8.***

²⁷ ANDOLINA; VIGNERA, I *Fondamenti Costituzionali della Giustizia Civile: Il Modello Costituzionale del Processo Civile Italiano*, p. 67.

²⁸ Confram-se, literalmente, as palavras de ANDOLINA; VIGNERA, *I Fondamenti Costituzionali della*

Nessa linha, o novo CPC estruturou todo um novo mecanismo procedimental, que se encontra na Parte Geral (Livro V), e por isto se aplica à Parte Especial e aos procedimentos ali delineados.

O sistema de tutela provisória no novo CPC comporta uma primeira grande subdivisão: tutela da urgência e tutela da evidência: art. 294, *caput*. A tutela da evidência vem regulada no art. 311 e representa uma matriz aperfeiçoada do conteúdo normativo previsto no art. 273, II, CPC/73, ampliando-se seu espectro com o acréscimo de novas hipóteses.²⁹ E a tutela de urgência vem regulada nos arts. 300 a 310 do novo CPC.

Neste trabalho, destaque-se, analisa-se com mais vagar apenas o tema da tutela de urgência, em que surge a possibilidade de estabilização da tutela provisória antecipatória, deixando-se de lado a perspectiva da tutela da evidência.

Na tutela provisória, na modalidade tutela de urgência, o novo CPC já adianta, logo no art. 294, par. único, que comporta duas modalidades: cautelar ou antecipada (satisfativa).

A perspectiva da diferenciação vai residir exatamente na distinção que se tem no direito processual brasileiro a partir de 1994: como destaca a doutrina italiana, o critério distintivo deve estar na linha da satisfação do direito material, independentemente de maiores especulações teóricas, razão pela qual se o provimento provisório produz os mesmos efeitos ou efeitos praticamente análogos ao do pronunciamento final, ou seja, se a decisão satisfaz a necessidade de tutela do autor, poderá ser alocado como pronunciamento antecipatório.³⁰ Por outro lado, o arresto, para garantir pagamento futuro de dívida é sempre a linha divisória do lado das medidas meramente conservativas ou cautelares, de modo que a conjugação das duas ideias permite traçar uma fronteira entre os dois tipos de tutela de urgência.³¹

Assim, vertendo as ideias para o direito brasileiro, a tutela cautelar é modalidade de tutela de urgência que protege o resultado útil do processo sem adiantar o gozo do direito material; enquanto que na antecipada ou antecipatória (satisfativa) se adianta propriamente o gozo do próprio direito material.

Giustizia Civile: Il Modello Costituzionale del Processo Civile Italiano, p. 67: *Di esse, pertanto, dovrà tener conto la disciplina positiva del processo, il quale non potrà non essere strutturato in modo tale da permettere in qualsiasi momento l'adozione delle misure cautelare ritenute 'casu concreto' necessarie.*

²⁹ Assim, além de reiterar a hipótese de antecipação de tutela prevista no art. 273, II, CPC/73 (abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório), o novo CPC, ainda prevê, no art. 311, as seguintes hipóteses em que pode ser concedida a tutela da evidência: a) alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; b) pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; c) petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. Registre-se que o caso hoje previsto no art. 273, § 6º, CPC/73 (antecipação de tutela da parte do pedido incontroversa) é retirado da hipótese de tutela da evidência e passa a integrar o novo instituto do julgamento antecipado parcial de mérito (art. 356 do novo CPC).

³⁰ Cf. QUERZOLA, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, p. 20-21 e 128-129.

³¹ Cf. QUERZOLA, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, p.26-27.

Outra distinção, de plano, admitida pelo novo CPC, no âmbito da tutela de urgência, é a perspectiva de a medida poder ser buscada em caráter antecedente ou incidental (art. 294, par. único). Ou seja:

i) no caso de a urgência anteceder a própria ação principal ou o pedido principal, o novo CPC admite a perspectiva do pleito antecedente da medida, e cria duas modalidades procedimentais próprias, autônomas, para a busca da tutela de urgência: o procedimento antecedente para a tutela antecipada (arts. 303 e 304) e o procedimento antecedente para a tutela cautelar (arts. 305 a 310);

ii) quando o processo de conhecimento ou de execução estiver em curso, a parte interessada pode buscar, incidentemente, mediante simples petição, a tutela de urgência, em qualquer das duas modalidades, sem maiores complicações procedimentais, de modo que os modelos procedimentais próprios previstos no novo CPC (arts. 303 a 304, para tutela de urgência antecipada; e arts. 305 a 310 para tutela de urgência cautelar) só se aplicam para as medidas de urgência buscadas em caráter antecedente.

Registre-se que uma das modalidades em que se pode pedir a tutela de urgência de forma incidental se dá na hipótese em que o autor, ao invés de usar o procedimento preparatório, já apresenta de uma vez a ação principal, e pleiteia a tutela cautelar ou tutela antecipada de forma incidente, junto com a própria petição inicial. Aliás, não obstante a possibilidade geral da busca da medida de urgência em caráter incidente (art. 294, par. único), se tem a confirmação desta perspectiva no novo CPC, art. 308, §2º, para a cautelar, quando se admite que se cumule com a cautelar o pedido principal; e no art. 303, § 5º, ao se prever que o autor deve indicar expressamente que está usando o procedimento antecedente antecipatório.

O legislador do novo CPC, como se percebe, apesar de aproximar as duas já tradicionais modalidades de medidas de urgência (cautelar e antecipatória), e tratá-las com as mesmas regras gerais, organizadas em um dos Livros da Parte Geral (Livro V, Tutela Provisória), acabou por manter, como já apontado acima, a distinção procedimental entre as duas técnicas, criando procedimentos preparatórios diversos para obtenção de medida cautelar (arts. 305/310) e de medida antecipatória (arts. 303/304).

O ponto pode gerar dúvidas a respeito da natureza da medida, se cautelar ou se antecipada, a fim de se escolher o procedimento adequado, pois, como destaca a doutrina italiana, a diferenciação entre as medidas cautelar e antecipatória não é tarefa fácil: não obstante a existência de campos em que a separação é tranquila, há outros que constituem verdadeiras zonas cinzentas, em que a diferenciação se mostra extremamente delicada.³² Com isso, ainda na

³² Cf. QUERZOLA, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, p. 18: *Difficoltà che è di non poco momento e che è stata sottolineata da chi avrebbe ritenuto preferibile evitare al ricorrente onere di distinguere tra provvedimenti anticipatori e conservativi, perché nell'incertezza, che come vedremo appartiene anche alla dottrina, egli propenderà per l'instaurazione del merito, vanificando così l'obiettivo di economia dei giudizi perseguito dal legislatore*". Destaca, ainda, a mesma, na p. 129-130: *"Se senza dubbio, sono*

esteira da doutrina italiana, o ônus dessa diferenciação não deve ser deixado para as partes.³³

Aqui, o legislador brasileiro construiu no novo CPC cenário adequado, pois admite expressamente, para mitigar eventuais indicações inadequadas do ponto de vista procedimental, quanto à natureza cautelar ou antecipatória da medida, que se aplique o procedimento adequado conforme a hipótese de aplicação (art. 305, par. único, do novo CPC).

Antes de adentrar na principal novidade do novo CPC, a estabilização da tutela de urgência antecipatória, tema específico deste trabalho, cabe indicar que a tutela de urgência foi estruturada em regime único, com a criação de um conjunto de regras que se aplica indistintamente às suas duas modalidades (cautelar e antecipatória), e que hoje, no CPC/73, são encontradas de forma esparsa ora no âmbito da tutela antecipada ora no âmbito da cautelar, sem que haja consenso na doutrina a respeito da aplicação destas regras às duas modalidades.

Assim, por exemplo, para o bloco “tutela de urgência”, tanto na modalidade cautelar como na modalidade antecipatória, aplicam-se as seguintes regras do novo CPC: i) a tutela provisória pode a qualquer tempo ser modificada ou revogada (art. 296); ii) a tutela provisória se efetiva com observância das normas do cumprimento provisório da sentença (art. 297, par. único), e o juiz pode determinar todas as medidas necessárias para efetivação da medida de urgência deferida (art. 297, *caput*); iii) na decisão que deferir, negar, modificar ou revogar a tutela de urgência, o juiz deve motivar o convencimento de modo claro e preciso (art. 298); iv) a tutela pode ser deferida sem ouvir a parte contrária, liminarmente, ou mediante audiência de justificação prévia (art. 300, §2º); v) para deferimento da medida de urgência, o juiz pode exigir caução real ou fidejussória para garantir ressarcimento da outra parte caso revogada a medida (art. 300, §1º); vi) a medida não pode ser concedida se for irreversível (art. 300, §3º), sendo possível o deferimento da tutela antecipada (satisfativa) de urgência em hipóteses de irreversibilidade recíproca;³⁴ vii) a tutela

ravvisabili in modo pressoché certo alcune ipotesi nelle quali un dato tipo di provvedimento è o anticipatorio o conservativo tout court (...), vi sono tuttavia una serie di ipotesi nelle quali la natura anticipatoria e quella conservativa della misura si fondono, non rendendo semplice (e forse neppure necessaria) la distinzione tra i due momenti. Também Vullo, L'Attuazione dei Provvedimenti Cautelari, p. 9, registra que em alguns casos a distinção é tranquila, em outros, nem tanto: Così, per esempio, è difficile negare la finalità essenzialmente conservativa dei sequestri o, di contro, la natura anticipatoria del provvedimento con il quale si ordina il pagamento di un assegno provvisorio nelle controversie sul modo e la misura degli alimenti ex art. 446 del CC. Tuttavia non sempre è possibile affermare che un provvedimento cautelare appartenga ad una soltanto delle tipologie delle quali si sta discorrendo.

³³ Cf. QUERZOLA, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, p. 18.

³⁴ O CPC–2015 em seu art. 300, §3º, repete regra do CPC–1973 reformado de que somente será deferida tutela satisfativa em hipóteses de ausência de irreversibilidade (art. 273, §2º, CPC), em outros termos, quando houvesse possibilidade de se retornar ao estado anterior ao deferimento e cumprimento da medida. No entanto, mesmo sob a égide do CPC–73 a doutrina e a jurisprudência aceitavam o deferimento em hipóteses de irreversibilidade recíproca (quando for irreversível para o réu, caso haja o deferimento, e irreversível para o autor, caso haja o indeferimento), aplicando-se, entre outros critérios interpretativos, o princípio da proporcionalidade (devido processo legal em dimensão material – previsto nos arts. 8º e 489, §2º, CPC–2015) para verificar qual esfera de direitos (às vezes fundamentais) deve merecer acatamento, do autor ou do réu. Assim, em algumas hipóteses, caso o juiz não defira a liminar antecipatória em determinadas situações de

provisória é passível de impugnação recursal por meio do recurso de agravo de instrumento, conforme art. 1015, I, do novo CPC.

No entanto, o novo CPC promove o encerramento da artificial distinção entre requisitos para as medidas de urgência hoje existentes: aparência do bom direito para a cautelar (art. 798, CPC/73); e verossimilhança para a antecipatória (art. 273, CPC/73). Agora, ambas estão sujeitas aos mesmos requisitos no âmbito da nova tutela de urgência, como se extrai do art. 300 do novo CPC: a) probabilidade de existência do direito material alegado; b) perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

A opção merece aplauso, pois como já apontava parcela da doutrina,³⁵ se possível a diferenciação teórica entre aparência do bom direito e verossimilhança, na prática tal diferenciação se mostra extremamente difícil, senão impossível, inclusive quando se permeia a discussão com outro conceito utilizado pelo legislador para retratar a mesma perspectiva, qual seja, a “relevância da fundamentação”, utilizada, por exemplo, para indicar os requisitos da antecipação da tutela específica (art. 461, § 3º, CPC/73).

4. A Estabilização da Decisão de Cognição Sumária no Novo CPC e o “Mistério” da Ausência de Formação da Coisa Julgada

O novo CPC trilhou enriquecedora linha da **evolução** da tutela sumária, encontrada nos direitos italiano e francês: admitiu a desvinculação entre a tutela de cognição sumária e a tutela de cognição exauriente, ou seja, permitiu a chamada autonomização e estabilização da tutela de urgência na modalidade antecipada.³⁶

Assim, o CPC–2015, ao tratar do procedimento da tutela de urgência antecipatória postulada em caráter antecedente ao pedido principal, passou a admitir a estabilização e sobrevivência da medida antecipatória, como decisão judicial hábil a regular a crise de direito material, mesmo após a extinção do processo antecedente e sem o sequenciamento para o processo principal ou de cognição plena e exauriente.

O art. 304 do novo CPC dispõe que *“a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso”*. Ou seja, a decisão, deferida sob a forma de tutela antecipada em procedimento antecedente (art. 303, novo CPC), se não impugnada com o recurso

irreversibilidade do direito do autor pereceria (por exemplo, pedido de tratamento médico de urgência). Nesses moldes, existem vários julgados dos tribunais, mesmo sob a égide do CPC-1973, autorizando a concessão da medida quando ocorrerem essas hipóteses de irreversibilidade recíproca (para ambos: autor e réu ao mesmo tempo), devendo o juiz verificar, em conformidade com os elementos trazidos no processo, qual irreversibilidade (para o autor ou para o réu) deve prevalecer, de acordo com os direitos em discussão e o grau de dano potencial em comento. A questão possui enorme relevância para a tutela de direitos fundamentais e para a litigância de interesse público.

³⁵ Cf. BUENO, *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, vol. 4, p. 14-15.

³⁶ Sobre a estruturação dos modelos italiano e francês, conferir THEODORO JÚNIOR; ANDRADE, A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no Projeto do Código de Processo Civil, *RePro*, n. 206/2012, p. 18-36.

próprio, no caso agravo de instrumento (art. 1015, I, novo CPC), será, em princípio, estabilizada, resolvendo a crise de direito material por si só, seguindo-se a extinção do processo (art. 304, §1º, novo CPC). Impõe-se uma técnica satisfativa monitória *secundum eventum defensionis*.

Aqui surge um ponto interessante: a estabilização decorreria só da falta de apresentação do recurso, como indica a literalidade do art. 304 do novo CPC, ou se poderia estender a perspectiva em razão, por exemplo, de apresentação de pedido de suspensão de liminar previsto em lei especial (como é o caso de suspensão de liminar prevista nas Leis 8.437/92 e 9.494/97) ou de reclamação (art. 988, novo CPC)?

Da análise inicial, se poderia adotar a interpretação calcada na literalidade do art. 304 do novo CPC, no sentido de que apenas a interposição do “recurso” contra a decisão que conceder a tutela de urgência, na modalidade antecipada, no âmbito do procedimento preparatório (art. 303, novo CPC), seria hábil a evitar a estabilização. E recurso, no caso, do ponto de vista da legislação processual, tem um sentido específico, nos termos do art. 994 do novo CPC, e significa, no caso, interposição do recurso de agravo de instrumento (art. 1015, I, novo CPC).

Nessa linha, a falta de interposição do agravo de instrumento leva à estabilização, independentemente do pedido de suspensão de liminar ou de reclamação, com o que estes eventuais mecanismos processuais teriam de ser extintos por perda de objeto.

Outra interpretação que se pode vislumbrar é exatamente no sentido contrário: tanto o pedido de suspensão de liminar como a reclamação, apesar de não se enquadrarem propriamente como recurso, constituem meios de impugnação de decisão judicial e, com isso, produziram efeito semelhante ao do recurso, de modo que nestes casos, mesmo sem a apresentação do recurso propriamente dito (agravo de instrumento) evitar-se-ia a estabilização prevista no art. 304 do novo CPC.

E mais: poderia não haver a estabilização se o réu não interpusesse o agravo de instrumento mas contestasse o procedimento? Tal perspectiva já foi, inclusive, defendida recentemente em doutrina, no sentido de que a contestação ou manifestação no sentido da realização da audiência de conciliação/mediação, no prazo do recurso, surtiria o mesmo efeito de impedir a estabilização da tutela antecipada.³⁷

Numa análise inicial, a tendência dos autores é optar pela primeira opção, alargando a possibilidade da estabilização, a partir das anunciadas vantagens que a estabilização produz para o ambiente jurisdicional e para as partes, na busca de tutela diferenciada, e, ainda, em razão de que o legislador do novo Código adotou, aqui, posição expressa no sentido de optar pelo recurso como o meio para impedir a estabilização, considerando, inclusive, que nas versões anteriores do projeto se

³⁷ MITIDIERO, Autonomia e estabilização da antecipação da tutela no novo Código de Processo Civil, p. 17; in <http://www.mflp.com.br/pub/escolajudicial/?numero=39> (consulta em 23.04.2015).

utilizava o termo mais abrangente “impugnação”³⁸ e, agora, no projeto aprovado e que se transformou no novo CPC houve uma tomada de posição quanto ao instrumento processual capaz de impedir a estabilização: o recurso.

Ademais, no caso da não interposição do agravo de instrumento, com a só apresentação da contestação, a falta de estabilização ainda poderia violar o sentido buscado pelo legislador, de permitir a eficácia da decisão, sem o trânsito em julgado, com a extinção do procedimento antecedente, reenviando-se as partes para o procedimento de cognição exauriente: se deixaria a cargo do réu convolar o próprio procedimento no principal, sem a estabilização da tutela, eliminando a linha de estabilização indicada no novo CPC, que passaria a depender não mais só da averiguação do recurso, mas de uma falta geral de impugnação do réu.

A decisão antecipatória, estabilizada, conserva sua eficácia enquanto não for desconstituída na ação de cognição plena a ser ajuizada pelo interessado, conforme art. 304, §§2º e 3º, do novo CPC, ou seja, *“a tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito”* (§3º), proferida em ação própria, de cognição plena e exauriente, que qualquer das partes pode ajuizar para rediscutir o direito material objeto da antecipação no procedimento antecedente (§2º). E tal ação será instruída com os autos do procedimento antecedente, de modo que o novo CPC prevê, no art. 304, §4º, que qualquer das partes pode requerer o *“desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida”*.

Por conseguinte, se obtida a tutela de urgência, no procedimento preparatório da tutela antecipatória (satisfativa), e o réu não impugnar a tutela concedida, mediante recurso de agravo de instrumento (art. 1015, I, novo CPC), o juiz vai extinguir o processo e a medida liminar antecipatória da tutela vai continuar produzindo seus efeitos concretos mesmo na ausência de apresentação do pedido principal (art. 304, §§1º e 3º, novo CPC).

A modalidade de tutela indicada tem uma espécie de efeito natural que é a sua ampla executividade e eficácia³⁹ para resolver o direito material litigioso, de forma imediata, com aplicação das medidas de execução provisória (art. 297 e par. único, CPC-2015),⁴⁰ e a eficácia da decisão permanece mesmo depois de extinto o processo com sua estabilização, pois a ideia do instituto é que tal decisão provisória,

³⁸ O art. 281, § 2º, do Projeto, na versão aprovada no Senado em dezembro/10 (PL 166), dispunha que, concedida a medida em caráter liminar e não havendo impugnação, após sua efetivação integral, o juiz extinguirá o processo, conservando sua eficácia. Assim, já na versão aprovada na Câmara dos Deputados, houve opção pelo recurso como mecanismo para evitar a estabilização, deixando de lado a perspectiva mais genérica da “impugnação”. Confirmando-se a redação do art. 305 do PL 8046/10- aprovada na Câmara em 2014: A tutela antecipada satisfativa, concedida nos termos do art. 304, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

³⁹ QUERZOLA, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, p. 244.

⁴⁰ VUITTON; VUITTON, *Les référés*, p. 201: *La nature même du référé suppose que les ordonnances rendues soient immédiatement exécutoires. Lorsqu'il s'agit de prévenir un dommage imminent, de mettre fin à une manifeste illicéité ou d'ordonner une mesure urgente, il ne saurait être question d'attendre l'expiration du délai de recours. Ce serait à la fois nier la raison d'être du référé et priver ses décisions de toute efficacité.*

dotada de ampla executividade, continue produzindo seus efeitos mesmo após a extinção do procedimento preparatório, e mesmo na ausência da propositura da ação principal (art. 304, §3º, novo CPC).

Essa decisão antecipatória, todavia, mesmo depois de estabilizada com a extinção do procedimento preparatório e manutenção de seus efeitos, não opera a coisa julgada,⁴¹ ou seja, apesar de executiva e eficaz, não se reveste dos efeitos da coisa julgada material,⁴² que a tornaria imutável e indiscutível, com força vinculante para todos os juízos. É o que dispõe expressamente o art. 304, § 6º, do novo CPC:

A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo. Grifamos.

Assim, como as partes podem apresentar a ação de cognição plena e exauriente, a opção pela não ocorrência da coisa julgada é lógica e faz sentido, pois não se poderia ofertar a mesma dignidade processual a um pronunciamento baseado em cognição sumária e a um outro, baseado na cognição exauriente.⁴³

Com isso, a decisão proferida em sede de antecipação de tutela (satisfativa), no âmbito do procedimento preparatório, pode produzir seus efeitos independentemente de apresentação do processo de conhecimento, de cognição exauriente, quando as partes não estão interessadas, por exemplo, no efeito da coisa julgada, produzida neste último processo.

⁴¹ Como destaca DENTI, *La Giustizia Civile*, p. 132, trata-se de nova tendência nos sistemas processuais modernos: *"ei più recenti interventi legislativi, invero, si assiste ad una progressiva estensione dell'area della giurisdizione senza giudicato: lo speciale procedimento sommario previsto dalla recente riforma del processo societario costituisce uno degli esempi più significativi di questa tendenza verso la configurazione di provvedimenti giurisdizionali decisori idonei a produrre effetti esecutivi, ma non la definitività della decisione. Também QUERZOLA, La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito, p. 243-244: Già in precedenza ho ricordato come il legislatore delle recenti riforme abbia sancito inequivocabilmente l'inaccessibilità del nuovo modello provvedimentale alla cosa giudicata (...). Il legislatore ha preso atto delle esigenze dei litiganti postmoderni, ai quali preme essenzialmente una decisione più possibile rapida, efficace ed effettiva, poco loro importando, invece, della perennità delle statuizioni del giudicante.*

⁴² VUITTON; VUITTON, *Les référés*, p. 193: *Les principales spécificités propres de l'ordonnance de référé sont son caractère provisoire et son corollaire, l'absence d'autorité de chose jugée au principal, ainsi que son caractère exécutoire par nature.*

⁴³ QUERZOLA, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, p. 246-247: *Il che ancora una volta, fa emergere tutta l'incongruenza del perché, a parità sostanziale di risultato fra sede sommaria e sede ordinaria, non debba e non possa corrispondere una pari dignità e stabilità del contenuto del provvedimento. Também VUITTON; VUITTON, Les référés, p. 194, destacam que esta provisoriedade é a contrapartida das limitações à cognição decorrente da técnica sumária: Il s'agit de la contrepartie nécessaire de la rapidité d'intervention du juge des référés et de la souplesse procédurale dont il bénéficie, lui qui décide dans l'urgence d'une situation et qui, par conséquent, a été autorisé à statuer dans des conditions qui ne garantissent pas, en théorie, une totale sérénité. E a seguir arrematam os mesmos VUITTON; VUITTON, *Les référés*, p. 196: *L'absence d'autorité de la chose jugée au principal des décisions de référé est le nécessaire corollaire et le complément inévitable du caractère provisoire de ces ordonnances.**

Se as partes ficam satisfeitas com a decisão antecipatória, baseada em cognição sumária, sem força de coisa julgada, mas com potencial para resolver a crise de direito material, não se mostra conveniente obrigá-las a prosseguir no processo, para obter a decisão de cognição mais profunda no plano vertical.⁴⁴

Coloca-se à disposição das partes, ao lado do processo de conhecimento clássico, mais longo e hábil a operar a coisa julgada material, procedimento mais célere, voltado para o dimensionamento adequado do conflito sem que se opere a coisa julgada, fundado em forma diversa de cognição, como a sumária.

Essa possibilidade de continuidade ou apresentação posterior do processo de mérito, de cognição mais abrangente, afasta, como destaca a doutrina italiana, qualquer consideração de inconstitucionalidade, com base em violação da garantia de defesa ou do acesso à jurisdição.⁴⁵

Um ponto importante nessa nova perspectiva é que, extinto o procedimento antecedente e estabilizada a antecipação de tutela nele deferida, a possibilidade de apresentação da ação autônoma de cognição exauriente, para rediscutir o direito material efetivado na tutela antecipada estabilizada, não pode ser eterna.

A solução sistemática mais comum para a perspectiva pode ser encontrada, mediante invocação dos direitos italiano⁴⁶ e francês,⁴⁷ no instituto da prescrição: proferida a decisão antecipatória e extinto o procedimento antecedente, começa-se a contar novamente o prazo prescricional.⁴⁸ Esta seria, inclusive, ao ver dos autores,

⁴⁴ Cf. RICCI, *A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano*, p. 25. Cf. também QUERZOLA, *Tutela cautelare e dintorni: contributo alla nozione di "provvedimento anticipatorio"*, p. 408: *la ricetta che il legislatore ha approntato, riformando la tutela cautelare nel rito commerciale ed in quello civile in generale, sembra idonea a soddisfare potenzialmente numerosi palati. Ciò che già è buono, tuttavia, potrebbe sempre diventare migliore; e se l'obiettivo è la deflazione del contenzioso civile, la strada da percorrere è quella che porta a risolvere quanto più le liti in via sommaria, facendo a meno del processo di cognizione (...)*. E, ainda, QUERZOLA, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, p. 244: *Il legislatore ha preso atto delle esigenze dei litiganti postmoderni, ai quali preme essenzialmente una decisione il più possibile rapida, efficace ed effettiva, poco loro importando, invece, della perennità delle statuizioni del giudicante.*

⁴⁵ QUERZOLA, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, p. 178: *Ciò che dovrebbe più rilevare, infatti, non è l'assioma 'svolgimento della cognizione piena-definitività' (o giudicato, che dir si voglia), perché affinché la garanzia della cognizione piena sia rispettata, non è necessario che il processo si sia effettivamente svolto nelle forme della cognizione piena, essendo invece sufficiente che la struttura procedimentale sia tale da consentire alle parti, specie a quella risultata soccombente nella prima eventuale fase sommaria, la possibilità dello svolgimento del processo a cognizione piena.*

⁴⁶ QUERZOLA, *La Tutela Anticipatoria fra Procedimento Cautelare e Giudizio di Merito*, p. 39: *A ciò si aggiunga che, in ogni caso, cioè quand'anche il giudizio di merito non seguisse mai la provvedimento urgente concesso, e quindi la provvisorietà permanesse nell'inattività delle parti, sopraggiungerebbero i termini di prescrizione delle posizioni soggettive fatte valere a consolidare, questa volta si definitivamente, la sfera giuridica delle parti, con la conseguenza che alcun altro provvedimento potrebbe mai sopravvenire a statuire alcunché in senso difforme rispetto a quanto deciso dal giudice nel provvedimento provvisorio. Il quale, fatte queste ultime considerazioni, è divenuto ineluttabilmente definitivo, così il dictum in essi contenuto.*

⁴⁷ GUINCHARD, *Procédure civile – Droit interne e droit communautaire*, p. 321/322: *Le provisoire de droit peut devenir définitif en fait. Il arrive même qu'une fois la provision accordée en référé, la prescription de l'action au fond contre l'assesseur fasse obstacle à toute action de celui-ci tendant à remettre en cause les provisions allouées par des décisions du juge des référés devenues inattaquables, de sorte que lesdites provisions ne peuvent constituer un paiement indu.*

⁴⁸ No direito francês, conferir especialmente VUITTON; VUITTON, *Les référés*, p. 177-178: *Il a donc été décidé que l'effet interruptif de prescription d'une action en référé produisait ses effets jusqu'à ce que le litige trouve sa solution (c'est-à-dire après l'exercice de voie de recours éventuelle), ce qui correspond à l'application du droit commun.*

a melhor opção, pois a estabilização definitiva se daria ao sabor do direito material e dos diferentes tipos de prazos prescricionais previstos na legislação material, sem interferência da legislação processual.

Sem embargo, o legislador brasileiro optou por solução distinta, na linha, inclusive, de sugestão da doutrina italiana,⁴⁹ e fixou prazo específico para o direito de as partes buscarem a tutela de cognição plena e exauriente, de dois anos, conforme se extrai do art. 304, §5º, do novo CPC: *“§ 5º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º”*.

Ao que tudo indica, tal prazo será tratado como prazo decadencial e, se não ajuizada a ação em tal prazo, ter-se-á a estabilização definitiva da decisão sumária, mas mesmo assim sem formar a coisa julgada.

Neste passo, cabe aprofundar um pouco mais o tema, até para tentar solucionar o “mistério” relativo a esta estabilização sem formação da coisa julgada, ainda mais se se considerar o fenômeno a partir do decurso do prazo de 2 anos sem ajuizamento da ação principal, em que surge uma estabilização mais forte ou definitiva, mesmo assim, em princípio, sem a formação da coisa julgada.⁵⁰

A coisa julgada, assegurada na Constituição (art. 5º, XXXVI), tradicionalmente implica, como sabido, a estabilização da decisão de mérito, baseada em cognição exauriente, de modo que tal decisão se torna imutável e indiscutível (art. 467, CPC/73; art. 502, CPC–2015);⁵¹ e se o tema vem novamente suscitado em uma segunda ação judicial, idêntica à primeira, esta segunda ação será extinta sem resolução de mérito (art. 267, VI, CPC/73; art. 485, V, novo CPC).

A decisão acobertada pela coisa julgada só pode ser reapreciada, como regra, se desconstituída a coisa julgada no âmbito de uma ação especial, a ação rescisória, nas hipóteses e prazos indicados pelo legislador (arts. 485 e 495, CPC/73; arts. 966 e 975, novo CPC).

No caso, não há dúvida, estabilizada a decisão antecipatória, com base na cognição sumária no procedimento antecedente, e extinto este mesmo procedimento antecedente (art. 304, §1º, novo CPC), a decisão antecipatória irá continuar produzindo todos os seus efeitos em relação ao direito material (art. 304, §3º, novo CPC), sem, entretanto, produzir o efeito de coisa julgada (art. 304, §6º, novo CPC), admitindo-se a possibilidade de alteração ou revogação desta decisão na ação de cognição exauriente a ser ajuizada pelas partes (art. 304, §§2º e 4º, novo CPC).

Todavia, e se ultrapassado o prazo de dois anos que o legislador fixou para ajuizamento da ação principal, para rever ou afastar a decisão de cognição sumária, sem o ajuizamento de tal ação principal, ter-se-ia, agora, a formação da coisa julgada?

⁴⁹ QUERZOLA, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, p. 216.

⁵⁰ QUERZOLA, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, p. 34 e 243.

⁵¹ Não se olvide da coisa julgada especial ou excepcional para as questões prejudiciais nas hipóteses do art. 503, §1º, CPC–2015. MACHADO, Marcelo Pacheco. Novo CPC: Que coisa julgada é essa? Revista Jota. Cf. <http://jota.info/novo-cpc-que-coisa-julgada-e-essa>.

A resposta é negativa, pois o legislador, mesmo considerando a hipótese do art. 304, §5º, CPC–2015, expressamente indicou logo a seguir, no §6º, que tal decisão de cognição sumária não faz coisa julgada.⁵²

Tal entendimento é baseado não apenas em interpretação literal ou na posição “topográfica” do dispositivo (art. 304, §6º, novo CPC), mas na experiência encontrada, por exemplo, tanto na França como na Itália em que os respectivos legisladores proclamaram de forma expressa que tal forma de tutela sumária não opera a coisa julgada,⁵³ apoiados em boa parte da própria doutrina italiana⁵⁴ e francesa.⁵⁵

E assim ocorre, em função de boa parte da literatura jurídica indicar que não faria muito sentido a realização da coisa julgada em relação a este tipo de pronunciamento, pois implicaria sua integral equiparação ao provimento de cognição plena e exauriente, quando, como demonstrado no item 2 deste trabalho, as diferenças entre as técnicas da cognição sumária e cognição exauriente são muitas, e se se admitir a realização de coisa julgada em pronunciamentos de cognição sumária poderia traduzir até mesmo violação constitucional ao devido processo constitucional, permeado por ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF) e contraditório dinâmico (art. 5º, LV e 10, CPC–2015), modelo que admite a formação da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CF), já que na cognição sumária é evidente a restrição ou limitação ao amplo direito de defesa e investigação probatória.

Corroborar tal argumento o fato de o próprio CPC–2015 ao modificar o regime da coisa julgada material, ampliando, em algumas hipóteses, seus efeitos para as questões prejudiciais (art. 503, §1º) exige a implementação de um “contraditório

⁵² Registre-se que, neste ponto, a opção pelo novo CPC é clara, pois no âmbito da temática da estabilização da tutela antecipada já havia sido apresentado ao Governo Federal, nos idos do ano de 2007, projeto de lei, para alteração do Código de Processo Civil, permitindo a estabilização da antecipação da tutela com possibilidade de formação de coisa julgada. Trata-se de Anteprojeto, elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP, e apresentado ao Governo brasileiro antes da instituição da Comissão para elaboração de um novo Código de Processo Civil, para reestruturação do art. 273 do CPC, no qual se encontra, v.g., o art. 273-B, § 2º, com o seguinte teor: *Não intentada a ação, a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida.* E o art. 273-C, parágrafo único: *Não pleiteado o prosseguimento do processo, a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida.*

⁵³ CPC francês, art. 488: *L'ordonnance de référé n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée. Elle ne peut être modifiée ou rapportée en référé qu'en cas de circonstances nouvelles.* CPC italiano, art. 669-octies: (...) *L'estinzione del giudizio di merito non determina l'inefficacia dei provvedimenti di cui al sesto comma, anche quando la relativa domanda è stata proposta in corso di causa. L'autorità del provvedimento cautelare non è invocabile in un diverso processo.*

⁵⁴ QUERZOLA, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, p. 35/36: (...) *si affermò che sia corretto parlare di mancanza di giudicato, qualunque sia la definizione preferita di cosa giudicata: se essa si identifica con l'efficacia di accertamento della decisione, si può parlare di giurisdizione contenziosa senza giudicato perché i provvedimenti in questione non producono alcun accertamento nel senso vero di questa parola; se invece si pensa che la cosa giudicata debba essere riferita alla immutabilità degli effetti del provvedimento, si può parlare di assenza di giudicato perché l'efficacia esecutiva dei provvedimenti non è irretrattabile, potendo vivere solo sino al momento in cui una sentenza di cognizione piena non giunga a eliminarli.*

⁵⁵ VUITTON; VUITTON, *Les référés*, p. 198: *L'absence d'autorité de la chose jugée au principal est inhérente à l'ordonnance de référé, indépendamment de son contenu.*

pleno e efetivo”. Seria incongruente e assistemático a defesa de formação de coisa julgada em cognição sumária, quando na sua formação excepcional aqui discutida (coisa julgada excepcional) se exige o contraditório substancial, não estabelecido na estabilização.

Todavia, não há dúvida, do ponto de vista prático,⁵⁶ não obstante as dificuldades que o ponto pode gerar sob o aspecto teórico,⁵⁷ esta estabilização definitiva, apesar de não ser acobertada propriamente pelo efeito da coisa julgada, gera certa estabilidade de efeitos, após o transcurso do tempo previsto pelo legislador para ajuizamento da ação principal, para se discutir, em sede de cognição exauriente, o direito material objeto da decisão antecipatória, e tal estabilidade de efeitos vem mais do decurso do tempo pelo não ajuizamento da ação principal do que propriamente da coisa julgada.⁵⁸

Noutras palavras, não há necessidade de se invocar a coisa julgada para cobrir tal estabilização jurídica dos efeitos da decisão de cognição sumária, pois ela advém dos institutos da prescrição ou decadência.

Com isso, mesmo se ultrapassado os dois anos previstos no art. 305, §5º, CPC–2015, a decisão antecipatória não será acobertada pela coisa julgada, de modo que eventual discussão em juízo sobre o mesmo direito material não pode ser rejeitada com base na preliminar de coisa julgada (art. 485, V, CPC–2015), mas sim deve ser examinado o tema e eventualmente se pode, no mérito, rejeitar a pretensão com base na prescrição ou decadência (art. 487, II, CPC–2015).

⁵⁶ QUERZOLA, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, p. 249/250: *Sul piano pratico, infatti, si verificherà forse in modo sufficientemente agevole che il ricorrente, soddisfatto della pronta esecuzione della propria pretesa, non avverta il bisogno del suggello del giudicato come ulteriore garanzia; e corrispondentemente la controparte soccombente che sappia di poter avere buon gioco e sostanzialmente di poter ottenere ragione, azionerà i rimedi per essa disponibili, sia esso il reclamo, laddove la parte desideri continuare a muoversi in sede speciale-sommatoria, ovvero altrimenti il giudizio di merito; in altri termini ed in buona sostanza, contesterà l'esito della prima fase "cautelare". Ove ciò non accadesse, si potrebbe considerare già raggiunta una certa quale stabilità nei rapporti sostanziali fra le parti, comunque la si preferisca denominare.*

⁵⁷ QUERZOLA, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, p.250/251.

⁵⁸ QUERZOLA, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, p. 251/252: *A me sembra dunque che, posto che ratio senza dubbio pregevole delle riforme attuate è il riconoscimento della superfluità di un accertamento definitivo ed immutabile della situazione giuridica quando la parte sia interessata solo ad ottenere un titolo esecutivo, con un evidente alleggerimento dell'attività giurisdizionale, sarebbe stato preferibile riconoscere a questo accertamento in quanto tale (e non relativamente al mero profilo della sua esecutività), in presenza di certe condizioni, ed assenzialmente l'assenza di qualsivoglia forma di replica o contestazione della parte soccombente al provvedimento, uma sorta di stabilità, fra le stesse parti ed in rapporti connessi, in quanto dipendenti, che involgono soggetti terzi. (...) La legislazione processuale più recente conferma che la prospettiva del futuro rimane evidentemente quella dell'esito del processo come una pura e semplice decisione su ciò che è stato discusso, con efficacia vincolante solo in relazione alla materia trattata e con forza esecutiva, la cui certezza non verrebbe tanto dal giudicato quanto dal decorso dei tempi di prescrizione sostanziale dei diritti. No direito francês, cf. VUITTON; VUITTON, *Les référés*, p. 200: *Cependant, quand bien même l'ordonnance de référé ne dispose pas de l'autorité de la chose jugée au principal, il n'en reste pas moins qu'à défaut de faire l'objet d'un recours, elle devient définitive, avec toutes conséquences de droit. (...) On doit également noter un arrêt de cassation qui a consacré la portée considérable que peuvent avoir les ordonnances de référé en affirmant que "la prescription de l'action au fond contre l'assureur fait obstacle à toute action de celui-ci tendant à remettre en cause les provisions allouées par des décisions du juge des référés devenues inattaquables, de sorte que lesdites provisions ne peuvent constituer un paiement indu".**

Nesse sentido, sob o aspecto prático, a decisão de estabilização inicialmente na forma dos arts. 303 e 304 do novo CPC, e posteriormente atingindo a estabilização definitiva (art. 304, §6º, do novo CPC), não se poderá mais ter acesso à ação de cognição exauriente para rediscutir a matéria (art. 304, §§ 2º e 4º), mas mesmo que tal ação venha a ser ajuizada ou em outra ação distinta venha a matéria a ser novamente invocada, o juiz não poderá extinguir o processo sem resolução de mérito (art. 485, V) de plano ou sem maiores indagações, mas sim terá de adentrar o mérito, permitindo às partes o pleno exercício do contraditório, seguindo-se, após, se se reconhecer que a matéria encontra-se estabilizada de forma definitiva na forma do citado art. 304, §6º, a extinção do processo com resolução de mérito (art. 487, II), como se passa no caso de se ajuizar ação cujo direito material tenha sido acobertado pela prescrição ou decadência.

Ou seja, a temática da estabilização definitiva envolve o decurso de prazo para discutir ou buscar a exigibilidade do direito, no âmbito do próprio direito material, e não nas linhas do afastamento mais imediato da discussão da temática sob o prisma próprio do direito processual, relativo ao instituto da coisa julgada, com extinção do segundo feito, sem resolução de mérito, sob o argumento da coisa julgada.

Neste aspecto, coadunamos com o magistério de Mitidiero⁵⁹ de que se viabilizar efeito análogo à estabilização da coisa julgada nesta hipótese geraria uma quebra do devido processo constitucional, e acresceríamos a contrariedade às normas fundamentais do próprio CPC-2015, no que tange ao contraditório dinâmico, ao se permitir a estabilização com base em *cognição sumária*. Perceba-se que apesar das diferenças de nosso instituto com seus similares do direito estrangeiro, seu uso em todos os países busca um instrumento com finalidade prática de satisfatividade sem necessidade de dilação probatória (técnica monitória) e não uma estabilização máxima sem cognição exauriente, o que seria claramente inconstitucional.

Essa parece, numa primeira leitura, e com base nos estudos comparados, a melhor solução, para a qual parece, inclusive, ter se encaminhado o legislador de forma explícita nos termos em que disciplinou a matéria (art. 304, §§ 5º e 6º, CPC-2015), e que se justifica, pois conferir a decisões baseadas em cognição sumária o mesmo *status* ou dignidade das decisões baseadas na cognição exauriente, com contraditório dinâmico, no que diz respeito à formação de coisa julgada, não parece constitucionalmente adequado em razão do déficit de investigação dos fatos de que se ressentem as decisões em *summaria cognitio*.

⁵⁹ Interessante a opinião de MITIDIERO, Autonomia e estabilização da antecipação da tutela no novo Código de Processo Civil, p. 18/19 (in <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=39>; consulta em 23.04.2015), no sentido de que a estabilização prevista no art. 304, §6º, do novo CPC acabaria por produzir o efeito de tornar a decisão imutável e indiscutível, o traduziria coisa julgada, mas tal perspectiva seria inconstitucional, por igualar a cognição sumária à cognição exauriente, sem que no atingimento da primeira houvesse observância de garantia fundamental, como a da contraditório e ampla defesa, com o que, mesmo após tal prazo a parte poderia intentar a ação de cognição exauriente, desde que dentro do prazo prescricional.

Assim, realmente, se se busca a criação de uma nova via judicial, mais célere, com procedimento mais enxuto, baseada na técnica da cognição sumária, em que decisões antecipatórias são plenamente executivas e atuam o direito material, como alternativa à via ordinária, mais lenta e com ampla perspectiva de investigação dos fatos, e hábil a gerar a coisa julgada, não faz sentido equiparar ambas as perspectivas e entender que se teria também coisa julgada na cognição sumária.

Ademais, leitura contrária induziria o réu a se contrapor a decisão não por conta de seus efeitos práticos (motivação principal da técnica em sistemas estrangeiros) pelo risco da formação da *res judicata*.

Isto porque o novo CPC prevê que, se atacada a decisão liminar com o recurso de agravo de instrumento, o procedimento preparatório tem de se seguir, como uma espécie de “conversão” no procedimento de tutela de cognição plena e exauriente, em que o autor terá o prazo de 15 dias, contado da intimação da concessão da antecipação de tutela, ou outro prazo maior que o juiz fixar para aditar a petição inicial complementando a argumentação e apresentando o pedido final, tudo nos mesmos autos: art. 303, §§1º e 3º, novo CPC.

Considerando que este prazo de “aditamento” poderá ocorrer antes do término do prazo de 15 dias para a interposição do recurso de agravo de instrumento (art. 1003, §5º, novo CPC), cujo termo inicial será o da sua citação, que se realizará em conjunto com a intimação do deferimento da liminar (art. 303, §1º, II, novo CPC), este aditamento irá ocorrer de qualquer forma, pois, em tese, não se terá notícia ainda da interposição ou não de agravo de instrumento por parte do réu quanto a liminar.

Aqui surge um ponto interessante: a estabilização do procedimento preparatório ocorre só em razão da falta de interposição do agravo de instrumento, como indicado pela literalidade do art. 304 do novo CPC, ou ainda também da perspectiva de o autor indicar e requerer expressamente na inicial que está se valendo do procedimento preparatório, com a perspectiva da estabilização conforme previsto no art. 303, §5º, do novo CPC? Nesse sentido, a falta de indicação de tal perspectiva poderia inviabilizar a estabilização?

E mais: se o autor, mesmo sem a interposição do agravo de instrumento, buscase o aditamento previsto no art. 303, §1º, I, do novo CPC, também se poderia afastar a estabilização, porque o próprio autor estaria se manifestando pela conversão na cognição plena e exauriente?

A interpretação inicial que se pode ensaiar é que o autor, ao buscar a tutela jurisdicional, em situação em que seu direito está ameaçado pela urgência e, portanto, há necessidade de uma medida antecipatória da tutela para preservar tal direito, pode fazer uma opção entre: i) ajuizar a ação de cognição exauriente, com o pedido de tutela incidente, hipótese em que a tutela não poderia ser estabilizada; ii) ou se valer expressamente do procedimento preparatório (art. 303, §5º, novo CPC), com a perspectiva de estabilização da tutela diante da só ausência de apresentação de agravo de instrumento pelo réu, nos termos do art. 304 do novo CPC. Com isso, no caso da segunda hipótese, a estabilização aconteceria independentemente de haver ou não o aditamento.

Todavia, nos termos de interpretação já anunciada em doutrina citada supra (nota 37), poder-se-ia ensaiar interpretação aplicando a mesma lógica para o autor, no sentido de que a estabilização só ocorreria se não houvesse o agravo de instrumento por parte do réu e se o próprio autor não aditasse a inicial para sequenciar para o procedimento pleno.

Aliás, a perspectiva do aditamento como condição para estabilização poderia gerar dúvidas e até situações extremas, acaso, por exemplo, deferida a tutela antecipada no procedimento antecedente, liminarmente, sem oitiva do réu, certamente na sistemática do art. 303, §1º, I e II, do novo CPC, o aditamento do autor teria de vir antes do agravo de instrumento do réu, pois o autor teria o prazo de 15 dias para aditar, que vai ser contado da sua intimação do deferimento da decisão, enquanto que o réu terá o prazo de 15 dias para interpor agravo de instrumento, contado da sua ciência, que certamente ocorrerá em momento posterior àquele do autor. Com isso, abrir-se-ia o seguinte dilema: se o autor não aditar poderá ver o procedimento extinto sem julgamento de mérito (art. 303, §2º, novo CPC), e, ao mesmo tempo, o aditamento poderia traduzir a inviabilização da estabilização da tutela. Para evitar tal incongruência ter-se-ia de construir a interpretação no sentido de que o §5º do art. 303 se dirige ao aditamento e não à inicial propriamente dita do procedimento antecipatório.

Nestes termos, como primeira leitura, reputamos que a estabilização ou não da tutela dependerá tão somente da manifestação recursal, sendo o adiamento fruto da opção do autor em já buscar a cognição exauriente ou não. Ademais, entendimento contrário inviabilizaria o uso do instituto de modo análogo ao direito estrangeiro, onde, muitas vezes, a parte autora almeja somente a decisão satisfativa, sem interesse em aprofundar a temática; aspecto, que é mais adequado inclusive no que tange à economia processual.

E uma vez convolado o antecedente no processo principal, este segue conforme as regras da Parte Especial do novo CPC, acaso tenha sido interposto o recurso de agravo de instrumento, e se não interposto, a decisão liminar será estabilizada com a extinção do processo (art. 304, §1º, novo CPC).

Se o juiz entender que não cabe a concessão da tutela antecipada, determinará que o autor emende a petição inicial, em até 5 dias, para transformá-la na ação principal de uma vez, sob pena de indeferimento e extinção sem julgamento de mérito (art. 303, §6º, CPC-2015).

Mais simples teria sido se o legislador exigisse, na esteira da melhor doutrina italiana, que o procedimento preparatório fosse instaurado de forma completa, com a inicial retratando na sua completude toda a situação conflitiva,⁶⁰ de modo que, deferida ou não a tutela de urgência, acaso o processo se convolvesse para cognição exauriente, não haveria necessidade de novo pedido, bastando apenas o requerimento da parte ou a manifestação da parte no sentido da continuidade do processo.

⁶⁰ QUERZOLA, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, p. 237/238.

Outra interessante colocação da doutrina italiana que merece ser destacada no âmbito do novo CPC: o deferimento da tutela de urgência, com sua eventual estabilização, não irá produzir, depois, no processo de cognição exauriente eventualmente instaurado pelo réu, a inversão do ônus da prova, ou seja, o réu, neste caso, mesmo iniciando o processo de cognição mais profunda, não pode arcar com o ônus da prova que seria do autor originário (autor do procedimento preparatório), ou autor do procedimento preparatório, e agora réu no processo de cognição exauriente.

Noutras palavras, como aponta Andrea Proto Pisani, a estabilização da tutela sumária ao, eventualmente, deixar para o réu o ônus de ajuizar a ação de cognição profunda, não pode alterar as regras do ônus da prova.⁶¹

Por outro lado, tem-se que, nos moldes da implementação do instituto no novo CPC, a redução do uso do procedimento ordinário de cognição (agora procedimento comum: art. 318) poderá não sofrer alteração, pois, ao que tudo indica, o réu continuará sempre a impugnar a medida, com o recurso de agravo de instrumento, mesmo sem fundamentos válidos para tanto, vez que não há nenhuma sanção direta para o caso de apresentação de impugnação vazia.

Com isso, *a simples atitude do réu pode aniquilar as potencialidades do novo instituto*, o que leva a pensar, no futuro, na necessidade de introdução de regra diversa, que permita, por exemplo, a estabilização da tutela sumária, mesmo no caso de impugnação do réu, quando os elementos do processo demonstrarem que tal impugnação é vazia ou não veicula contestação séria à existência do direito material, nos moldes com o que ocorre no *référé* francês.⁶²

Perceba-se que a defesa da formação de coisa julgada (ou de efeito análogo) fomenta a perda da força do instituto. De mecanismo prático recorrente para ilidir situações práticas de urgência, pode tornar-se, quase sempre, em via de passagem para um cognição exauriente, pelo receio de estabilização jurídica total.

Outra questão importante que pode ser levantada diz respeito à estabilização da medida de urgência incidental, deferida no curso do processo de conhecimento. Daí a indagação: seria possível a estabilização da tutela incidente, mesmo com a extinção do processo principal? A resposta parece caminhar para o

⁶¹ PISANI, Verso la residualità del processo a cognizione piena?, p. 58: *Il secondo concerne l'onere della prova. Il sistema introdotto, nella sostanza, sposta dall'attore al convenuto l'interesse ad iniziare il processo a cognizione piena. In tale processo, ove iniziato dal destinatario passivo del provvedimento cautelare anticipatorio, l'onere della prova graverà su questi, che sarà tenuto quindi al gravissimo onere di provare l'insussistenza del diritto già accertato esistente a livello di fumus, o invece – come sarebbe più ragionevole ma può essere difficile ritenere in assenza di una norma espressa – sul convenuto formale che ha richiesto e ottenuto il provvedimento cautelare anticipatorio?*

⁶² VUITTON; VUITTON, *Les référés*, p. 22-24, apontam a possibilidade de concessão do *référé* no caso de ausência de contestação séria do direito alegado pelo requerente da medida e assim delimitam o conceito de contestação séria: *Une contestation sérieuse ne survient donc que lorsque l'un des moyens de défense opposés aux prétentions du demandeur n'apparaît pas immédiatement vain et laisse subsister un doute sur le sens de la décision au fond que pourrait éventuellement intervenir par la suite sur ce point si les parties entendaient saisir les juges du fond. La contestation doit être sérieuse et donc paraître et susceptible de prospérer au fond. Si un doute subsiste sur le sens d'une éventuelle décision au fond, une contestation sérieuse existe.*

sentido negativo, pois o novo CPC prevê a possibilidade de estabilização da decisão antecipatória apenas no âmbito do procedimento antecedente (art. 304, CPC–2015).

Sem embargo, trata-se de importante perspectiva que poderia ser explorada no direito brasileiro, à semelhança do que ocorre no direito italiano, que permite a estabilização da tutela antecipada deferida dentro do procedimento ordinário, com o encerramento deste último sem que a decisão antecipatória opere a coisa julgada;⁶³ e, ainda, do que acontece no direito francês, em que se admite o *référé* no curso do processo principal, podendo acarretar a extinção deste com a subsistência apenas da decisão provisória.⁶⁴

O tema é importante, pois, no direito brasileiro, a tutela antecipada atingiu grau de utilização prática muito grande, razão pela qual é de se esperar que as partes continuem a se valer do art. 294, par. único, do novo CPC, e busquem a antecipação de forma incidente, como ocorre hoje no âmbito do art. 273 do CPC/73 Reformado, de modo que a ação já venha ajuizada via procedimento de cognição plena e exauriente, definitivo, com o pedido de tutela de urgência cumulado com o pedido de tutela final na própria inicial, como ocorre na sistemática atual.

Com isso, se se partir para interpretação literal dos arts. 303 e 304 do novo CPC, a tutela de urgência deferida liminarmente em sede do processo de cognição exauriente não seria hábil à estabilização. Acredita-se, todavia, que não há nenhum empecilho na estabilização da tutela de urgência incidental, com extinção do processo, sem a decisão definitiva, fundada apenas na estabilização da tutela antecipada.

Aliás, nada justifica o tratamento diverso, pois não há diferença substancial entre a estabilização no curso do procedimento de cognição exauriente ou naquele prévio ou antecedente: em ambos os casos, a tutela sumária é deferida com base nos mesmos requisitos e cumpre o mesmo papel ou função, razão pela qual a diferenciação de tratamento produzida no novo CPC quanto à estabilização da tutela sumária parece artificial.

⁶³ O sistema italiano admite, v.g., no procedimento possessório, a possibilidade de estabilização autônoma do provimento antecipatório deferido dentro do procedimento de cognição plena: uma vez proferido o provimento sumário, este é hábil a encerrar o processo como um todo. A fase de cognição plena só se segue se alguma das partes a requerer expressamente. Se não houver tal pleito expresso, o provimento sumário é hábil a encerrar todo o processo, com a solução da crise do direito material, sem, entretanto, fazer coisa julgada. MENCHINI, *Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato*, p. 882/883: *La domanda dichiarativa è proposta, il giudizio volto ad ottenere il giudicato è instaurato, ma la vicenda processuale può essere definita mediante un provvedimento sommario, che mantiene efficacia ove il processo si estingua a causa del mancato compimento della fase di merito. (...) Il possesso può essere oggetto di un giudizio di merito e, di conseguenza, di un accertamento con forza di giudicato; la fase di merito è funzionalmente distinta rispetto a quella sommaria, che dà luogo ad un provvedimento (anticipatorio) di condanna esecutivo. Tuttavia, la trattazione ordinaria non segue, in modo automatico, quella effettuata con i modi del rito cautelare e il suo svolgimento non è necessario per la conservazione degli effetti dell'interdetto; il merito possessorio, in quanto rimesso all'iniziativa di una delle parti, è soltanto eventuale e il mancato passaggio alle forme a cognizione piena non determina la perdita di efficacia delle misure urgenti disposte dal giudice.*

⁶⁴ GUINCHARD, *Procédure civile – Droit interne et droit communautaire*, p. 771: *Le référé intervient souvent pour régler un incident isolé; mais le recours au référé, pour des raisons de rapidité, est également pratiqué au cours d'une instance pendante devant le tribunal de grande instance ou devant un tribunal d'exception. La pratique du référé au cours d'instance était largement admise par les tribunaux (...).*

De qualquer forma, vislumbra-se, no ponto, importante perspectiva para a análise doutrinária em relação ao novo CPC: o uso da estabilização da tutela antecipada deferida incidentalmente no processo de cognição profunda, ou seja, se deferida no curso do referido processo, e o réu não impugnar a decisão, abre-se a perspectiva de se concluir de vez o processo, nos termos descritos para a estabilização ocorrida no procedimento antecedente.

Merece registro, mais uma vez, uma questão final: o novo CPC, a partir da diferenciação procedimental entre ambas as medidas, cautelar e antecipatória (satisfativa), leva a uma importante consequência de ordem prática: as regras de estabilização da tutela de urgência, em princípio, não valem para a cautelar, já que esta, ao apenas conservar o direito material, o faz temporariamente até que este possa ser satisfeito no processo principal: é difícil vislumbrar que a cautelar possa ser estabilizada neste caso, subsistindo indefinidamente seus efeitos (v.g., arresto que subsista por tempo indeterminado, retirando o bem da disposição do devedor, sem permitir, entretanto, a satisfação do direito material do credor).

Neste caso, a diferenciação procedimental entre cautelar e antecipatória vai ser útil, no sentido de se concluir pela inviabilidade da estabilidade da medida cautelar deferida no procedimento cautelar preparatório (arts. 305/310 do novo CPC), tanto que o novo CPC não prevê a hipótese no âmbito cautelar, mas apenas no procedimento preparatório da tutela antecipada (art. 304).⁶⁵

5. Conclusões

Percebe-se que o modelo brasileiro criou uma perspectiva procedimental diversa, para autonomização e estabilização da tutela, daquelas encontradas no direito italiano e no direito francês, pois:

i) criou o procedimento antecedente para busca da tutela de urgência, mas determinou que o próprio autor é que deverá, uma vez impugnada a medida antecipatória pelo réu pela via do recurso de agravo de instrumento, apresentar o pleito de cognição plena e exauriente: no sistema italiano e francês este ônus é invertido para o próprio réu, pois deferida a tutela sumária, o procedimento se fecha, e cabe ao réu buscar a tutela no processo de cognição profunda, como autor deste;

⁶⁵ QUERZOLA, *Tutela cautelare e dintorni: contributo alla nozione di "provvedimento anticipatorio"*, p. 388: *Per la dottrina maggioritaria, la riforma riguarderebbe i provvedimenti idonei ad anticipare gli effetti della decisione di merito; non si estenderebbe dunque automaticamente a tutti i provvedimenti ex art. 700 CPC (quest'ultima norma si applicherebbe onde 'assicurare' gli effetti della decisione di merito, il che è concetto diverso da 'anticipare'). La formula adottata dal legislatore, quindi, sarebbe criticabile già da un punto di vista letterale in quanto, da un lato, renderebbe la disciplina applicabile a certi provvedimenti considerandone la natura (i provvedimenti anticipatori), dall'altro a certi provvedimenti considerandone la tipologia (i provvedimenti d'urgenza) e prescindendo della loro natura. Ragioni di ordine sistematico, tuttavia, inducono a ritenere che possano giovare della liberazione dal giudizio di merito solo i provvedimenti d'urgenza ex art. 700 CPC che abbiano contenuto anticipatorio e non i provvedimenti urgenti tout court. Cf., ainda, PROTO PISANI, *Verso la residualità del processo a cognizione piena?*, p. 58.*

ii) criou uma passagem no procedimento de cognição sumária, antecedente, para o procedimento de cognição exauriente: o primeiro, uma vez recorrida a decisão antecipatória pelo réu, irá se convolar no segundo procedimento, mediante apresentação, pelo próprio autor, do pedido inicial, no mesmo procedimento antecipatório.

Não há dúvida de que o novo CPC, na regulamentação da agora denominada tutela provisória, na modalidade tutela de urgência, pode merecer críticas, reparos, retoques – aliás, mais do que natural em se tratando de obra no campo das ciências sociais –, mas o caminho evolutivo, em suas linhas gerais,⁶⁶ foi tomado e, acredita-se, no rumo certo ao optar pela autonomização e estabilização da tutela antecipada e da unificação procedimental entre tutela cautelar e tutela antecipada.

O tema é dos mais importantes – não obstante as dificuldades e mesmo críticas a respeito da autonomização e estabilização da tutela antecipada –⁶⁷ e merece toda a atenção, como destaca a doutrina italiana, dos estudiosos e operadores do direito,⁶⁸ já que não há dúvida, trata-se de ruptura com o sistema anteriormente vigente e que leva ao repensamento da função do processo⁶⁹ e das tutelas sumárias.

Assim, com o novo CPC, o direito brasileiro volta-se para as modernas ideias que surgem no direito europeu, no sentido de permitir à tutela sumária absorver nova configuração, não só para resolver as situações de urgência, mas para atuar também em prol da economia processual, *economizando* o juízo de cognição plena e exauriente quando, deferida ou indeferida a tutela sumária, a parte já tem a percepção que seu direito não é forte o bastante para ser levado adiante, de modo que só em casos de divergência séria é que se poderia seguir adiante com o processo.⁷⁰

⁶⁶ THEODORO JÚNIOR, Tutela antecipada. Evolução. Visão comparatística. Direito brasileiro e direito europeu, p. 146: O terreno, como se vê, está apenas em estágio de desbravamento. Não há obra acabada, nem aqui nem alhures. A verdade de que não se pode fugir é a da necessidade de lutar contra os males do tempo sobre o processo, pelas vias da tutela diferenciada, que tanto pode se dar por meio da instituição de procedimento especial dotado de maior celeridade, à parte do procedimento comum, como por inversão cronológica do *iter* procedimental comum, por meio de expedientes representados por liminares de outros remédios antecipatórios.

⁶⁷ Parte da doutrina italiana aponta que a chamada tutela sumária não seria terapia ou remédio aceitável para melhorar o desempenho da Justiça. Cf. CONSOLLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. 1, p. 62: *Non è con la creazione di riti sommari né con il crescente ricorso alla tutela cautelare anticipatoria che quel rischio può essere di per sé debellato, come la storia anche italiana ha mostrato: si tratta di espedienti, non di rado, nocivi, non certo di terapie accettabili*".

⁶⁸ QUERZOLA, *Tutela cautelare e dintorni: contributo alla nozione di "provvedimento anticipatorio"*, p. 408, aponta o importante papel da doutrina para conferir eficácia aos novos instrumentos de tutela sumária: *Ora, è tutta da verificare la bontà della riuscita, nella prassi applicativa, della pur pregevole ricetta dettata dal legislatore che è intervenuto sulle norme in tema de cautela. Se i risultati concreti della riforma dovessero rivularsi di gran lunga inferiori alle aspettative, occorrerà che gli operatori (e con ciò intendo legislatore, giudici e dottrina) si mettano di buon grado a cercare di individuare quali ne siano le cause e a studiare i relativi rimedi, perché è nella sede della sommarietà e dell'anticipazione che si giocano le carte della giustizia del futuro*.

⁶⁹ Cf. Querzola, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, p. 3.

⁷⁰ Proto Pisani, *Verso la residualità del processo a cognizione piena?*, p. 58-59.

A ausência de formação de coisa julgada viabiliza, como ocorre de institutos análogos no direito estrangeiro, que a técnica se apresente como um relevante expediente prático para resolver situações momentâneas sem o risco de estabilização total.

Ademais, a defesa da formação de efeito análogo à coisa julgada contrariaria (além de ferir o disposto no art. 304, §6º) os próprios pressupostos do CPC-2015 que exige contraditório dinâmico (art. 503) para sua implementação.

Em suma, como aponta autorizada doutrina italiana, a evolução da tutela sumária para a edição de medidas que, *sem transitare in julgado*, são hábeis para o dimensionamento prático do litígio sem necessidade de se recorrer ao processo de cognição plena e exauriente, é hoje um dado adquirido, de modo que a tutela sumária constitui importante forma alternativa de tutela dos direitos em relação àquela prestada pelo tradicional processo de conhecimento.⁷¹

Percebe-se, assim, que as tutelas processuais diferenciadas saem fortalecidas na nova legislação e resta a todos, em especial à doutrina, responsabilidade e reflexão neste momento de transição, de modo a aprender com os sistemas estrangeiros, nos exatos limites do que eles puderem nos auxiliar, para evitar que caiamos em armadilhas que este estudo pode prevenir.

É um momento de reflexão. Que possamos aprender, nesta parte aqui discutida, com os sistemas estrangeiros que já se valem das técnicas há mais tempo que nós e impor um novo sistema argumentativamente predisposto à plenitude da aplicação democrática e constitucional do direito para todos os cidadãos brasileiros em conformidade com as peculiaridades de nossas litigiosidades e com as vicissitudes do Poder Judiciário e do processo brasileiro.

Referências Bibliográficas

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano*. Segunda edizione. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997.

ANDRADE, Érico. A técnica processual da tutela sumária no direito italiano. *Revista de Processo*. vol. 179. p. 175-215. São Paulo: Ed. RT, jan. 2010.

⁷¹ QUERZOLA, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, p. 182: *Considerando l'argomento di queste righe e tentando un pronostico per il futuro, mi pare si debba riconoscere che, se nella concezione del modello di processo ideale che ispirò il legislatore del 1940 la cognizione piena faceva la parte del leone a fronte di una cognizione sommaria che rappresentava l'eccezionalità dell'ipotesi, la giustizia del futuro (sulla scorta dell'esperienza del nostro passato prossimo) vede un ribaltamento delle posizioni, probabilmente sintomo di un certo svilimento contemporaneo della tensione ideale verso nobili obiettivi, ma non solo. Le esigenze che, storicamente, sono alla base dell'introduzione di tecniche di tutela, e quindi di cognizione, sommaria (individuate, prevalentemente, nell'esigenza di economia dei giudizi, di evitare l'abuso del diritto di difesa da parte del convenuto in mala fede e che abbia torto, di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale), oggi non solo sono ancora presenti ma, se possibile, straordinariamente accentuate; e la dottrina più autorevole ha affermato come la tutela (e quindi la cognizione) sommaria sia una componente essenziale ed ineliminabile di un sistema di tutela giurisdizionale dei diritti che voglia essere efficiente ed effettivo.*

ANDRADE, Érico. A “contratualização” do processo no novo código de processo civil. In: FREIRE, Alexandre *et al* (org.). *Novas tendências de processo civil*. Salvador: Juspodivm, 2015. vol. 4. (no prelo).

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2009.

CADIET, Loïc; JEULAND, Emmanuel. *Droit judiciaire privé*. 5. ed. Paris: LexisNexis-Litec, 2006.

CAMBI, E. Coisa julgada e cognição *secundum eventum probationis*. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 109, p. 71-96, jan./mar. 2003.

CAPONI, Remo; PROTO PISANI, Andrea. *Lineamenti di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 2001.

CARPI, F. Le riforme del processo civile in Italia verso il XXI secolo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, vol. LIV, p. 105-126, 2000.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Tutela differenziata e pari effettività nella giustizia civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, n. 6, 2008.

CONSOLO, Claudio. *Spiegazioni di diritto processuale civile*. 5. ed. Padova: Cedam, 2006. vol. 1.

DENTI, Vittorio. *La giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2004.

DENTI, V. Azione: Diritto processuale civile. In: *INCICLOPEDIA Giuridica*. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana Fontada da Giovanni Treccani, 1988. vol. IV.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 2, 4. ed. Salvador: Editora Juspodium, 2009.

GUINCHARD, Serge; FERRAND, Frédérique; CHAINAIS, Cécile. *Procédure civile – Droit interne et droit communautaire*. 29. ed. Paris: Dalloz, 2008.

MENCHINI, Sergio. Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato. *Rivista di Diritto Processuale*. vol. LXI (seconda serie). n. 1. p. 869-902. Padova: Cedam, jan.-mar. 2006.

MITIDIERO, Daniel. Autonomia e estabilização da antecipação da tutela no novo Código de Processo Civil, p. 17: in <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=39> (consulta em 23.04.2015).

PROTO PISANI, Andrea. *Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro. Studi di Diritto Processuale del Lavoro*. Milano: Giuffrè, 1977.

PROTO PISANI, Andrea. *Le tutele giurisdizionali dei diritti: studi*. Napoli: Jovene, 2003.

PROTO PISANI, Andrea. Verso la residualità del processo a cognizione piena? *Il Foro Italiano*. vol. CXXIX (parte quinta). p. 53-59. Roma: Società editrice Il Foro Italiano, 2006.

QUERZOLA, Lea. *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*. Bologna: Bononia University Press, 2006.

QUERZOLA, Lea. Tutela cautelare e dintorni: contributo alla nozione di “provvedimento anticipatorio”. In: Bongiorno, Girolamo. *Studi in Onore di Carmine Punzi*. Torino: G. Giappichelli, 2008. vol. III.

RICCI, Edoardo Flavio. *A tutela anticipatória brasileira vista por um italiano*. Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Disponível em: [<http://direitoprocessual.org.br/content/blocos/104/1>]. Acesso em: 28.10.2011.

RICCI, Edoardo Flavio. Verso un nuovo processo civile? *Rivista di Diritto Processuale*. vol. LVIII (seconda serie). p. 211-226. Padova: Cedam, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico, A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no Projeto do Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 37, n. 206, p. 13-59, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O processo civil brasileiro: no limiar do novo século*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela antecipada. Evolução. Visão comparatista. Direito brasileiro e direito europeu. *Revista de Processo*. vol. 157. p. 129-146. São Paulo: Ed. RT, mar. 2008.

THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio. *Novo CPC: Fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2015.

VUITTON, Jacques; VUITTON, Xavier. *Les référés*. 2. ed. Paris: LexisNexis-Litec, 2006.

VULLO, Enzo. *L'attuazione dei provvedimenti cautelari*. Torino: G. Giappichelli, 2001.

Papel do Ministério Público na Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013)

Eduardo Cambi*

“A corrupção é, conjuntamente com o crime organizado ligado sobretudo ao tráfico da droga e ao branqueamento do dinheiro, a grande criminalidade desse terceiro período (crise do Estado-Providência) e coloca os tribunais no centro de um complexo problema de controle social.”¹

Sumário

Introdução. 1. Bem Jurídico Protegido pela Lei 12.846/2013. 2. A Defesa dos Interesses Difusos pelo Ministério Público. 3. A Lei 12.846/2013 no Contexto do Sistema Jurídico. 3.1. A Lei 12.846/2013 e os Tratados e Convenções Internacionais. 3.2. A Lei 12.846/2013 em face da Constituição Federal. 3.3. A Interpretação Sistemática da Lei 12.846/2013 com as Leis 8.429/92, 8.666/93 e 12.462/2011. 4. A Atuação do Ministério Público na Lei 12.846/2013. 4.1. Considerações Iniciais. 4.2. Responsabilização na Esfera Administrativa. 4.3. Responsabilização na Esfera Judicial. 5. Conclusões. Referências Bibliográficas.

Resumo

Este artigo busca analisar o papel do Ministério Público diante das inovações implementadas no combate à corrupção com o advento da Lei 12.846/2013. A inserção da nova Lei dentro do ordenamento jurídico, bem como os possíveis conflitos com as normas vigentes, também são objeto deste estudo. A Lei Anticorrupção, como já vem sendo chamada, apresenta a possibilidade de responsabilização objetiva da pessoa jurídica pelos atos ilícitos praticados contra a Administração Pública. Também é reforçado o papel do Ministério Público como instituição responsável pela proteção do patrimônio público.

* Promotor de Justiça no Estado do Paraná. Assessor da Procuradoria Geral de Justiça do Paraná. Coordenador Estadual do Movimento Paraná Sem Corrupção. Coordenador Estadual da Comissão de Prevenção e Controle Social da Rede de Controle da Gestão Pública do Paraná. Assessor de Pesquisa e Política Institucional da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça. Representante da Secretaria de Reforma do Judiciário na Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA). Coordenador do Grupo de Trabalho de Combate à Corrupção, Transparência e Controle Social da Comissão de Direitos Fundamentais do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Pavia. Doutor e Mestre em Direito pela UFPR. Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e da Universidade Paranaense (UNIPAR). Diretor Financeiro da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná (FEMPAR).

¹ SANTOS, Boaventura de Souza, MARQUES; Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. *Revista brasileira de ciências sociais*, vol. 30. p. 39.

Abstract

This article pursues to analyze the role of public prosecution in spite of innovations implemented in combating corruption with the enactment of Law No. 12.846/2013. The insertion of the new law within the legal framework as well as possible conflicts with existing regulations, are also the subject of this study. The Anti-Corruption Law, as has already been called, presents the possibility of objective liability of the corporation for unlawful acts committed against the public administration. Also be enhanced the role of the prosecutor as the institution responsible for the protection of public property.

Palavras-chave

Ação Civil Pública. Administração Pública. Combate à Corrupção. Dinheiro Público. Inquérito Civil. Interesses Difusos. Lei 12.846/2013. Lei Anticorrupção. Ministério Público. Pessoa Jurídica. Responsabilidade Objetiva. Processo Administrativo. Processo Civil. Recursos Públicos.

Keywords

Public Civil Action. Public Administration. Combating Corruption. Public Money. Civil Survey. Diffuse Interests. Law n. 12.846/2013. Anticorruption Law. Prosecution. Corporate. Responsibility Objective. Administrative Procedure. Civil Procedure. Public Resources.

Introdução

Estima-se, conforme dados da Federação das Indústrias de São Paulo (FIESP), que o custo da corrupção, no Brasil, fica entre R\$ 41,5 e R\$ 69,1 bilhões por ano². Isto representa entre 1,38% e 2,3% do Produto Interno Bruto (PIB).

Dentre os 176 (cento e setenta e seis) países pesquisados pela Organização Não Governamental alemã, Transparência Internacional, no ano de 2012, o Brasil ficou na 69ª posição, com o Índice de Percepção da Corrupção em 43 (quarenta e três) pontos. Tal índice pontua os países em uma escala de 0 (muito corrupto) a 100 (muito íntegro). Embora o Brasil tenha a sétima maior economia do mundo, possui índices de corrupção piores que países como Uruguai e Chile (72 pontos) ou a Namíbia (48 pontos).

A corrupção prejudica o desenvolvimento nacional retirando da educação, da saúde e da segurança pública recursos indispensáveis para a melhoria da qualidade de vida do povo brasileiro.

A Lei 12.846/2013, também denominada de Lei Anticorrupção, dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos

² http://www.brasileconomico.com.br/noticias/corruptao-no-brasil-custa-ate-r-691-bilhoes-por-ano_82676.htm. Acesso em 09.08.2013.

contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira. Busca sancionar a pessoa jurídica ou o grupo econômico que pratica atos lesivos ao patrimônio público, coibindo e desincentivando a prática da corrupção.

A preocupação se mostra legítima frente à dificuldade da responsabilização das pessoas jurídicas por atos lesivos contra o erário público. Até o advento da Lei 12.846/2013, as punições às fraudes a licitações e contratos administrativos, o oferecimento de promessa a agentes públicos, a utilização de interposta pessoa para ocultar ou dissimular a identidade dos beneficiários dos atos praticados, a criação irregular de empresa para participar de licitações ou contratos administrativos, além de outros atos de corrupção, se circunscreviam a responsabilização subjetiva do agente³. A necessidade da comprovação do dolo ou da culpa dificultava a produção da prova, tornava morosos os processos judiciais⁴ e, conseqüentemente, aumentava a impunidade dos corruptos⁵.

A nova lei busca com a aplicação da responsabilidade objetiva a correção da deficiência do velho conceito clássico da culpa⁶, nitidamente superado pelas novas necessidades do direito na sociedade globalizada e de massas.

A responsabilização, civil e administrativa, objetiva das pessoas jurídicas por atos contrários à Administração Pública, independe da responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de quaisquer outras pessoas naturais que tenham concorrido ou participado da prática do ato ilícito.

Houve, também, a preocupação com a possibilidade da desconsideração administrativa da personalidade jurídica nos casos em que ela é utilizada para prática de atos lesivos tipificados em lei ou com abuso de direito ou confusão patrimonial.

O Ministério Público, por ser uma instituição voltada à proteção do patrimônio público, precisa compreender e bem aplicar a Lei 12.846/2013 para, juntamente com outros instrumentos jurídicos constantes em leis, que estimulam a proatividade – como a da improbidade administrativa (Lei 8.429/92), a das licitações e contratos da Administração Pública (Lei 8.666/93) e a da ação civil pública (Lei 7.347/85) – minimizar os efeitos nocivos da corrupção na sociedade brasileira.

1. Bem Jurídico Protegido pela Lei 12.846/2013

A Lei 12.846/2013 procura proteger a noção de república e o patrimônio público. Define os atos lesivos à Administração Pública, nacional e estrangeira, as

³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 901.

⁴ ORTOLAN, Marcelo Augusto Biehl; ROCHA, Iggor Gomes; REIS, Felipe Andres Pizzato. Combate à corrupção nas licitações e contratos públicos: questões centrais do Projeto de Lei nº 6.826/2010. In: GONÇALVES, Guilherme de Salles, GABARDO, Emerson (Coord.). *Direito da Infraestrutura: temas de organização do Estado, serviços públicos e intervenção administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. Pág. 162.

⁵ FERNANDES, Antonio Scarance; ESSADO, Thiago Cintra Essado. Corrupção: aspectos processuais. *Revista brasileira de ciências criminais*, vol. 89, Mar/2011, p. 471.

⁶ SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. São Paulo: Saraiva, 1974. p.104.

sanções correspondentes à responsabilidade administrativa e civil, bem como as técnicas processuais e instrumentos para inibir e reprimir os atos de corrupção praticados por pessoas jurídicas infratoras.

A corrupção, como asseverado, resulta em sérios problemas para o país. Comportamentos ilegais culminam em redução do pagamento de tributos, não ingresso de receitas, má gestão e desperdício de dinheiro público. Com isto, torna-se mais difícil a proteção dos direitos fundamentais sociais⁷, com a redução de investimentos em políticas públicas, o que prejudica toda a população e, em especial, aquela mais vulnerável⁸.

A corrupção é causa determinante da pobreza brasileira, pois corrói a dignidade do cidadão, deteriora o convívio social, arruína os serviços públicos e compromete a vida das gerações atuais e futuras.⁹

De forma imediata, os bens econômicos atingidos pela corrupção pertencem ao Estado. Contudo, de forma mediata, é a coletividade – sobretudo, as comunidades carentes, por dependerem mais de serviços públicos de qualidade – que é efetivamente atingida.

Portanto, a corrupção atinge um bem jurídico difuso, na medida em que lesiona bens públicos de interesse geral, não se vinculando, especificamente, a uma vítima individualizada. Enfim, atinge toda a sociedade, ao retirar recursos das políticas públicas indispensáveis à efetiva proteção dos direitos fundamentais sociais.¹⁰⁻¹¹

2. A Defesa dos Interesses Difusos pelo Ministério Público

A Constituição Federal, no artigo 127, *caput*, incumbe ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, e, no artigo 129, inc. III, afirma, expressamente, que lhe cabe a proteção dos interesses difusos¹².

⁷ OLIVEIRA, Regis Fernandes. A corrupção como desvio de recursos público (A agressão da corrupção aos direitos humanos). *Revista dos tribunais*, vol. 820, fevereiro de 2004, p.45.

⁸ “O fenômeno da corrupção (...) molesta o corpo e a alma de milhares de brasileiros, excluídos, sobreviventes do egoísmo. Segundo o BIRD, a corrupção mundial causa um prejuízo de 3 (três) trilhões de dólares por ano (...). No Brasil, um dos maiores responsáveis por grande parte desse desvio criminoso, a situação ganha conotações dramáticas. Uma estrutura de dominação patrimonial, ainda viva e sólida, privilegia a si própria, resultando na riqueza de poucos e na desgraça de muitos. Escolas desestruturadas, hospitais abandonados, trabalhos escravos, prisões domiciliares decretadas pelo medo e pela insegurança, enfim, a corrupção gera o caos social, a desestabilidade econômica e a insegurança política” (Affonso Ghizzo Neto. *Corrupção, Estado Democrático de Direito e Educação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 181).

⁹ TREVISAN. Antoninho Marmo; CHIZZOTTI, Antonio; LANHEZ, João Alberto; CHIZZOTTI, José; VERILLO, Josmar. *O combate à corrupção nas prefeituras do Brasil*. São Paulo: Uol, 2003. p. 17.

¹⁰ ARAUJO, Felipe Dantas. Corrupção e novas concepções de direito punitivo: rumo a um direito de intervenção anticorrupção? *Revista de direito internacional*, vol.8, n.2, jul/dez 2011, p. 211.

¹¹ “os atos de improbidade administrativa violam interesse difuso da coletividade, eis que revelam condutas que, no plano concreto, atingem interesse do povo, na medida em que comprometem seriamente o bom funcionamento da Administração Pública e, consequentemente, a obrigação do Estado no cumprimento das prestações sociais, fundamentais para a boa qualidade de vida da população” (MIRANDA, Gustavo Senna. *Princípio do juiz natural e sua aplicação na Lei de Improbidade Administrativa*. São Paulo: RT, 2006. p. 195).

¹² “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...) III - promover o inquérito civil e a ação

A Constituição Federal conferiu ao Ministério Público a função de garantidor dos direitos fundamentais, atribuindo-lhe um dever ético-político de agir para a defesa e a construção da democracia substantiva¹³.

O Ministério Público, como instituição garantidora do princípio constitucional da moralidade administrativa, deve combater a improbidade, investigando os corruptos e os corruptores, buscando a sua punição e zelando pela promoção do direito fundamental a governos honestos, como corolário do regime republicano¹⁴.

O Ministério Público possui instrumentos operacionais, como o inquérito civil e a ação civil pública, para defesa e garantia do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos.

Por meio do inquérito civil, pode promover a investigação dos atos de corrupção, tendo como finalidade a coleta de elementos seguros para demonstrar sua materialidade, assim como indícios de autoria. Já a ação civil pública constitui instrumento constitucional repressivo para defesa judicial dos direitos fundamentais.

Esses dois mecanismos possibilitam ao Ministério Público promover a investigação, buscar a responsabilização dos agentes corruptores e a reparação integral dos prejuízos causados.

Tal tese foi corroborada pelos Tribunais Superiores na Súmula 329/STJ¹⁵ e na orientação jurisprudencial reiterada do Supremo Tribunal Federal¹⁶.

A importância do Ministério Público no combate à corrupção ganha relevo na sociedade brasileira tão carente de instituições capazes de defender a coisa pública contra atos reiterados de dilapidação do patrimônio público. Com efeito, cabe ao Ministério Público, como defensor do regime democrático, contribuir com

civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

¹³ GOULART, Marcelo Pedrosa. *Elementos para uma teoria geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Araes, 2013. p. 107-121.

¹⁴ “(...) o Ministério Público (na condição de instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado [art. 127, da CF 88] e com as prerrogativas que lhe foram conferidas pelo sistema constitucional vigente) constitui autêntica garantia institucional fundamental e, por esta razão, encontra-se protegido inclusive contra eventual supressão ou esvaziamento de suas garantias e atribuições por parte do poder de reforma constitucional” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 197). Verificar, ainda: MOURA, Angela Giovanini. A atuação do Ministério Público no combate à corrupção: oportunidade de resgate da cidadania. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, vol.12, n.23, jan/jun 2011; BOTELHO, Ana Cristina Melo de Pontes. *Corrupção política. Uma patologia social*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 227-228.

¹⁵ “O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público”.

¹⁶ AI 748934 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 28/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-108 DIVULG 07-06-2013 PUBLIC 10-06-2013; AI 730619 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 14/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-148 DIVULG 31-07-2013 PUBLIC 01-08-2013; AI 856962 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 02/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-073 DIVULG 18-04-2013 PUBLIC 19-04-2013; AI 837555 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 13/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-064 DIVULG 28-03-2012 PUBLIC 29-03-2012.

o processo de emancipação da cidadania no Brasil, seja promovendo a educação para o exercício dos direitos e dos deveres – estimulando a formação e a atuação eficiente de Conselhos Sociais¹⁷, realizando audiências e consultas públicas, induzindo a formulação de políticas públicas, exigindo transparência do poder público e controlando a execução orçamentária – seja investigando e buscando a responsabilização daqueles que se beneficiam da corrupção, mas que não raro ficam impunes (aliás, dados do Departamento Penitenciário Nacional, de maio de 2013, afirmam que menos de 1% da população carcerária brasileira cumpre pena por crimes contra a Administração Pública)¹⁸.

3. A Lei 12.846/2013 no Contexto do Sistema Jurídico

3.1. A Lei 12.846/2013 e os Tratados e Convenções Internacionais

No âmbito internacional, a Lei 12.846/2013 está em perfeita harmonia com as diretrizes e propósitos dos Tratados e Convenções Internacionais promulgados pelo Brasil.

Destaca-se a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, que se preocupa em promover e fortalecer as medidas para prevenir e combater mais eficientemente a corrupção, dispondo, em seu artigo 12.1, que os Estados Partes devem adotar medidas para prevenir a corrupção e melhorar as normas contábeis e de auditoria no setor privado, assim como prever sanções civis, administrativas e penais eficazes¹⁹.

A Lei 12.846/2013 também está em sintonia com a Convenção Interamericana contra a Corrupção, cujo propósito é promover e fortalecer o desenvolvimento, por cada um dos Estados Partes, dos mecanismos necessários para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção²⁰.

Ainda no âmbito internacional, a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais estabelece, no artigo 2º, que cada parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento das responsabilidades de pessoas jurídicas pela corrupção de funcionário público estrangeiro, de acordo com seus princípios jurídicos²¹.

¹⁷ BERCLAZ, Márcio Soares. A natureza político-jurídica dos Conselhos Sociais no Brasil: uma leitura a partir da política da libertação e do pluralismo jurídico. Dissertação de Mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná em 08 de março de 2013. p. 316-329.

¹⁸ <http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,acoes-anticorruptao-aumentam-prisoas-por-crimes-contra-gestao-publica-no-pais,1028520,0.htm>. Acesso em: 13.08.2013.

¹⁹ BRASIL. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Entrou em vigor: 14 de dezembro de 2005.

²⁰ BRASIL. Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1º, inciso “c”. Entrou em vigor: 03 de junho de 1997.

²¹ BRASIL. Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais,

3.2. A Lei 12.846/2013 em face da Constituição Federal

Deve-se verificar se as regras trazidas pela Lei 12.846/2013 respeitam os direitos e as garantias consagradas na Constituição Federal.

Inicialmente, deve-se observar o conteúdo do artigo 5º, incisos XLV e XLVI da Constituição Federal, pelos quais nenhuma pena será passada da pessoa do condenado e que cabe à lei individualizar a pena²².

A Lei 12.846/2013 não viola tais direitos fundamentais que estão voltados precipuamente à responsabilização criminal. A nova lei não trata da responsabilidade penal da pessoa jurídica, não obstante tal tema não seja estranho ao direito brasileiro, pois a Constituição Federal, expressamente, permite tal responsabilização para crimes praticados contra a ordem econômica e financeira (art. 173, par. 5º) e para os crimes ambientais (art. 225, par. 3º). A nova lei anticorrupção responsabiliza objetivamente a pessoa jurídica, independentemente da responsabilização subjetiva, isto é, sem a demonstração do dolo ou da culpa, dos dirigentes ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito (art. 3º). Não se pode afirmar que a responsabilização objetiva da pessoa jurídica implicaria a penalização dos sócios, pois estes são atingidos apenas pelos efeitos fáticos e jurídicos da condenação²³. A responsabilização civil e administrativa objetiva da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual e seus dirigentes ou administradores que serão responsabilizados por atos ilícitos somente na medida de sua culpabilidade.

Além disso, a Lei 12.846/2013 admite a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica quando a pessoa jurídica for utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios. Essa teoria está voltada a corrigir os desvios de finalidade da pessoa jurídica, permitindo que o Judiciário repare os atos emulativos causados por aqueles que se serviram da autonomia e da capacidade do ente moral para obter vantagens ilícitas²⁴.

concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Entrou em vigor: 23 de outubro de 2000.

²² "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: (...) XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido; (...) XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos".

²³ "Nem se diga que a sanção contra a pessoa jurídica quebraria a pessoalidade da pena, na medida em que atingiria seus sócios. Trata-se de um raciocínio equivocado, porque os sócios só são atingidos pelos efeitos fáticos e jurídicos da condenação (...). Isso decorre da própria personalidade jurídica dos 'entes morais' e da clara e inequívoca separação entre as figuras da pessoa jurídica e de seus integrantes. (...) O Direito Administrativo Sancionador não possui, portanto, um regime jurídico unitário para pessoas físicas e jurídicas, porque há uma clara ruptura dessa suposta unidade no requisito da culpabilidade (...)" (OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: RT, 2009. p. 380-381).

²⁴ ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. A desconsideração da personalidade jurídica e o direito

A *disregard theory* ou *disregard of the legal entity* é amplamente difundida no ordenamento jurídico brasileiro (v.g., arts. 28 da Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor, 18 da Lei 8.884/94 – Lei Antitruste, 50 do Código Civil e 4º da Lei 9.605/98 – Lei de Crimes Ambientais) e tem sido aplicada extensivamente, mesmo para hipóteses não expressamente contempladas na legislação específica, como ocorre em relação à improbidade administrativa, onde os sócios das empresas também podem figurar no polo passivo da relação processual, quando a pessoa jurídica for instrumento para a prática de ilícitos e os sócios verdadeiros responsáveis pela ilicitude, se beneficiarem, direta ou indiretamente, dos desvios dos recursos públicos. Também será possível, no campo da improbidade administrativa, a aplicação da teoria da *desconsideração inversa*, isto é, quando se desconsidera a personalidade jurídica da sociedade para alcançar bens da própria sociedade, em decorrência de atos praticados por terceiros (os sócios) ²⁵. Isto pode ocorrer quando o sócio, responsável pela lesão ao erário, se utiliza da sociedade como escudo protetor, transferindo seus bens pessoais para a sociedade, para tornar ineficaz possível condenação judicial, ou quando o ato de improbidade é cometido por grandes conglomerados empresariais geridos pela mesma pessoa ou pelo mesmo grupo, quando a vontade da pessoa jurídica se confunde com a de seu controlador ²⁶.

Por outro lado, a previsão de outras sanções, como a dissolução compulsória da pessoa jurídica (art. 19, inc. III, da Lei 12.846/2013) não fere o disposto no artigo 5º, inc. XLVI, da Constituição Federal que prevê a imposição de penas, para hipóteses criminosas, mas, ainda assim, em caráter exemplificativo. Ademais, tal instituto não é estranho ao Direito Empresarial (art. 1.033, inc. V, do Código Civil).

No entanto, é preciso testar a constitucionalidade do artigo 25 da Lei 12.846/2013, ao prever que prescrevem em cinco anos as infrações previstas nesta lei, contados da data da ciência da infração ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado. E o seu parágrafo único completa, dizendo que, na esfera administrativa ou judicial, a prescrição será interrompida com a instauração de processo que tenha por objeto a apuração da infração.

Tal regra precisa ser interpretada a luz do artigo 37, par. 5º, da Constituição Federal que torna imprescritível as ações de ressarcimento para os ilícitos praticados por agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário ²⁷. Este artigo 37, par.

do consumidor: um estudo de direito civil constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 243-278.

²⁵ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 645.

²⁶ Idem. Ibidem.

²⁷ DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007. p. 392-403; FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa. Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 246. A propósito da exegese do artigo 37, par. 5º, da CF, pacífica é a orientação do Supremo Tribunal Federal: RE 646741 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 02/10/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-207 DIVULG 19-10-2012 PUBLIC 22-10-2012; STF, AI 712435 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 13/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-071 DIVULG 11-04-2012 PUBLIC 12-04-2012 RT v. 101, n. 921, 2012, p. 670-674; STF, RE 578428 AgR, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 13/09/2011, DJe-216 DIVULG 11-11-2011 PUBLIC 14-11-2011 EMENT VOL-02625-02 PP-00177.

5º, da Constituição Federal constitui uma regra excepcional para a proteção do patrimônio público. Contudo, não se refere apenas a danos causados por pessoas físicas, utilizando-se da expressão “qualquer agente”, que deve abarcar as pessoas jurídicas que geram prejuízo ao erário público.

Logo, o artigo 25 da Lei Anticorrupção não pode ser aplicado para impedir a reparação integral dos danos causados, fazendo incidir a prescrição, tão somente, sobre as demais sanções às pessoas jurídicas infratoras, contidas no artigo 19 (suspensão ou interdição parcial de suas atividades, dissolução compulsória e proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de um e máximo de cinco anos)²⁸.

3.3. A Interpretação Sistemática da Lei 12.846/2013 com as Leis 8.429/92, 8.666/93 e 12.462/2011

A Lei 12.846/2013 não gera antinomias jurídicas com as leis de improbidade administrativa e as que regem as licitações e os contratos administrativos, na medida em que seu artigo 30 assevera que a aplicação das sanções previstas nesta lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de ato de improbidade administrativa, nos termos da Lei 8.429/92, e dos atos ilícitos alcançados pela Lei 8.666/93 ou outras formas de licitações e contratos com a Administração Pública, inclusive no tocante ao regime diferenciado de contratações públicas – RDC instituído pela Lei 12.462/2011.

Com a finalidade de harmonizar as diferentes leis que tratam de assuntos semelhantes, é indispensável se valer da *interpretação sistemática* das regras jurídicas de combate à corrupção. Este método interpretativo permite buscar o significado das normas jurídicas em sintonia com os demais princípios e regras que integram o ordenamento jurídico, o que torna possível ao exegeta extrair a *máxima unidade do sistema*²⁹, dando maior segurança e confiabilidade às normas, pois se evitam contradições e incongruências³⁰.

²⁸ *Mutatis mutandis*, essa tem sido a orientação do Superior Tribunal de Justiça em relação à interpretação do artigo 12 da Lei 8.429/92: “A aplicação das sanções previstas no art. 12 e incisos da Lei 8.429/92 se submetem ao prazo prescricional de 05 (cinco) anos, exceto a reparação do dano ao erário, em razão da imprescritibilidade da pretensão ressarcitória (art. 37, § 5º, da Constituição Federal de 1988). Precedentes do STJ: AgRg no REsp 1038103/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJ de 04/05/2009; REsp 1067561/AM, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJ de 27/02/2009; REsp 801846/AM, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, DJ de 12/02/2009; REsp 902.166/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJ de 04/05/2009; e REsp 1107833/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJ de 18/09/2009” (EDcl no REsp 716.991/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 23/06/2010). Conferir, ainda: REsp 1312071/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/05/2013, DJe 22/05/2013.

²⁹ “A interpretação sistemática é fruto da idéia de unidade do ordenamento jurídico. Através dela, o intérprete situa o dispositivo a ser interpretado dentro do contexto normativo geral e particular, estabelecendo as conexões internas que enlaçam as instituições e as normas jurídicas. Em bela passagem, registrou Capogrossi que a interpretação não é senão a afirmação do todo, da unidade diante da particularidade e da fragmentariedade dos comandos singulares” (Luís Roberto Barroso. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 128).

³⁰ “Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer texto de direito impõe

Tanto a Lei 12.846/2013 quanto a Lei 8.429/92 se preocupam em tutelar a moralidade administrativa. Verifica-se, pelos artigos 1º e 2º, desta legislação que a intenção é punir os atos praticados por qualquer agente público. Todavia, o seu artigo 3º acrescenta que suas disposições são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática de ato de improbidade ou dele se beneficie sobre qualquer forma direta ou indireta. Dessa maneira, tal regra admite que pessoas jurídicas figurem no polo passivo da ação civil pública por improbidade administrativa, bem como contempla – tal como está no artigo 942/CC – a responsabilidade civil solidária dos agentes públicos e de terceiros na obrigação de indenizar³¹. Assim sendo, por exemplo, se recursos públicos são incorporados ao patrimônio da pessoa jurídica, por força do artigo 3º da Lei 8.429/92, o ente moral, quando induz, concorre ou se beneficia, pode ser sujeito ativo do ato de improbidade administrativa e responder a ação civil pública respectiva³². Caso venha a ser condenada, serão aplicadas, no que couber, as sanções previstas no artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa, podendo as empresas ficar sujeitas, isolada ou cumulativamente, além da obrigação de reparar os danos, à multa civil, proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios³³.

A diferença entre a Lei Anticorrupção e a Lei de Improbidade Administrativa é que a responsabilização civil da pessoa jurídica por danos decorrentes de atos de improbidade administrativa depende da demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para as hipóteses previstas nos artigos 9º (enriquecimento ilícito) e 11 (violação de princípios administrativos), ou, pelo menos, pela culpa, para a caracterização dos atos de improbidade contidos no artigo 10 da Lei 8.429/92 (prejuízo ao erário público)³⁴.

Porém, ao prever tal forma de responsabilização objetiva, a Lei 12.846/2013 não destoa da técnica contemplada no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal³⁵,

ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição. Por isso insisto em que o texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum. As normas – afirma Bobbio – só têm existência em um contexto de normas, isto é, no sistema normativo" (Eros Roberto Grau. *Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 128).

³¹ CERQUEIRA, Luís Otávio et alii. *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. São Paulo, RT, 2010. p. 59.

³² BERTONCINI, Mateus. *Ato de improbidade administrativa: 15 anos da Lei 8.429/92*. São Paulo: RT, 2007. p. 258; SIMÃO, Calil. *Improbidade administrativa. Teoria e prática*. Leme: J. H. Mizuno, 2011. p. 677-679; SOUZA, Patrícia Verônica Nunes de Carvalho Sobral de. *Corrupção e improbidade. Críticas e controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 84. Não destoa desse entendimento a orientação do Superior Tribunal de Justiça: REsp 970.393/CE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/06/2012, DJe 29/06/2012; STJ, REsp 886.655/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/09/2010, DJe 08/10/2010; STJ, REsp 1122177/MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/08/2010, DJe 27/04/2011.

³³ STJ, EDcl no AgRg no REsp 1314061/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 05/08/2013.

³⁴ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Op. Cit. p. 222.

³⁵ "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".

quando trata da responsabilização das pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos pelos danos causados por seus agentes a terceiros, bem como no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil³⁶. Com efeito, nos casos de responsabilidade objetiva, o agente somente se exime da responsabilidade se não ficar caracterizado o nexo de causalidade entre o comportamento do agente e o dano. Em outras palavras, não há responsabilidade objetiva quando o agente não produziu a lesão, que lhe é imputada, ou se a situação de risco inexistiu ou foi sem relevo decisivo para a ocorrência do dano³⁷.

A Lei 12.846/2013, ao tornar a responsabilidade civil e administrativa objetiva, facilita a responsabilização da pessoa jurídica, uma vez que basta ao autor demonstrar a prática do ato ilícito e do seu nexo de causalidade com os prejuízos causados. É, pois, ônus da prova do demandado comprovar as causas excludentes do nexo causal³⁸.

No entanto, com o intuito de evitar a violação do postulado do *non bis in idem*, a mesma sanção não poderá ser aplicada duas vezes para o mesmo fato, ainda que possa ter repercussões diversas. Assim, poderá restar prejudicada, total ou parcialmente, a ação civil pública de responsabilização civil da pessoa jurídica, se a sanção já tiver sido aplicada na decisão judicial que reconhece definitivamente a prática de improbidade administrativa, ou vice-versa.

Ademais, a Lei Anticorrupção, como bem reconhece o seu artigo 30, inc. II, não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de ilícitos alcançados pelas regras que versam sobre licitações e contratos da Administração Pública. Assim, as sanções administrativas e/ou criminais contidas no Capítulo IV da Lei 8.666/93 (Lei Geral de Licitações) ou da Seção V, do Capítulo I, da Lei 12.462/2011 (regime diferenciado de contratações públicas) não ficam excluídas. Por exemplo, o artigo 47, inciso V, da Lei 12.462/2011 preceitua que ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas no instrumento convocatório e no contrato, bem como das demais cominações legais, o licitante que fraudar a licitação ou praticar atos fraudulentos na execução do contrato. Por sua vez, o artigo 5º, inciso IV, letra “d”, da Lei 12.846/2013 conceitua como ato lesivo à Administração Pública, nacional ou estrangeira, fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente. Esta Lei Anticorrupção, ao tratar da responsabilização administrativa, no artigo 6º, prevê três sanções distintas, quais sejam: a aplicação de multa, no valor

³⁶ “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

³⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo, Malheiros, 2001, p. 829.

³⁸ Assim, tem decidido o STJ, ao aplicar a teoria da responsabilidade objetiva, em relação ao Código de Defesa do Consumidor: REsp 1281742/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 13/11/2012, DJe 05/12/2012; AgRg no Ag 1375928/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe 21/08/2012; AgRg no REsp 1220998/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/08/2012, DJe 21/08/2012; REsp 721.091/SP, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 04/08/2005, DJ 01/02/2006, p. 567.

de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, a publicação extraordinária da decisão condenatória, e a obrigação de reparação integral do dano causado. Perceba-se que ambas as leis devem ser compatibilizadas, para que o valor da multa imposta observe os parâmetros dos artigos 6º, inc. I, e 7º da Lei 12.846/2013, mas também que incida o impedimento para licitar e contratar contido no artigo 47 da Lei 12.462/2011.

Apesar de a Lei 8.666/1993 e outras leis que versam sobre o tema das licitações e contratos administrativos, como a Lei 12.846/2013, já preverem sanções administrativas, a Lei Anticorrupção apresenta um complemento a esta previsão por meio de um novo rol de condutas passíveis de responsabilização objetiva, pela via administrativa, da pessoa jurídica. Assim, as empresas que atentarem contra o patrimônio público, nacional ou estrangeiro, ou os princípios da Administração Pública, ou, ainda, os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil passam a ser responsabilizadas civil e administrativamente, de forma objetiva, por seus atos. Isto sem prejuízo da aplicação de outras penalidades previstas nas demais leis que versam sobre o tema das licitações e contratos administrativos, embora nestas a aplicação das sanções dependa da comprovação do dolo ou da culpa.

Ainda que, nas sanções administrativas previstas no artigo 6º da Lei 12.846/2013 e nas sanções judiciais arroladas no artigo 19 da mesma lei, o legislador não tenha incluído a penalidade de impedimento da pessoa jurídica infratora de licitar e contratar com o Poder Público, por determinado prazo, tal efeito pode ser considerado natural e decorre de uma leitura mais atenta da Lei Anticorrupção que criou o Cadastro Nacional de Empresa Punidas – CNEP (art. 22) justamente para dar publicidade e inibir que essas empresas voltem a contratar com órgãos ou entidades públicos.

Entretanto, tal interpretação esbarra no princípio da estrita legalidade, pelo qual não se pode impor sanções sem a prévia previsão legal (*nullum crimen, nulla poena, sine previa lege*). Afirma o artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal que “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”. Não obstante o princípio da tipicidade esteja se referindo a “crimes”, nada impede que seja estendido ao Direito Administrativo, que está sujeito ao princípio da legalidade (art. 37, *caput*, CF), do qual decorre o da tipicidade. Este princípio também pode ser extraído do artigo 5º, par. 2º, da Constituição Federal, pelo qual os direitos e garantias constitucionalmente expressos não excluem outros decorrentes dos princípios por ela adotados. A tipicidade é uma garantia para os administrados, porque permite que os cidadãos e as empresas saibam quais são as condutas proibidas e suas respectivas sanções. O princípio da tipicidade também impede que a Administração Pública atue de forma arbitrária, não podendo impor penas fora das hipóteses previstas na lei. Tal situação também viria a ferir os princípios da segurança e da confiança jurídicas, que exigem que a conduta proibida e a sanção pela sua não observância estejam descritas previamente na lei, para que a ação do poder público não cause surpresa aos administrados.

Dessa forma, a não previsão pela Lei 12.846/2013 do impedimento de licitar e contratar com o poder público, por prazo determinado, ou da declaração de idoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública não pode conduzir a imposição destas sanções no processo administrativo de responsabilização objetiva das pessoas jurídicas infratoras. Porém, como a aplicação das sanções previstas na Lei 12.846/2013 não afeta os processos de responsabilização e aplicação das penalidades contidas nas Leis 8.666/93 (arts. 86-88) e 12.462/2011 (art. 47), a autoridade administrativa deve impô-las às pessoas jurídicas infratoras que praticarem os atos ilícitos ali descritos, embora tal responsabilização dependa da comprovação do dolo ou da culpa.

De qualquer forma, constatada omissão – total ou parcial – da autoridade administrativa na imposição plena das sanções administrativas previstas em lei, caberá ao Ministério Público ajuizar ação civil pública para promover a responsabilização administrativa integral da pessoa jurídica infratora (interpretação conjunta dos artigos 20 e 30 da Lei 12.846/2013).

4. A Atuação do Ministério Público na Lei 12.846/2013

4.1. Considerações Iniciais

A Lei 12.846/2013 procurou facilitar a responsabilização dos agentes corruptores que causam ou concorrem com a prática de atos lesivos ao patrimônio público. Impede-se, desta forma, que as pessoas jurídicas se eximam de responsabilização civil e administrativa pelos atos praticados contra a Administração Pública.

Para tanto, a Lei 12.846/2013 procurou identificar, de modo abrangente, o conceito de pessoa jurídica responsável por atos de corrupção.

A lei é aplicável às sociedades empresárias e simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeira, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente (art. 1º, par. ún.).

A responsabilidade objetiva incide ainda que os atos lesivos tenham praticado em seu benefício exclusivo ou não (art. 2º).

Tal responsabilidade também persiste mesmo nas hipóteses de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária (art. 4º).

Por outro lado, a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito (art. 3º). A responsabilidade da pessoa natural, contudo, é subjetiva, dependendo da comprovação do dolo ou da culpa (art. 3º, par. 2º).

Após deixar claro quem pode ser responsabilizado, a Lei 12.846/2013 trata de conceituar, no artigo 5º, quais são os atos lesivos à Administração Pública nacional ou estrangeira.

Três são os parâmetros alternativos para que um ato seja considerado lesivo à Administração Pública: i) ou atentar contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro; ii) ou contra os princípios da Administração Pública; iii) ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

Como tais parâmetros são amplos, ainda que o artigo 5º da Lei 12.846/2013 tenha descrito atos lesivos à Administração Pública, o rol previsto é exemplificativo, não taxativo. Mesmo que a técnica legislativa não tenha sido a melhor, pois, ao final do *caput* do artigo 5º o legislador se valeu da expressão “*assim definidos*”, ao invés de “*e notadamente*” como nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92, o artigo 5º da Lei Anticorrupção merece ser interpretado teleologicamente. Isto é, todo ato que atentar contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, ou contra os princípios da Administração Pública, ou, ainda, contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil deve ser considerado lesivo à Administração Pública, ainda que não tenha sido expressamente descrito no elenco do artigo 5º da Lei 12.846/2013.

A exegese desta regra jurídica deve buscar atender as exigências sociais, econômicas e políticas, bem como estar em consonância com a ideia de justiça e bem comum. Aliás, deve prevalecer o cânone hermenêutico explícito no artigo 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.658/1942) que assevera: “*Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*”.

Cabe a todos os intérpretes, não apenas aos juízes, construir o sentido da lei no contexto dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º/CF) e dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º/CF). Desse modo, é preciso afastar interpretações formalistas que estejam desvinculadas das noções éticas, sociais e políticas de justiça e do bem comum. A corrupção é um câncer que corrói os recursos públicos indispensáveis à melhoria da qualidade de vida de milhões de brasileiros. Destarte, não é razoável que atos não descritos pelo legislador, mas que sejam notoriamente corruptos, na medida em que lesam o patrimônio público, deixem de ser punidos, pois a legislação não se valeu da melhor técnica legislativa até porque, se fosse assim, ficaria anulado o papel dos intérpretes, os quais devem analisar o direito legislado com o raciocínio voltado à Constituição e as demais leis, isto é, o conjunto dos princípios e das regras que integram o ordenamento jurídico.

A interpretação das normas jurídicas não deve produzir resultados injustos ou danosos ao bem comum, sendo responsabilidade do intérprete buscar o sentido que melhor concretize a proteção dos direitos fundamentais. A corrupção impede que os recursos públicos sejam destinados à implementação eficiente de políticas indispensáveis à realização de direitos fundamentais sociais – como a educação, a saúde e a segurança de qualidades – não podendo os agentes corruptores se beneficiar das brechas da lei ou de legislações mal

elaboradas, mas serem responsabilizados quando evidenciado o ato lesivo, após assegurado o devido processo legal.

Atente-se que nem sempre será necessária a existência de dano efetivo para a responsabilização objetiva da pessoa jurídica. Há situações, como as previstas no artigo 5º, inc. I (prometer ou oferecer vantagem ilícita) e no inc. IV (procurar afastar licitante), da Lei 12.846/2013, em que a responsabilidade administrativa e civil prescinde da ocorrência concreta do dano (lesão efetiva aos cofres públicos). Admite-se, pois, a punição apenas de um comportamento e determina-se a aplicação da pena, independentemente de um resultado específico. Tal conclusão é reforçada pelo artigo 7º da Lei Anticorrupção que, nos incisos II e III, dispõem que na aplicação das sanções deve ser considerada a vantagem auferida *ou pretendida* pelo infrator, mas também a consumação *ou não* da infração.

Dentre as hipóteses trazidas no artigo 5º, é importante destacar, a contida no inciso V, que considera ato lesivo dificultar a atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional. Não obstante o texto não faça expressa referência ao Ministério Público, pessoas jurídicas que praticam atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira, quando dificultam as atividades de investigação ou de fiscalização do *Parquet* também estão sujeitas à responsabilização objetiva, porque o artigo 19 da Lei 12.846/2013, ao tratar da legitimidade *ad causam* do Ministério Público, faz remissão ao artigo 5º da Lei Anticorrupção. Enfim, por ser uma instituição que tem o dever de proteger o patrimônio público, inclusive promovendo o inquérito civil e a ação civil pública (art. 129, inc. III, CF), atitudes como a sonegação de informações, a destruição de elementos de provas, a criação de obstáculos ao exame de documentos ou a realização de perícias atentam contra as prerrogativas do Ministério Público de investigar e fiscalizar os desvios contra o erário público (arts. 25, inc. IV, letra “a”, e 26, inc. I, da Lei 8.625/93 e artigos 5º, inc. III, letras “a” e “b”, e 6º, inc. VII, letra “b”, da Lei Complementar 75/1993). Eventual condenação em danos morais coletivos deverá reverter em benefício do próprio Ministério Público, nos termos do artigo 24 da Lei 12.846/2013.

A Lei 12.846/2013 prevê a responsabilização dos atos lesivos descritos no artigo 5º em duas esferas, a administrativa e a judicial. Ambas as formas de responsabilização são independentes e complementares (exegese dos artigos 18 e 20 da Lei Anticorrupção).

O Ministério Público deve atuar, precipuamente, na esfera judicial, para a aplicação de sanções previstas no artigo 19. Mas também deve agir para buscar a imposição integral das sanções descritas no artigo 6º, se constatada omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa (art. 20). Além disso, deve atuar, no que couber, na resolução extrajudicial dos efeitos dos atos de corrupção, seja para prevenir, seja para obter a reparação dos atos lesivos praticados pelas pessoas jurídicas (interpretação do artigo 21 da Lei 12.846/2013).

4.2. Responsabilização na Esfera Administrativa

Quanto à responsabilização na esfera administrativa, a Lei 12.846/2013 disciplinou: i) as sanções e os critérios de aplicação das sanções administrativas; ii) o processo administrativo de responsabilização; iii) o acordo de leniência.

Ao tratar das sanções, no artigo 6º, previu a possibilidade de aplicação da multa e da publicação extraordinária da decisão condenatória. As sanções administrativas podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, conforme as peculiaridades do caso concreto e de acordo com a gravidade e a natureza das infrações (art. 6º, par. 1º). Porém, em todas as hipóteses de atos lesivos à Administração Pública, caso apurado dano ao patrimônio público, é indispensável a reparação integral dos prejuízos causados (art. 6º, par. 3º).

Interessante observar que o valor da multa, como forma de inibir atos de corrupção, nunca poderá ser inferior à vantagem auferida, quando for possível a sua estimação, devendo ser fixada entre 0,1% (um décimo por cento) e 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos (art. 6º, inc. I). Se não for possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, a multa será fixada entre R\$ 6.000,00 (seis mil reais) e R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais) [art. 6º, par. 4º].

A Presidente da República vetou o artigo 6º, par. 6º, da Lei 12.846/2013 que limitava o valor da multa ao montante total do bem ou do serviço contratado ou previsto. Trata-se de decisão acertada, pois, do contrário, a penalidade poderia não ser suficiente para inibir o risco da prática de atos contrários à Administração Pública. A imposição de severas sanções econômicas se destina a punir efetivamente os infratores e a desestimular futuras infrações, até porque a vantagem buscada ou auferida pode ser superior ao próprio valor do contrato.

Por outro lado, as sanções pela prática de corrupção, por pessoas jurídicas, não se limitam ao artigo 6º da Lei 12.846/2013. Como já fora asseverado no item 3.3. *supra*, tal regra deve ser interpretada sistematicamente, para que, se a infração também se configurar em ato de improbidade administrativa ou outros ilícitos alcançados pela Lei 8.666/93 ou outras normas de licitações e contratos da Administração Pública, sejam impostas as sanções previstas no artigo 12 da Lei 8.429/92, em especial a proibição de contratar com o poder público, bem como as constantes dos artigos 86 a 88 da Lei 8.666/93 ou do art. 47 da Lei 12.462/2011.

Quanto aos critérios de aplicação das sanções, contidos no artigo 7º da Lei 12.846/2013, devem ser destacados alguns pontos.

Primeiro, para a imposição das sanções descritas na Lei Anticorrupção, não é indispensável a ocorrência de dano efetivo ao patrimônio público, posto que, como afirmado no item anterior, os incisos II e III do artigo 7º punem o infrator pela mera pretensão de obter vantagem ilícita, além de penalizarem a tentativa de infração, não exigindo o resultado lesivo ou a sua consumação.

Segundo, o comportamento da pessoa jurídica, seja cooperando com a apuração das infrações (inc. VII) [inclusive com a atividade de investigação ou fiscalização do Ministério Público], seja prevenindo mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta (inc. VIII), pode minimizar as penalidades.

Trata-se de técnica destinada a premiar a resolutividade na apuração dos ilícitos, evitando que a conduta de certos dirigentes ou administradores prejudique demasiadamente tanto a punição dos responsáveis quanto o conjunto da pessoa jurídica.

Entretanto, a existência de programa de *compliance*³⁹, definido no artigo 7º, inc. VIII, da Lei 12.846/2013, como mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, depende de regulamentação pelo Poder Executivo Federal (art. 7º, par. ún.).

Em outros países, já existem parâmetros para avaliar a efetividade de programas de *compliance*. Por exemplo, o Departamento de Justiça Americano e a Comissão de Valores Mobiliários dos Estados Unidos lançou, no final do ano de 2012, um guia⁴⁰ para orientar o cumprimento da legislação americana anticorrupção, a FCTA (*Foreign Corrupt Practices Act*). Este guia identificou, como fatores de eficiência de um programa de *compliance*, o compromisso de todos os níveis da gerência e política anticorrupção claramente articulada, a existência de um código de conduta, política e procedimentos de *compliance*, a fiscalização interna deste programa, a autonomia da área de *compliance* e recursos adequados, a avaliação dos riscos da empresa, treinamentos e aconselhamento contínuo, incentivos e medidas disciplinares, investigações de terceiros e de pagamentos, sistema interno de denúncias (possibilitando denúncias confidenciais) e de investigações, testes e revisões periódicas do programa de *compliance*, investigações de pré-fusões e aquisições e integrações pós-aquisições e fusões.

A aplicação do artigo 7º, inc. VIII, da Lei Anticorrupção ainda depende de regulamentação, mas essas diretrizes já podem servir de base para a implantação preventiva ou para a análise de eficiência de programas de *compliance* já existentes pelas empresas nacionais.

Ainda quanto aos critérios de aplicação das sanções, deve ser destacado o veto da Presidência da República ao inciso X do artigo 7º que afirmava que o grau de eventual contribuição da conduta de servidor público, para a ocorrência do dano, poderia influenciar na dosimetria das penalidades. O veto foi acertado, pois tanto o agente público quanto a pessoa jurídica praticaram atos contrários à Administração Pública. As infrações causadas pelo servidor público devem ser

³⁹ Termo anglo-saxão que deriva da expressão “to comply”, cujo sentido é agir de acordo com uma regra.

⁴⁰ *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, disponível em <http://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-resource-guide.pdf>. Acesso em: 12.08.2013.

apuradas em procedimentos próprios e sua responsabilização buscada nos termos da lei. A manutenção da regra poderia facilitar a transferência da responsabilização da pessoa jurídica para o agente público, o que dificultaria a aplicação rigorosa de sanções, pois a conduta deste não seria objeto de apuração direta no processo administrativo de responsabilização da pessoa jurídica e a dúvida quanto ao seu grau de participação poderia minimizar os efeitos sancionatórios a que a Lei Anticorrupção pretende coibir.

A instauração e o julgamento do processo de responsabilização administrativa da pessoa jurídica é competência da autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que devem agir de ofício ou mediante provocação, observadas as garantias inerentes ao devido processo legal.

Durante o processo administrativo, a comissão processante poderá, cautelarmente, propor a autoridade instauradora que suspenda os efeitos do ato ou do processo objeto de investigação (art. 10, par. 2º). Ademais, o ente público, por meio de seu órgão de representação judicial, pode requerer as medidas judiciais necessárias para a investigação e o processamento das infrações, inclusive a busca e apreensão (art. 10, par. 1º). Além disso, mesmo que não esteja expressamente prevista na Lei 12.846/2013, a representação judicial do ente público lesado poderá se valer de outras medidas cautelares, como a indisponibilidade dos bens da pessoa jurídica, e, na hipótese de configuração de ato de improbidade administrativa, também representar ao Ministério Público para que ajuíze as medidas necessárias à proteção do patrimônio público (art. 7º da Lei 8.429/92).

Após a conclusão do processo administrativo, a comissão processante deve informar ao Ministério Público sobre a sua existência, para que apure não apenas a ocorrência de crimes, como está expresso no artigo 15 da Lei 12.846/2013, mas também se possa verificar eventuais omissões na condução do processo administrativo, promover ações civis públicas para aplicação das sanções judiciais (art. 19) e/ou para a complementação das sanções administrativas (art. 20), bem como investigar a prática de atos de improbidade administrativa e/ou atos ilícitos alcançados pela Lei 8.666/93 ou outras normas de licitações e contratos da Administração Pública.

Aliás, para que se evite a renovação da produção de provas, agilizando as investigações, a comissão processante não precisa comunicar o Ministério Público apenas após a conclusão do processo administrativo. Deve, a exemplo do que ocorre no artigo 15 da Lei de Improbidade Administrativa, comunicar o Ministério Público quanto a mera instauração do processo administrativo, para possibilitar que os membros do Ministério Público possam acompanhar a produção das provas no âmbito da administração. Isto poderá evitar omissões no processo administrativo, além de tornar mais ágil a apuração de delitos, atos de improbidade administrativa e até outros atos ilícitos conexos com os praticados pelos dirigentes ou administradores de pessoas jurídicas.

Também com o intuito de facilitar a obtenção de meios de prova para a comprovação de atos contra a Administração Pública, a Lei 12.846/2013 regulamenta, no Capítulo V (arts. 16 e 17), a possibilidade de celebração de acordo de leniência entre a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública com as pessoas jurídicas responsáveis.

A possibilidade de celebração de acordo de leniência também foi estendida às sanções administrativas previstas na Lei de Licitações (Lei 8.666/93), nos artigos 86 a 88, que versam sobre atrasos injustificados e inexecução total ou parcial de contratos (art. 17 da Lei 12.846/2013).

O acordo de leniência se assemelha aos propósitos da delação premiada e busca facilitar a produção da prova, incentivando a pessoa jurídica que colabore efetivamente com a apuração do ato ilícito.

A delação premiada encontra previsão, na esfera criminal, em diversos dispositivos da legislação vigente. A Lei 9.807/99, que regulamenta a proteção aos réus colaboradores, permite que o juiz conceda o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal. Além dessas condições, é necessário que a colaboração do acusado resulte na identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa, na localização da vítima com a sua integridade física preservada, ou na recuperação total ou parcial do produto do crime. Na Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, Lei 7.492/86, e na Lei de Crimes contra a Ordem Tributária, Lei 8.137/90, nos crimes cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que revelar à autoridade policial ou judicial, por meio de confissão espontânea, a totalidade da trama delituosa terá a sua pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços). Esta redução da pena também está prevista na Lei de Crimes Hediondos, Lei 8.072/90; contudo, é necessário que a denúncia seja formulada pelo participante ou associado de quadrilha ou bando e que possibilite seu desmantelamento. Além dos exemplos citados, a delação premiada também está presente na Lei 9.613/98 (Crimes de Lavagem de Dinheiro) e na Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas). Ademais, na recente Lei 12.850/2013, que define a organização criminosa, a colaboração premiada foi regulamentada nos artigos 4º a 7º.

Diferentemente da delação ou da colaboração premiadas, o acordo de leniência não exige a participação do Poder Judiciário, podendo ser celebrado entre a autoridade máxima de cada órgão ou entidade e a pessoa jurídica responsável pelos atos previstos na Lei 12.846/2013.

Exige-se que a pessoa jurídica seja a primeira a manifestar interesse na cooperação para apuração do ato lícito e cesse por completo o envolvimento com a infração investigada. Deve, ainda, além de admitir a participação no ilícito e cooperar plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecer, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento (art. 16, par. 1º).

No entanto, caso a proposta de acordo de leniência seja rejeitada, não se imputará o reconhecimento da prática do ato (art. 16, par. 7º).

Para que os benefícios do acordo sejam alcançados, é necessário que a colaboração prestada pela pessoa jurídica resulte, quando cabível, na identificação dos demais envolvidos na infração e na obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito apurado (art. 16, inc. I e II).

A pessoa jurídica que celebrar o acordo de leniência estará isenta, na esfera administrativa, da publicação extraordinária da decisão condenatória. Na esfera judicial, não estará sujeita à proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público. A multa aplicável também poderá ser reduzida em até dois terços (art. 16, par. 2º).

Além disso, a celebração do acordo de leniência interrompe o prazo prescricional dos atos ilícitos e, em nenhuma hipótese, isenta a pessoa jurídica do dever de reparar integralmente o dano causado (art. 16, par. 9º).

O descumprimento das condições estipuladas no acordo de leniência impede a celebração de novo acordo pelo prazo de três anos contados do conhecimento pela Administração Pública do descumprimento (art. 16, par. 8º).

As autoridades competentes, como condição para a sua celebração, devem manter atualizadas as informações acerca dos acordos de leniência, no Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP), salvo se vier a causar prejuízo às investigações e ao processo administrativo, e registrar o seu descumprimento, inclusive para que se impeça que a pessoa jurídica seja beneficiada de novo acordo no prazo de três anos (art. 22, par. 3º e 4º).

O Ministério Público não participa da celebração dos acordos de leniência. Entretanto, os membros do Ministério Público, com atribuições na defesa civil e criminal do patrimônio público, devem ter acesso aos termos do acordo – ainda que sigilosos – para que possam desenvolver investigações, em conjunto ou em paralelo com os órgãos da administração (art. 129, incs. VI e VIII, CF; art. 26, inc. I, “c”, da Lei 8.625/93 e art. 8º, inc. II, da Lei Complementar 75/93)⁴¹.

⁴¹ “(...) 4. O poder de investigação do Estado é dirigido a coibir atividades afrontosas à ordem jurídica e a garantia do sigilo bancário não se estende às atividades ilícitas. A ordem jurídica confere explicitamente poderes amplos de investigação ao Ministério Público – art. 129, incisos VI, VIII, da Constituição Federal, e art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar nº 75/1993. 5. Não cabe ao Banco do Brasil negar, ao Ministério Público, informações sobre nomes de beneficiários de empréstimos concedidos pela instituição, com recursos subsidiados pelo erário federal, sob invocação do sigilo bancário, em se tratando de requisição de informações e documentos para instruir procedimento administrativo instaurado em defesa do patrimônio público. Princípio da publicidade, *ut* art. 37 da Constituição. 6. No caso concreto, os empréstimos concedidos eram verdadeiros financiamentos públicos, porquanto o Banco do Brasil os realizou na condição de executor da política creditícia e financeira do Governo Federal, que deliberou sobre sua concessão e ainda se comprometeu a proceder à equalização da taxa de juros, sob a forma de subvenção econômica ao setor produtivo, de acordo com a Lei 8.427/1992. 7. Mandado de segurança indeferido” (MS 21729, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/1995, DJ 19-10-2001 PP-00033 EMENT VOL-02048-01 PP-00067 RTJ VOL-00179 PP-00225).

O acesso a tais informações também permitirá verificar a legalidade, a moralidade e a efetividade dos acordos de leniência celebrados, inclusive para constatar eventualmente a omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa, nos termos do artigo 20 da Lei 12.846/2013. Neste caso, o Ministério Público deverá ajuizar ação civil pública para a integral responsabilização objetiva das pessoas jurídicas infratoras.

Acresce-se que os acordos de leniência em desacordo com o ordenamento jurídico poderão ser objeto de ação civil pública, promovida pelo Ministério Público, com o intuito de sua anulação pelo Poder Judiciário.

O Ministério Público também deverá apurar a responsabilidade penal, civil e administrativa das autoridades competentes que, tendo conhecimento das infrações previstas na Lei 12.846/2013, não adotarem as providências para a apuração dos fatos (art. 27 da Lei Anticorrupção), não aplicarem com rigor as sanções administrativas previstas ou se utilizarem indevidamente dos mecanismos de investigação dispostos na lei. Para tanto, qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção (art. 6º da Lei 7.347/85).

Evidentemente que o Ministério Público, de ofício, poderá instaurar o inquérito civil (art. 8º da Lei 7.347/85 e art. 2º, inc. I, e par. 1º da Resolução 23/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP) ou, se já tiver elementos de convicção (v.g., com cópia do processo administrativo que serviu para a imposição de sanções às pessoas jurídicas pela prática de atos previstos no art. 5º da Lei 12.846/2013), ajuizar ação civil pública, mesmo sem prévio inquérito civil. Tal inquérito serve, tão somente, para a colheita de elementos informativos, não havendo, destarte, a obrigatoriedade da sua instauração para o ajuizamento de ação civil pública nem, tampouco, a indispensabilidade de reprodução integral dos elementos colhidos no inquérito civil na ação civil pública⁴².

Ademais, o conhecimento pelo Ministério Público por manifestação anônima também deve ensejar a instauração de inquérito civil ou de procedimento investigatório criminal, se houver informações sobre o fato e seu provável autor, bem como a qualificação mínima que permita a sua identificação e localização (art. 2º, inc. II, e par. 2º, da Resolução 23/2007 do CNMP e art. 3º, *caput*, da Resolução 13/2006 do CNMP)⁴³.

⁴² “PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – INQUÉRITO ADMINISTRATIVO – OMISSÕES E CONTRADIÇÕES ARGÜIDAS EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO: MULTA (ART. 18) 1. O inquérito civil é procedimento administrativo facultativo, inquisitorial e autoexecutório, o que desobriga o Ministério Público de instaurá-lo se dispõe dos elementos necessários à propositura da ação. 2. Como medida antecipativa com objetivo de angariar elementos que deem sustentação à ação civil pública, pode o Ministério Público dispor de todos os elementos arrecadados no inquérito civil, ou de parte deles, quando assim entender pertinente. (...)” (REsp 448.023/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/05/2003, DJ 09/06/2003, p. 218).

⁴³ Essa também tem sido a orientação do Supremo Tribunal Federal que, em relação à persecução penal, tem decidido: “O Supremo Tribunal Federal assentou ser possível a deflagração da persecução penal pela chamada

4.3. Responsabilização na Esfera Judicial

A responsabilização judicial da pessoa jurídica é independente da responsabilidade administrativa (art. 18 da Lei 12.846/2013). Os atos lesivos à Administração Pública nacional ou estrangeira, previstos no artigo 5º da Lei Anticorrupção, geram tanto a responsabilização objetiva na esfera administrativa quanto na esfera judicial.

Aliás, a Presidente da República vetou o parágrafo 2º do artigo 19 da Lei 12.846/2013, que afirmava que, salvo o perdimento de bens, direitos ou valores decorrentes da infração, as demais sanções judiciais (suspensão ou interdição parcial, dissolução compulsória e proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos) dependiam da comprovação do dolo ou da culpa (responsabilidade subjetiva). Foi acertado o veto presidencial, posto que a responsabilização objetiva da pessoa jurídica pelos atos lesivos à Administração Pública constitui-se o principal avanço da Lei Anticorrupção e a mensuração da culpabilidade da pessoa jurídica, além de não se mostrar pertinente, anularia os progressos alcançados com a nova legislação.

A responsabilização objetiva na esfera administrativa das pessoas jurídicas infratoras pode redundar na aplicação de multa e na publicação extraordinária da decisão condenatória, além da obrigação de reparação integral do dano, após o regular processo administrativo.

Todavia, as demais sanções previstas no artigo 19 da Lei 12.846/2013, isto é, o perdimento dos bens, direitos ou valores que representam vantagem ou proveito, direta ou indiretamente, obtidos da infração, a suspensão ou interdição parcial das atividades, a dissolução compulsória da pessoa jurídica e a proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público não podem ser impostas administrativamente, estando reservadas à via judicial.

Observa-se, contudo, que perdimento de bens, direitos e valores que representam vantagem ou proveito, direta ou indiretamente, obtidos da infração não se confunde com a obrigação de reparação integral dos danos. O perdimento é uma espécie de sanção, que decorre do não reconhecimento dos prejuízos causados pela pessoa jurídica ao patrimônio público.

Por outro lado, é possível que a pessoa jurídica infratora, para poder beneficiar-se de um acordo de leniência (art. 16, par. 3º, da Lei 12.846/2013) ou mesmo espontaneamente, resolva ressarcir aos cofres públicos os prejuízos causados.

Embora não exista previsão expressa, por força da interpretação teleológica do artigo 21 da Lei Anticorrupção, que remete ao rito da Lei 7.347/85, deve ser admitida a elaboração de compromisso de ajustamento de conduta às exigências

denúncia anônima, desde que esta seja seguida de diligências realizadas para averiguar os fatos nela noticiados antes da instauração do inquérito policial. Precedente” (HC 108147, Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 11/12/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-022 DIVULG 31-01-2013 PUBLIC 01-02-2013).

legais (art. 5º, par. 6º, da Lei de Ação Civil Pública), mediante cominações, com eficácia de título executivo extrajudicial, celebrados tanto pelo Ministério Público quanto pelos entes federativos legitimados para o ajuizamento da ação prevista no artigo 19 da Lei 12.846/2013. Tais compromissos de ajustamento de conduta poderão ter como objeto a reparação integral dos danos, sem a necessidade de ajuizamento de ação judicial⁴⁴. Isto torna mais rápido o ressarcimento dos prejuízos ao erário, porque prescinde do processo judicial, e serve de estímulo às pessoas jurídicas regularizarem a situação perante o erário, para poderem se beneficiar do acordo de leniência (arts. 16-17 da Lei 12.846/2013).

Ademais, *de lege ferenda*, é recomendável que outros meios de colaboração de prova, como a colaboração ou a delação premiada no âmbito criminal, possam ser estendidos para o âmbito civil. Facilitar o desmonte de complexos esquemas de corrupção, por empresas privadas, não deve ser prerrogativa da Administração Pública, quando da celebração de acordo de leniência, mas também ser objeto de disciplina, no âmbito das investigações civis do Ministério Público, ressalvado o controle judicial, para evitar discrepâncias.

Todavia, se durante a persecução penal, forem realizadas delações ou colaborações premiadas, ou, ainda, acordos de leniência, os elementos informativos obtidos poderão ser emprestados para o inquérito civil⁴⁵ e, depois, transportados

⁴⁴ Adotando esse posicionamento, inclusive em relação aos atos de improbidade administrativa, apesar da redação do artigo 17, par. 1º, da Lei 8.429/92, que veda a transação nas ações que versam sobre tais atos, corretamente leciona Ana Luiza de Andrade Nery, primando pela solução extrajudicial da reparação dos danos: "(...) tem-se que o compromisso de ajustamento de conduta deve abarcar, prioritariamente, a recomposição do bem jurídico ao *status quo ante*, isto é, ao estado em que se encontrava antes de ter sofrido o efetivo dano. (...) Se a ação civil pública ajuizada ou passível de ajuizamento versar sobre atos de improbidade administrativa, regida, portanto, pela Lei 8.429/92, há vedação expressa à transação, ao que podemos imaginar ser incabível a celebração de ajustamento de conduta. Contudo, entendemos que a vedação legal de transação alcançaria os direitos protegidos pela Lei de Improbidade Administrativa, de modo que a vedação não se estenderia, por exemplo, à devolução da perda patrimonial sofrida pelo erário, decorrente de ação ou de omissão, dolosa ou culposa, do agente público. Isso porque a lei determina o integral ressarcimento do dano ao erário, o que, em nosso ver, poderia ser realizado por meio de compromisso de ajustamento de conduta. Assim, se o agente público que sofre ação civil pública ou contra si tem instaurado procedimento administrativo para investigar ato de improbidade administrativa, quer devolver o *quantum* relativo à perda do patrimônio público que sua conduta gerou, a vedação do art. 17 da Lei 8.429/92 não impede que a controvérsia seja solucionada mediante celebração de compromisso de ajustamento de conduta, pelo qual se poderia negociar a forma de devolução dessa quantia ao erário" (Compromisso de ajustamento de conduta. Teoria e análise de casos práticos. São Paulo: RT, 2010. p. 190-191).

⁴⁵ *Mutatis mutandis*, essa é a orientação do Supremo Tribunal Federal, em relação ao empréstimo de prova obtida em investigação criminal, para a sua utilização em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas: "PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra os mesmos servidores. Admissibilidade. Resposta afirmativa à questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal nº 9.296/96. Voto vencido. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos" (Inq 2424 QO, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 25/04/2007, DJe-087 DIVULG 23-08-2007 PUBLIC 24-08-2007 DJ 24-08-2007 PP-00055 EMENT VOL-02286-01 PP-00109 RTJ VOL-00205-02 PP-00638). No mesmo sentido, é a reiterada jurisprudência

para a ação civil pública. Tais elementos não servirão como provas unilaterais, mas se sujeitarão ao crivo do contraditório e da ampla defesa, inerentes ao devido processo legal (judicial), quando então constituem prova para eventual condenação das pessoas jurídicas, nos limites da persuasão motivada do juiz (art. 131/CPC).

Tanto o Ministério Público quanto os entes federativos poderão ajuizar ação para a aplicação das sanções, contidas no artigo 19 da Lei 12.846/2013, às pessoas jurídicas infratoras.

Essa legitimidade *ad causam* é concorrente e disjuntiva, isto é, qualquer um dos legitimados pode propor a ação, sem a autorização do outro, mas o ajuizamento da demanda por um não exclui o ingresso do outro no processo.

O Ministério Público, quando não tiver ajuizado a ação civil pública, atuará, obrigatoriamente, como fiscal da lei (art. 5º, par. 1º, da Lei 7.347/85), sob pena de nulidade (arts. 84 e 246 do CPC).

Por outro lado, quando o Ministério Público tiver ajuizado a ação, poderá o ente federativo legitimado habilitar-se como litisconsorte (art. 5º, par. 2º, da Lei 7.347/85).

O artigo 21 da Lei 12.846/85, ao submeter o procedimento da ação de responsabilização objetiva da pessoa jurídica ao procedimento da Lei 7.347/85, permitiu que técnicas processuais inerentes ao processo coletivo sejam aplicadas no combate à corrupção.

Vale destacar o artigo 2º da Lei 7.347/85 que traz regra de competência funcional absoluta, obrigando a propositura da ação no foro do local, onde aconteça ou deva ocorrer o dano. Ainda, torna prevento o juízo para processar e julgar as ações posteriores que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto. Assim, ação civil pública de improbidade administrativa deverá ser analisada pelo mesmo órgão judicial que recebeu a ação de responsabilização objetiva da pessoa jurídica, o que torna mais fácil e rápida a compreensão dos fatos e, consequentemente, o julgamento da causa.

Não obstante o artigo 292, par. 1º, do Código de Processo Civil afirmar que, para se admitir a cumulação de pedidos, é necessário o procedimento seja adequado a todos os pedidos, e que o artigo 17, par. 7º, da Lei 8.429/92 exige a defesa preliminar antes do recebimento da petição inicial, o Superior Tribunal de Justiça tem admitido o cúmulo dos pedidos de ressarcimento dos danos ao erário com as demais sanções contidas no artigo 12 da Lei 8.429/92, considerando que, prescritas estas sanções aplicáveis aos atos de improbidade administrativa, o processo pode prosseguir para o ressarcimento dos danos causados ao erário⁴⁶.

do Superior Tribunal de Justiça: RMS 33.628/PE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/04/2013, DJe 12/04/2013; MS 14.140/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/09/2012, DJe 08/11/2012; MS 15.787/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/05/2012, DJe 06/08/2012. Quanto a comunicabilidade entre o juízo cível e o penal, para fins de empréstimo da prova, conferir: STJ, REsp 678.143/MG, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 30/04/2013.

⁴⁶ STJ, REsp 1331203/DF, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/03/2013, DJe

Nesse raciocínio, não parece inadequado admitir o cúmulo da ação civil pública de improbidade administrativa com a ação civil pública de responsabilização objetiva da pessoa jurídica, pelos atos praticados na Lei 12.846/2013, pois, ainda que tal lei não verse apenas sobre a obrigação de reparação integral dos danos ao erário público, está sujeito ao procedimento da lei de ação civil pública (art. 21). Nessa hipótese de cúmulo de ações, contudo, para não ser minimizada a garantia da defesa preliminar, há de ser respeitado, na fase inicial do procedimento, as regras contidas no artigo 17, par. 7º, 8º e 9º da Lei 8.429/92.

Outras vantagens processuais da aplicação da Lei 7.347/85 à Lei 12.846/2013 são a concessão de liminar, sem a oitiva da parte contrária (*inaudita altera pars*), para tutelar a situação de urgência (art. 12 da Lei 7.347/85), a desnecessidade do recurso de apelação sujeitar-se ao efeito suspensivo do artigo 520 do Código de Processo Civil (art. 14 da Lei 7.347/85), a coisa julgada ser *erga omnes* (art. 16 da Lei 7.347/85), o Ministério Público estar isento do adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer despesas, nem sujeito aos ônus da sucumbência, salvo comprovada má-fé (art. 18 da Lei 7.347/85) ⁴⁷, além de ser aplicável as disposições processuais constantes do Código de Defesa do Consumidor (art. 21 da Lei 7.347/85).

Além disso, o artigo 19, par. 4º, da Lei 12.846/2013 assegura, ao Ministério Público e também à advocacia pública ou órgão de representação judicial, ou equivalente, a possibilidade de ajuizar medida cautelar de indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado. Esta redação é melhor do que a constante no artigo 7º da Lei 8.429/92, a qual afirma que, quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado, pois permite que os órgãos da advocacia pública ou equivalente, sem perda de tempo, tomem as medidas judiciais necessárias para assegurar a reparação integral dos danos ao patrimônio público.

É importante observar que, para a concessão da medida judicial de indisponibilidade dos bens, a exemplo da exegese do artigo 7º da Lei 8.429/92, basta a existência de fortes indícios da prática dos atos contrários à Administração Pública, contemplados pela Lei 12.846/2013 (*fumus boni iuris*). Com efeito, é dispensável a prova da dilapidação patrimonial ou da sua iminência, pois o *periculum in mora* não decorre da intenção do agente de dissipar seu patrimônio, sendo inerente (implícito) a gravidade dos fatos e dos potenciais prejuízos causados ao erário público, que atinge toda a coletividade⁴⁸.

11/04/2013; REsp 1218202/MG, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/08/2012, DJe 28/09/2012; REsp 1089492/RO, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/11/2010, DJe 18/11/2010.

⁴⁷ STJ, REsp 1177597/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/11/2010, DJe 02/12/2010; REsp 733.456/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/02/2010, DJe 29/04/2011; REsp 981.949/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/02/2010, DJe 15/08/2011; REsp 1065401/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 21/08/2009.

⁴⁸ STJ, REsp 1308865/PA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/06/2013, DJe

Por força do artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) e do artigo 21 da Lei de Ação Civil Pública, aplicável aos atos da Lei 12.846/2003, nos termos do artigo 21, o Ministério Público poderá ajuizar todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela do patrimônio público. Nesse sentido, por exemplo, se a autoridade administrativa não tiver suspenso administrativamente os efeitos do ato objeto de investigação (art. 10, par. 2º, da Lei 12.846/2013) ou com a intervenção judicial, caberá ao Ministério Público ajuizar ação cautelar⁴⁹ para suprir tal omissão, até o ingresso da ação civil pública ou tomar as medidas de urgência, junto ou no curso desta ação, a fim de que a pessoa jurídica não continue a se beneficiar com os atos contrários à Administração Pública.

5. Conclusões

O enorme desvio de recursos públicos, pela prática de atos de corrupção, exigia, na esteira de Tratados e Convenções Internacionais assinados pelo Brasil, a elaboração de legislação que permitisse a aplicação de sanções rigorosas às pessoas jurídicas que, independentemente de seus dirigentes ou administradores, se beneficiavam, direta ou indiretamente, do dinheiro público.

A Lei 12.846/2013, ao disciplinar a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas, tanto na esfera administrativa quanto na judicial, trouxe avanços importantes para o combate à corrupção no Brasil.

A nova Lei Anticorrupção reforça o papel do Ministério Público como agente de proteção do patrimônio público. Por isso, para que a defesa desse interesse difuso seja mais eficiente, a Lei 12.846/2013 deve ser interpretada no sentido de dar *maior efetividade* ao combate da corrupção no país.

Assim, o artigo 25 da Lei 12.846/2013 deve ser analisado à luz do artigo 37, par. 5º, da Constituição Federal, não podendo ser aplicado para impedir a reparação integral dos danos causados pelas pessoas jurídicas infratoras, devendo a prescrição quinquenal incidir apenas sobre as demais sanções contidas no artigo 19 da Lei Anticorrupção.

A Lei 12.846/2013 deve ser interpretada sistematicamente com as Leis 8.429/92 e 8.666/93, e as demais regras que versem sobre licitações e contratos administrativos, podendo a pessoa jurídica ficar sujeita, no que couber, às sanções previstas nos artigos 12 da Lei de Improbidade Administrativa, 86-88 da Lei de Licitações e 47 da Lei 12.462/2013, embora a harmonização das sanções deva respeitar o critério adotado em cada legislação sobre a responsabilização objetiva ou subjetiva.

25/06/2013; AgRg nos EREsp 1315092/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/05/2013, DJe 07/06/2013; REsp 1167776/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/05/2013, DJe 24/05/2013.

⁴⁹ Sobre as medidas cautelares de proteção ao patrimônio público, consultar, entre outros: MARQUES, Sílvio Antonio. *Improbidade administrativa. Ação civil e cooperação internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 161-180.

Verificada omissão da autoridade administrativa na imposição de sanções administrativas, o Ministério Público deverá ajuizar ação civil pública para promover a responsabilização administrativa integral da pessoa jurídica infratora (interpretação conjunta dos artigos 20 e 30 da Lei 12.846/2013).

O rol dos atos lesivos à Administração Pública, contido no artigo 5º da Lei 12.846/2013, é exemplificativo, devendo tal regra ser interpretada teleologicamente, para punir todo ato, praticado por pessoa jurídica, que atentar contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, ou contra os princípios da Administração Pública, ou, ainda, contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

Não é indispensável a existência de dano efetivo para a responsabilização objetiva da pessoa jurídica, devendo cada hipótese ser analisada à luz do tipo descrito no artigo 5º da Lei 12.846/2013. Além disso, a obtenção, ou não, da vantagem, e a consumação, ou não, da infração são critérios para a aplicação das sanções (arts. 7º, inc. II e III, e 19, par. 4º, da Lei Anticorrupção).

São passíveis de responsabilização civil objetiva as ações das pessoas jurídicas que dificultarem as atividades de investigação ou de fiscalização do Ministério Público, no inquérito civil e na ação civil pública, como a sonegação indevida de informações, a destruição de elementos de provas, a criação de obstáculos ao exame de documentos ou a realização de perícias (exegese do artigo 5º, inc. V, combinado com o artigo 19 da Lei 12.846/2013). Se a pessoa jurídica infratora for condenada em danos morais coletivos, os valores deverão ser revertidos em benefício do próprio Ministério Público (art. 24 da Lei 12.846/2013).

O Ministério Público, apesar de não participar dos acordos de leniência, deve ter acesso aos termos do acordo – ainda que sigilosos – para que possa desenvolver investigações, em conjunto ou em paralelo com os órgãos da administração, verificar a legalidade, a moralidade e a efetividade dos acordos celebrados e, se constatar a omissão das autoridades competentes, ajuizar ação civil pública para promover a integral responsabilização da pessoa jurídica infratora ou, caso os acordos de leniência estiverem em desacordo com o ordenamento jurídico, buscar a sua anulação judicial.

É cabível o compromisso de ajustamento de conduta, por iniciativa do Ministério Público, para a reparação integral dos danos causados pela pessoa jurídica infratora, tornando, para este fim, prescindível o ajuizamento da ação prevista no artigo 19 da Lei 12.846/2013.

O artigo 21 da Lei 12.846/85, ao submeter o procedimento da ação de responsabilização objetiva da pessoa jurídica ao procedimento da Lei 7.347/85, possibilitou o emprego de técnicas processuais diferenciadas no combate à corrupção, como a obrigatoriedade do Ministério Público atuar como fiscal da lei, quando não for parte, sob pena de nulidade, a habilitação do ente público lesado como litisconsorte do Ministério Público, a regra de competência funcional absoluta do foro, onde acontecer ou deva ocorrer o dano, a prevenção do juízo para processar e julgar ações posteriores com a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto, a

possibilidade de ajuizamento de todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela do patrimônio público, a concessão de liminar *inaudita altera pars*, a inexistência da regra do efeito suspensivo às apelações, a coisa julgada *erga omnes* e a isenção do pagamento, pelo Ministério Público, de custas e despesas processuais, salvo comprovada má-fé.

Referências Bibliográficas

ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. *Pressupostos da responsabilidade civil objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000.

ARAUJO, Felipe Dantas. Corrupção e novas concepções de direito punitivo: rumo a um direito de intervenção anticorrupção? *Revista de Direito Internacional*, vol. 8, n.2, jul/dez 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BERTONCINI, Mateus. *Ato de improbidade administrativa: 15 anos da Lei 8.429/92*. São Paulo: RT, 2007.

BERCLAZ, Márcio Soares. *A natureza político-jurídica dos Conselhos Sociais no Brasil: uma leitura a partir da política da libertação e do pluralismo jurídico*. Dissertação de Mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná em 08 de março de 2013.

BOTELHO, Ana Cristina Melo de Pontes. *Corrupção política. Uma patologia social*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

CERQUEIRA, Luís Otávio *et alli*. *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. São Paulo, RT, 2010, p. 59.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007.

FERNANDES, Antonio Scarance; ESSADO, Thiago Cintra Essado, *Corrupção: Aspectos Processuais*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 89, Mar/2011.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa. Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GOULART, Marcelo Pedroso. *Elementos para uma teoria geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2005.

GHIZZO NETO, Affonso. *Corrupção, Estado Democrático de Direito e Educação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética. 2010.

MARQUES, Silvio Antonio. *Improbidade administrativa. Ação civil e cooperação internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo, Malheiros, 2001.

MIRANDA, Gustavo Senna. *Princípio do Juiz Natural e sua Aplicação na Lei de Improbidade Administrativa*. São Paulo: RT, 2006.

MOURA, Angela Giovanini. A atuação do Ministério Público no combate à corrupção: oportunidade de resgate da cidadania. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, vol.12, n.23, jan/jun 2011.

NERY, Ana Luiza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta. Teoria e análise de casos práticos*. São Paulo: RT, 2010.

ORTOLAN, Marcelo Augusto Biehl; ROCHA, Iggor Gomes; REIS, Felipe Andres Pizzato. *Combate à corrupção nas licitações e contratos públicos: questões centrais do Projeto de Lei nº 6.826/2010*. In: GONÇALVES, Guilherme de Salles; GABARDO, Emerson (Coord.). *Direito da Infraestrutura: temas de organização do Estado, serviços públicos e intervenção administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. A corrupção como desvio de recursos públicos (A agressão da corrupção aos direitos humanos). *Revista dos Tribunais*, vol. 820, fevereiro de 2004.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: RT, 2009.

SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 30, 11 de fevereiro de 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2004.

SIMÃO, Calil. *Improbidade administrativa. Teoria e prática*. Leme: J. H. Mizuno, 2011.

SOUZA, Patrícia Verônica Nunes de Carvalho Sobral de. *Corrupção e improbidade. Críticas e controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. São Paulo: Saraiva, 1974.

TREVISAN. Antoninho Marmo; CHIZZOTTI, Antonio; LANHEZ, João Alberto; CHIZZOTTI, José; VERILLO, Josmar. *O combate à corrupção nas prefeituras do Brasil*. São Paulo: Uol, 2003.

O Ministério Público no Processo Civil: Aspectos da Preclusão

Emerson Garcia*

Sumário

1. Aspectos Introdutórios. 2. A Preclusão e os seus Aspectos Estruturais. 3. A Atuação do Ministério Público como Órgão Agente ou Interveniente e a Independência Funcional. Epílogo. Referências Bibliográficas.

1. Aspectos Introdutórios

Referenciais argumentativos pautados na instrumentalidade do processo, na sua razoável duração ou, mesmo, na concepção mais ampla de eficiência da atividade jurisdicional, são simplesmente indissociáveis de qualquer abordagem realizada no âmbito do direito processual. O objetivo, tanto no plano científico como no pragmático, é o de permitir que a relação processual evolua de modo racional, sem percalços ou retrocessos, sempre, como ressaltado por Guasp (1961:26), com *"economia de dinheiro, de tempo e de trabalho"*. Com isso, além do melhor aproveitamento dos recursos humanos e materiais disponíveis, é atribuída a necessária celeridade à relação processual, de modo a assegurar a tutela dos direitos envolvidos com a maior presteza possível. Afinal, na síntese de Rui Barbosa (1988), *"justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta"*.

Existem inúmeros institutos processuais destinados à materialização desses objetivos. Um deles é a *preclusão*. Esse significante foi empregado por Chiovenda (vol. III, 1969: 156), sob inspiração das fontes latinas que tratavam da *poena praeculsi*, com a ressalva de que o direito contemporâneo prescinde da concepção de pena. Trata-se, na síntese do jurista italiano (vol. I, 1969: 372; vol. III, 1969: 156; e 1993: 230 e ss.), da *"perda de uma faculdade processual"*, que decorre da operatividade dos limitadores fixados em lei.¹ O principal desses limitadores,

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

¹ Há quem prefira considerar a preclusão como a perda de um *potere processuale* (Cf. Antonio Gerardo Diana, 2011: 415). Apesar da distinção semântica entre *poder* e *faculdade*, é factível a existência de uma conexão existencial entre ambos. O poder denota a aptidão, a faculdade o *animus* que direciona o seu exercício. Somente tem a faculdade, vale dizer, a capacidade decisória a respeito da prática, ou não, de um ato, quem tem o poder, vale dizer, a aptidão para praticá-lo.

cuja funcionalidade básica é a de assegurar a ordenação e a marcha do processo, consiste na previsão de prazos processuais, que não de ser observados sob pena de perda da faculdade de praticar o ato no âmbito da relação processual. O célebre autor italiano ainda acrescia que a preclusão pode ocorrer em dois momentos distintos, sendo a sentença o marco divisório da sua ocorrência. Antes da sentença, indica a impossibilidade de serem introduzidos novos elementos de cognição, de serem formulados pedidos, apresentadas exceções ou impugnadas decisões. Após a sentença, a preclusão impede a rediscussão da causa, pondo termo às irresignações recursais. A partir daí, tem-se o surgimento da coisa julgada (material), qualidade que, na construção de Liebman (1984: 50 e ss.), orna os efeitos da sentença (*rectius*: declaratórios, constitutivos etc.) e cuja violabilidade, mesmo pela lei, não deve ser admitida, consubstanciando um direito fundamental. Essa construção teórica, como ressaltado por Simonetta Vincere (2010: 202), faz que o exaurimento, por uso ou desuso, dos meios de impugnação ordinária, resulte em estabilidade e irretratabilidade do procedimento, constituindo a essência da *cosa giudicata materiale* que se formará.²

² No direito alemão, a coisa julgada (*Rechtskraft* – ZPO, § 322) é limitada ao “objeto em controvérsia” (*Streitgegenstand*), delimitado pelos limites estabelecidos pelo autor na petição inicial. Não inclui questões preliminares, como a validade de um contrato em uma ação de cobrança, ressalvada a possibilidade de uso da ação declaratória (ZPO, § 256, 2), nem quaisquer questões factuais que tenham servido de base à argumentação do juízo. Esse sistema, como ressaltado por Arthur Taylor Von Mehren (2003: 211-212), adota uma concepção restrita de coisa julgada, com a vantagem de produzir poucas controvérsias sobre os efeitos preclusivos do julgamento. A desvantagem, por sua vez, reside na possibilidade de renovação de demandas com bases fáticas e jurídicas bem similares às anteriores. Sobre a coisa julgada na sentença arbitral (*Schiedsspruch*), vide Wolfgang Bosch, 1991: 35 e ss.; e, no plano das decisões administrativas, vide o clássico Edmund Bernatzik, 1885: 83 e ss. No direito norte-americano, quando o assunto é decidido em um julgamento final de mérito, torna-se precluso de duas maneiras distintas: impede um segundo processo sobre a mesma solicitação (*claim*), denominada preclusão da solicitação (*claim preclusion*), e também preclui a rediscussão das questões de direito ou de fato já decididas e adjudicadas, sendo conhecida, nesse caso, como preclusão da questão (*issue preclusion*). Ambas formam a *res judicata*. A *claim preclusion*, que somente alcança as partes no processo anterior, impede a formulação de requerimentos ou de defesas que foram apresentados ou poderiam ter sido apresentados, tendo por objetivo assegurar a eficiência do sistema. A *issue preclusion*, que pode ser suscitada, em situações específicas, por quem não foi parte no julgamento anterior, alcança as questões tidas como necessárias no referido julgamento, quer sejam centrais, quer não. Enquanto a *claim preclusion* obsta o prosseguimento da segunda causa em sua integralidade, a *issue preclusion* pode produzir esse efeito apenas em relação a algumas de suas partes. Em tempos antigos, com pequenas reminiscências nos dias de hoje, a *res judicata* designava, apenas, a *claim preclusion*. A *issue preclusion*, por sua vez, era designada pelo termo (*collateral*) *estoppel*. Cf. The Oxford Companion to American Law, 2002: 440; Gregory C. Sisk e Michael F. Noone, 2006: 410-411; John B. Oakley e Vikran D. Amar, 2009: 252; e Stephen N. Subrin e Margaret Y. K. Woo, 2006: 259-273. No direito brasileiro, o NCPC, em seu art. 503, *caput*, dispõe que “a decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida”, mas admite, em situações específicas, que a coisa julgada também alcance as questões prejudiciais. O art. 504 acresce que os motivos da sentença e a verdade dos fatos não fazem coisa julgada. Barbosa Moreira (1972: 14 e ss.) há muito observara que as questões de fato e de direito, suscitadas ou suscetíveis à época da relação processual, são alcançadas pela eficácia preclusiva do julgado, sendo consideradas “*implicitamente decididas pela sentença que transita em julgado*”. Nesse sentido, aliás, dispõe o art. 508, *verbis*: “[t]ransitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido”. Por fim, a título de mera curiosidade, não pode passar despercebida a interessante técnica conceitual adotada pelo NCPC em seu art. 337, § 4º: “há coisa julgada quando se repete ação que já foi decidida por decisão transitada em julgado”. Em outras palavras, há coisa julgada quando a decisão anterior fez coisa julgada...

A preclusão, de modo simples e objetivo, assegura a finitude da relação processual, sendo "*detectável de ofício pelo juiz*".³ Não é por outra que se projeta sobre todos os atores dessa relação, dentre os quais está o Ministério Público. Apesar dessa constatação, mais que singela, diga-se de passagem, há uma ordem de considerações, associada às garantias constitucionais asseguradas à Instituição e aos seus membros, que deve ser compreendida com os olhos voltados à segurança e à ordem processual que a preclusão busca assegurar. Essas considerações decorrem do princípio da independência funcional, consagrado no art. 127, § 1º, da Constituição de 1988.

A independência funcional, em seus contornos mais basilares, permite que os membros do Ministério Público atuem livremente, somente rendendo obediência à sua consciência e à ordem jurídica, não estando vinculados ao entendimento externado por outros membros da Instituição ou às recomendações expedidas pelos seus órgãos superiores, em matérias relacionadas ao exercício de suas atribuições institucionais. Essa garantia, em rigor lógico, permite que um membro do Ministério Público divirja, na mesma relação processual, do entendimento exteriorizado pelo seu antecessor. Portanto, é perfeitamente possível que um membro ofereça denúncia pela prática de uma infração penal e membro diverso venha a postular a absolvição ou, mesmo, que um deles postule a absolvição em sede de alegações finais e o outro interponha recurso contra a sentença absolutória.

A questão que se põe é saber se, em algum momento, a independência funcional pode apresentar zonas de tensão com o instituto da preclusão, bem como qual deve ser a melhor maneira de superar situações dessa natureza. É justamente esse o objetivo de nossas breves considerações, que utilizarão como norte o novel Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que cognominaremos de NCPC.

2. A Preclusão e os seus Aspectos Estruturais

A preclusão é instituto de contornos essencialmente processuais, vale dizer, manifesta-se no âmbito de uma relação processual⁴ e pode eventualmente assumir relevância no plano substancial, ao contribuir para o surgimento da coisa julgada material.⁵ A perda ou a extinção da faculdade de praticar um ato processual, como

³ Nicola Picardi, 2010: 298.

⁴ Sobre a distinção existente entre a preclusão e institutos como prescrição, decadência, perempção, contumácia e nulidade, vide Antônio Alberto Alves Barbosa (1992: 115-137).

⁵ No direito francês, Jeuland e Charbonneau (2010: 173 e ss.) consideram prazo de *forclusion*, do latim *exclusio a foro*, como aquele assim qualificado pela lei e que produz o efeito de excluir uma relação jurídica, o que decorre da própria etimologia do vocábulo, que significa "*trancar do lado de fora*". "*Prazo pré-fixado*" (*delais préfixé*), por sua vez, é aquele assim considerado pela doutrina ou pela jurisprudência. Os autores ainda ressaltam as perplexidades que decorrem das tentativas de distinguir esses prazos da *prescription*. Observam, em primeiro lugar, que a pertinência de um prazo à categoria da *forclusion* depende, inicialmente, de previsão legal, daí decorrendo um regime específico. É o que faz o Código Comercial (art. L. 622-24 e R. 622-24), quando impõe ao credor o prazo de dez dias, a contar da publicação da decisão de abertura do processo coletivo, para habilitar o seu crédito. No silêncio do legislador, cabe

ressaltado por Chiovenda (vol. III, 1969: 156), decorre da inobservância da ordem estabelecida em lei para o seu exercício, da incompatibilidade com um ato já praticado ou do fato de o ato já ter sido praticado de determinada maneira,⁶ que indicam, respectivamente, as *preclusões temporal, lógica e consumativa*.

A preclusão temporal tanto pode decorrer da inobservância de um prazo peremptório como da sucessão legal de atos e fatos. Sob essa última ótica, Liebman (1985: 236) ressaltava a *"falta do exercício do direito no momento oportuno, quando a ordem legalmente estabelecida para a sucessão das atividades processuais importar em uma consequência grave"*. Essa última figura, embora se aproxime da preclusão decorrente da fluência de prazos peremptórios, apresenta contornos um pouco distintos, surgindo quando o processo avança para uma fase distinta. Em outras palavras, não decorre propriamente do decurso do tempo, mas, sim, de ato ou fato do processo que marca a superação de fase anterior.⁷

ao juiz identificar a natureza do prazo; o mais comum é que o considere um prazo pré-fixado. Ainda sob a ótica da sistemática de habilitação de crédito, os autores observam que a jurisprudência considera que o prazo de 6 (seis) meses, de que dispõe o credor para pleitear sejam afastados os efeitos da *forclusion* e reconhecida a existência do seu crédito, é um prazo pré-fixado. Em relação à interpretação do Código do Consumidor (art. L. 311-17, antigo art. 27 da Lei nº 78-22, de 10 de janeiro de 1978), a Corte de Cassação considerou que o prazo de 2 (dois) anos para pleitear o pagamento de uma obrigação era um prazo de prescrição e não um prazo pré-fixado, antes que o legislador intervesse para qualificar esse prazo como de *forclusion*, o que foi feito pelas Leis nº 89-421 e 89-1010, que acresceram ao referido preceito a expressão *"à peine de forclusion"*. Apesar disso, a jurisprudência frequentemente o qualifica como um prazo pré-fixado. Em razão dessa visível confusão conceitual, a doutrina tem proposto a supressão da noção de prazo pré-fixado. Vide, por exemplo, A. Bénabent (2007: 1800 e ss.). O instituto, no entanto, não é novo. O Código de Processo Civil de 1806 já o previa. Em seu art. 756 declarava *forclos*, para os credores, a faculdade de impugnar a ordem judicial de colocação provisória de bens caso não o fizessem no prazo de um mês. Em julgado de 4 de janeiro de 1826, a *Cour de Douai* considerou a *forclusion* "uma simples pena procedimental", acrescentando, forte na doutrina de Ferrière e Boutaric, que o seu efeito "é de que o juiz tem a faculdade de julgar o processo tal qual se encontra, sem diminuir em nada o direito das partes" (1826: 238-239). O Novo Código Civil francês não colaborou para a superação desse quadro, dispondo, em seu art. 2.220, que *"les délais de forclusion ne sont pas, sauf dispositions contraires prévues par la loi, régis par le présent titre"*. Em outras palavras, apesar de, a rigor, não pertencerem ao direito substancial, podem vir a ser nele incluídos. Na medida em que os prazos de *forclusion* não permanecem adstritos a uma relação processual, não se identificam com os prazos de preclusão. Em verdade, ora se assemelham, ora se distinguem. Na tentativa de estabelecer uma distinção, observam Jeuland e Charbonneau (2010: 173 e ss.) que os prazos de *forclusion*, diversamente ao que se verifica com a prescrição, regida pelo direito civil, são mais curtos e inalteráveis, ainda que a jurisprudência, vez ou outra, estabeleça exceções a essa regra. Além disso, não se submetem aos caprichos da vontade, como a prescrição. A *forclusion*, portanto, não pode ser afastada por vontade dos interessados. O instituto também é singelamente conceituado como a "perda da faculdade de fazer valer um direito, pela expiração do prazo" (Larousse, 1997: 639).

⁶ A doutrina italiana, de modo geral, não destoa dessa sistematização. Vide: Antonio Gerardo Diana, 2011: 415-416.

⁷ Exemplo dessa última figura é o disposto no art. 329 do NCP, segundo o qual "o autor poderá: I - até a citação, aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, independentemente de consentimento do réu; II - até o saneamento do processo, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, com consentimento do réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de 15 (quinze) dias, facultado o requerimento de prova suplementar". Não há exatamente um prazo para a citação e o saneamento do processo, mas, presentes esses atos processuais, não é dado ao autor praticar atos próprios de uma fase anterior. Galeno Lacerda (1990: 157 e ss.), ainda sob a égide do CPC de 1939, ressaltava, sob a ótica do "despacho saneador", de contornos *ordinatórios*, em que somente interessa ao processo, ou *decisórios*, em que se projeta sobre os planos processual e substancial, que a incidência da preclusão é resultado da confluência dos sistemas romano e germânico. O primeiro, humanitário e prosélito da justiça, permitia que todos os pronunciamentos do juiz no curso da lide, as *interlocuciones*, fossem reapreciados na sentença; o segundo, autômato e formalista, entendia que toda questão

É intuitivo que a preclusão, enquanto exigência sistêmica do próprio direito processual, não demanda previsão expressa, com essa configuração semântica, nas leis que disponham sobre a temática. Trata-se, em verdade, de efeito correlato às ações ou omissões dos atores processuais. O que se mostra imprescindível é a existência de comandos que estabeleçam prazos peremptórios e delimitem fases processuais, daí se obtendo, por mera inferência lógica, a preclusão temporal. No que diz respeito às preclusões lógica e consumativa, sua existência decorre da própria racionalidade do sistema.

A racionalidade, enquanto atributo inerente e indissociável do ser humano, aponta, em seus contornos mais amplos, para a aptidão de conhecer e entender, a partir de relações lógicas, aspectos abstratos ou concretos das ideias universais, objeto de apreciação. Em seus contornos mais estritos, está atrelada a um especial modo de conhecer e entender, que se afeiçoa aos padrões comportamentais adotados em certas esferas da vida humana. Sempre que o comportamento adotado se ajusta a esses padrões, diz-se que ele é racional. No primeiro caso, a racionalidade assume contornos nitidamente instrumentais, viabilizando a obtenção do resultado. No segundo, é vista como atributo do resultado, qualificando-o positivamente. Se o processo possui uma funcionalidade instrumental e a relação processual deve ser, por imperativo constitucional,⁸ célere e finita, a existência da preclusão torna-se racionalmente justificável, estando ínsita na própria estruturação do sistema processual. O sistema processual, como ressaltado por Antonio Alberto Alves Barbosa (1966: 22 e ss.), pode ser estruturado em torno de distintas causas de preclusão, *"mas nunca prescindir do instituto processual em apreço"*.

Em qualquer caso, como ressaltado por Nicola Picardi (2010: 299), a aplicação do instituto da preclusão deve privilegiar os cânones constitucionais da ampla defesa, do contraditório e da razoável duração do processo, instaurado para fazer valer em juízo algum direito. Conclui, acertadamente, que uma interpretação constitucionalmente correta, inspirada na razoabilidade e na economia processual, aconselha que esse instituto, sempre que possível, não seja interpretado de maneira excessivamente rígida.

O NCPC faz menção expressa à preclusão em oito preceitos: (1) art. 63, § 4º – o réu deve alegar a abusividade da cláusula de eleição de foro na contestação; (2) art. 104, *caput* – advogado sem procuração pode ser admitido a postular em juízo para evitar a preclusão; (3) art. 209, § 2º – atos processuais praticados na presença do juiz poderão ser armazenados em meio exclusivamente eletrônico e eventuais contradições na transcrição deverão ser suscitadas, oralmente, no momento da

processual e substancial era decidida por sentença, daí decorrendo uma pluralidade de sentenças na mesma relação processual. Da confluência de ambos, surge o entendimento de que as interlocutórias seriam recorríveis e tornar-se-iam imutáveis, ao menos as *interlocutoriae vim definitivae habentes*. Sobre a eficácia preclusiva da decisão declaratória de saneamento, vide, ainda, José Rogério Cruz e Tucci, 1989: 19 e ss.

⁸ CR/1988, art. 5º, LXXVIII.

realização do ato; (4) art. 278, *caput* – a nulidade deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos; (5) art. 278, parágrafo único – não se aplica a preclusão nas nulidades que o juiz deva decretar de ofício nem quando a parte provar legítimo impedimento; (6) art. 293 – o réu poderá impugnar o valor da causa em preliminar de contestação; (7) art. 507 – é vedado à parte discutir no curso do processo questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão; (8) art. 1009, § 1º – questões apreciadas em decisões não impugnáveis via agravo de instrumento não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação. Como se percebe, as situações jurídicas que mereceram contemplação expressa no NCPD estão afetadas à preclusão temporal.

A preclusão, como se disse, alcança todos os atores do processo, o que, por óbvio, inclui o órgão jurisdicional.⁹ Como estamos perante uma exigência sistêmica, não faria sentido admitirmos a ruptura da racionalidade que deve nortear a relação processual justamente por quem deve conduzi-la a bom termo. Apesar disso, é factível que o órgão jurisdicional não é alcançado pela preclusão da mesma maneira que os demais atores do processo. Afinal, prazos peremptórios, ainda que venham a existir, jamais lhe serão aplicados de maneira idêntica àquela inerente às partes e ao Ministério Público. É igualmente factível que o órgão jurisdicional possa apresentar alterações de entendimento no curso da relação processual ou, mesmo, retratar-se de decisões anteriores, quando o sistema o permita, o que torna sobremaneira difícil que a preclusão lógica se projete sobre ele com todo o seu potencial expansivo.¹⁰ Por fim, a preclusão consumativa necessariamente se torna operativa sempre que o sistema não admita a retratação de uma decisão, o que é típico das situações em que o processo é extinto com a prolação de sentença.¹¹

Na medida em que a preclusão é vista como um instituto inerente à própria sistemática processual, o que exige a sua aplicação a todos os atores do processo, resta verificar se há alguma peculiaridade em relação ao Ministério Público, quer quando atue como órgão agente, quer como órgão interveniente.

⁹ Nesse sentido: Humberto Theodoro Júnior, 2001: 11 e ss. Sobre a preclusão dos poderes do juiz no processo penal, seara em que prepondera a verdade real e a indisponibilidade dos interesses envolvidos, vide Leonardo da Silva Vilhena, 2007: 73 e ss.; e Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini, 2003: 458 e ss.

¹⁰ De acordo com o art. 505 do NCPD: “Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo: I - se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença; II - nos demais casos prescritos em lei”. Humberto Theodoro Júnior (2011: 11 e ss.), ao discorrer sobre os limites da preclusão *pro judicato*, ressalta que a decisão, a respeito de questão relacionada a matéria disponível e que não foi objeto de recurso, não pode ser reformada pelo juiz (v.g.: denegação de requerimento de produção de provas). Em se tratando de matéria indisponível, como as condições para o legítimo exercício do direito de ação e os pressupostos processuais, a decisão poderá ser reexaminada.

¹¹ O NCPD admite que o juiz, em sendo interposto o recurso de apelação, venha a retratar-se da sentença que indeferiu a petição inicial (art. 331, *caput*) ou julgou liminarmente improcedente o pedido (art. 332, § 3º). Também caberá a retratação da sentença que tenha extinto o processo sem resolução do mérito (art. 485, § 7º). Na medida em que umas das causas de extinção do processo sem resolução do mérito é justamente o indeferimento da petição inicial (485, I), é evidente que o art. 331, *caput* não precisaria existir, pois se encontra abrangido pelo comando mais amplo do art. 485, § 7º.

3. A Atuação do Ministério Público como Órgão Agente ou Interveniente e a Independência Funcional

A Constituição de 1988, no § 1º do seu art. 127, enunciou, como *“princípios institucionais do Ministério Público”*, *“a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional”*.¹² A independência orna tanto a Instituição como os seus membros, permeando toda e qualquer atividade de cunho funcional que venha a ser desenvolvida. Trata-se de importante garantia institucional,¹³ que busca assegurar o exercício independente de suas relevantes funções. Representa uma proteção adequada contra as retaliações passíveis de serem sofridas sempre que contrariados os detentores do poder, político ou econômico, os adeptos do tráfico de influência e a criminalidade organizada.

Como já tivemos oportunidade de afirmar, o princípio da independência funcional permite que os membros do Ministério Público atuem livremente. Além disso, impede a sua responsabilização pelos atos praticados no estrito exercício de suas funções. Sua relevância é tamanha que a Constituição de 1988, em seu art. 85, II, considerou crime de responsabilidade do Presidente da República a prática de atos que atentem contra o *livre exercício* do Ministério Público.

Como ressaltado por Alberto Manuel López López (2001: 155), é graças à independência funcional que os membros do Ministério Público *“podem, ao mesmo tempo, estar integrados em uma organização rigidamente hierarquizada e conservar uma ampla margem de liberdade nas decisões jurídicas cotidianas, que não podem ser revistas por seus superiores”*.

De modo correlato à independência funcional, tem-se o princípio da unidade, típico dos modelos, como o francês, em que o Procurador-Geral pode estabelecer comandos que direcionarão a atuação funcional dos integrantes da carreira (Vide Michèle-Laure Rassat, 1967: 83-84). Trata-se, aliás, de princípio inerente aos sistemas hierarquizados. A sua adoção, pela Constituição brasileira, denota o emprego de um modelo híbrido: o Ministério Público é visto como uma instituição única, o que gera reflexos na atuação dos seus membros, que não devem ser concebidos em sua individualidade, mas, sim, como representantes e integrantes de um só organismo. Ainda que os membros do Ministério Público assumam posições divergentes em relação ao mesmo fato, tal, à luz do princípio da independência funcional, em nada afeta a unidade da Instituição (vide Emerson Garcia: 2015: 125-133).

A hibridez do modelo constitucional há de gerar reflexos na seara processual. Assim, ainda que o Ministério Público seja concebido como uma instituição una, fazendo que os pronunciamentos exarados por cada um dos seus representantes sejam reconduzidos a uma origem comum, a independência funcional permite que esses

¹² No mesmo sentido: Lei nº 8.625/1993, art. 1º, parágrafo único; e Lei Complementar nº 75/1993, art. 4º.

¹³ Sobre a *ratio essendi* das garantias institucionais, inseridas no plano dos direitos-garantia, insuscetíveis de supressão via reforma constitucional, vide Paulo Bonavides, 2006: 537.

pronunciamentos sejam divergentes entre si.¹⁴ E os limites dessa divergência são estabelecidos, em primeiro lugar, pelo referencial mais amplo de indisponibilidade do interesse, o que impede a desistência de pretensões, inauguraís ou recursais, postas em momento anterior por outro membro do Ministério Público. Em segundo lugar, atua o instituto da preclusão, isso com algumas peculiaridades dignas de nota. Afinal, o Ministério Público há de ser visto, na relação processual, de maneira bem distinta daquela afeta aos litigantes privados. Ainda que a ordem jurídica assegure a igualdade entre os litigantes, a Instituição é constitucionalmente vocacionada à “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”¹⁵ e, como se disse, não pode dispor dos interesses envolvidos.

A posição processual do Ministério Público tem sido tradicionalmente descrita com o emprego das expressões latinas *dominus litis* e *custos legis*, que indicam, respectivamente, a atuação como órgão agente ou como órgão interveniente. A respeito da primeira expressão, escrevemos¹⁶ que “[a] expressão *dominus litis* significa ‘senhor da lide’, sendo utilizada nas hipóteses em que o Ministério Público ocupa o polo ativo da relação processual, em especial nas lides de natureza penal. Não obstante a literalidade da expressão, a atuação do Ministério Público é, em regra, regida pelos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade, não podendo a Instituição dispor livremente das ações que tenha proposto”. Em relação à segunda, ressaltamos que, “[q]uanto ao designativo *custos legis*, indica ele a função de ‘guardião da lei’, que seria exercida pelo Ministério Público sempre que, em razão da qualidade da parte ou da natureza da matéria, atuasse como órgão interveniente em uma relação processual. Uma vez mais, não deve o operador do direito ficar adstrito à literalidade da expressão latina, pois a função de ‘guardião da lei’ deve ceder espaço a uma atribuição mais ampla: a de guardião da ordem jurídica e do regime democrático. A atuação do Ministério Público deve ser direcionada à consecução das regras e dos princípios inerentes ao sistema, sendo legítimo que, em dado momento, insurja-se contra preceito legal incompatível com as normas de estamento superior em que deveria auferir seu fundamento de validade (v.g.: incompatibilidade entre a lei e a Constituição)”. O NCP, ao dispor sobre a atuação do Ministério Público como órgão interveniente, fez menção, em seu art. 176, à sua condição de “fiscal da ordem jurídica”.

É plenamente possível, na atuação como órgão agente ou interveniente, que haja posicionamentos sucessivos e conflitantes, exarados por membros diversos ou

¹⁴ Alexandre de Castro Coura e Bruno Gomes Borges da Fonseca (2015: 141), em interessante construção teórica, associam os princípios da unidade e da independência funcional, respectivamente, à segurança do Estado de Direito e ao pluralismo típico da democracia. Defendem que a aceitação de posições conflitantes, na mesma relação processual, pressupõe a demonstração de justificativas interna e externa relacionadas às peculiaridades do caso. A existência de justificativas, em verdade, parece figurar como postulado de racionalidade do sistema, direcionando a realização dos juízos de valor por ele autorizados justamente com base na independência funcional. A justificativa, portanto, é móvel, não limitador. Sua ausência, em verdade, denota o arbítrio do pronunciamento ministerial e afasta a própria *ratio essendi* do princípio da independência funcional.

¹⁵ CR/1988, art. 127, *caput*; Lei nº 8.625/1993, art. 1º; e NCP, art. 176.

¹⁶ Emerson Garcia, 2015: 268-269.

pelo mesmo membro do Ministério Público, o que aumentou a importância das reflexões em torno da preclusão.

Principiando a análise pela preclusão temporal, observa-se não existirem maiores dúvidas, em linha de princípio, a respeito da sua incidência sobre os membros do Ministério Público. Afinal, são justamente os prazos processuais que asseguram o caráter finito do processo. O NCPC, em seu art. 178, dispôs que o Ministério Público seria *"intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam: I - interesse público ou social; II - interesse de incapaz; III - litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana"*. O seu parágrafo único ainda acresceu que *"[a] participação da Fazenda Pública não configura, por si só, hipótese de intervenção do Ministério Público"*. Ao atuar como órgão interveniente, *"terá vista dos autos depois das partes, sendo intimado de todos os atos do processo"* e *"poderá produzir provas, requerer as medidas processuais pertinentes e recorrer"*, tal qual dispõe o art. 179 do NCPC.

Ainda sob a ótica dos prazos, o art. 180 do NCPC dispõe que a Instituição *"gozará de prazo em dobro para manifestar-se nos autos, que terá início a partir de sua intimação pessoal"*. De acordo com o § 1º, ao fim desse prazo, *"sem o oferecimento de parecer, o juiz requisitará os autos e dará andamento ao processo"*. Acresça-se que, quando a lei estabelecer prazo específico para o Ministério Público, não haverá, a teor do § 2º, contagem em dobro.

Quando o Ministério Público atua como órgão agente, é intuitivo que tratamentos específicos, distintos daqueles afetos às partes em geral, demandam previsão expressa na ordem jurídica, sem olvidar a necessidade de estarem embasados em argumentos racionalmente demonstráveis, isso sob pena de romperem com qualquer referencial de isonomia. Assim, uma vez transcorrido um prazo processual, a preclusão há de operar-se em toda a sua plenitude.

Já em relação à atuação como órgão interveniente, deve ser devidamente considerada a natureza da atividade desenvolvida pelo Ministério Público. Não que isso autorize a paralisação ou o retroceder da relação processual. Pelo contrário, a relação processual deve continuar comprometida com o objetivo de celeridade, mas o zelo pela juridicidade, sopro anímico da intervenção do Ministério Público, deve permanecer. Por essa razão, entendemos que o órgão jurisdicional deve extrair, do art. 180, § 2º, do NCPC, que trata da requisição dos autos ao fim do prazo de 30 (trinta) dias, um conteúdo normativo compatível com as finalidades que justificam a sua própria existência. E, nesse particular, entendemos que o parecer, encaminhado pelo membro do Ministério Público após o decurso do referido prazo, mas em momento anterior à prática de qualquer ato que inaugure uma fase processual subsequente, deve ser considerado pelo órgão jurisdicional, o que não afasta, obviamente, a possibilidade de serem provocadas as instâncias correccionais da Instituição. E isso por duas razões básicas: (1ª) o trâmite da relação processual não sofrerá qualquer percalço; (2ª) a preeminência da ordem jurídica será fortalecida com a atuação do Ministério Público.

Além dos prazos processuais, o Ministério Público será igualmente alcançado pelo avanço da relação processual, de modo que manifestações extemporâneas não podem fazer que o processo retroaja a fases anteriores.

No que diz respeito à preclusão consumativa, também parece relevante distinguirmos as situações em que o Ministério Público atua como órgão agente ou como órgão interveniente. Tratando-se de órgão agente, não há espaço para maiores divagações. Ajuizada uma ação ou interposto um recurso não há espaço para a sua alteração fora das hipóteses autorizadas pela lei processual (v.g.: alteração da causa de pedir, independentemente do consentimento do réu, antes da estabilização subjetiva da demanda, o que ocorre com a citação – NCPC, art. 329, I). Em se tratando de atuação como órgão interveniente, devem ser separadas as situações em que é identificado o fim de uma fase processual (v.g.: parecer final, com ulterior encaminhamento dos autos ao órgão jurisdicional para a prolação de sentença), daquelas que surgem no curso de uma fase processual (v.g.: promoção do Ministério Público em que requer “*as medidas processuais pertinentes*”, na forma do art. 179 do NCPC). Nesse último caso, cremos que uma promoção pode destoar de outra, ofertada em momento anterior, pelo mesmo membro do Ministério Público ou por membro diverso. As promoções, aliás, são normalmente exaradas durante a fase de instrução, sendo comum que, longe de se excluir, complementem-se.

Por fim, a preclusão lógica, concebida de maneira individualizada e sem qualquer liame com a preclusão consumativa, raramente será aplicada ao Ministério Público. Essa constatação decorre do princípio da independência funcional, que assegura, a cada membro da Instituição, a possibilidade de formular juízos valorativos e de conduzir-se de acordo com eles. Situações dessa natureza têm sido rotineiramente analisadas pelos Tribunais Superiores, que admitem, por exemplo, a possibilidade de um membro do Ministério Público: (a) recorrer de sentença de impronúncia, quando o juiz embasou-se no pronunciamento de outro membro do Ministério Público, que se posicionara nesse sentido;¹⁷ (b) recorrer de sentença homologatória de transação, formulada por outro membro do Ministério Público com base na Lei nº 9.099/1995;¹⁸ (c) recorrer de sentença absolutória quando o seu antecessor, em alegações finais, opinou pela absolvição;¹⁹ e (d) identificar a presença de crime de ação penal pública e oferecer a respectiva denúncia, apesar de o seu antecessor ter entendido que a persecução penal estava condicionada ao oferecimento de representação.²⁰ A nosso ver, situações dessa natureza estão cobertas pela independência funcional, não havendo que se falar em ausência de interesse processual, na hipótese de recurso interposto contra decisão que acolhera pronunciamento de outro membro do Ministério Público.

¹⁷ STF, Pleno, RE nº 590.908 RG/AL, Rel. p/acórdão Min. Marco Aurélio, j. em 03/11/2011, DJe de 11/06/2012.

¹⁸ STJ, 1ª Turma, HC nº 77.041/MG, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 26/05/1998, DJ de 07/08/1998.

¹⁹ STJ, 5ª Turma, HC nº 171.306/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, j. em 20/10/2011, DJe de 04/11/2011.

²⁰ STF, 2ª Turma, RHC nº 66.944/ES, Rel. Min. Djaci Falcão, j. em 18/11/1988, DJ de 02/12/1988.

O Superior Tribunal de Justiça reconheceu, com base no art. 577, parágrafo único, do Código de Processo Penal, a ausência de interesse recursal, por parte do Ministério Público, para impugnar acórdão que concedera *habeas corpus*, impetrado pela própria Instituição, com o objetivo de trancar procedimento investigativo.²¹ Com a vênia devida, cremos que o interesse processual, de estatura infraconstitucional, não pode sobrepor-se ao princípio constitucional da independência funcional. Além disso, a unidade do Ministério Público não se presta a suprimir os juízos de valor realizados por cada membro concebido em sua individualidade. O Tribunal também decidiu que a apresentação de petição, por membro do Ministério Público, na qual declinava a sua renúncia ao direito de recorrer, atraía a preclusão lógica, de modo que o seu sucessor não poderia interpor o recurso cabível por falta de interesse.²² Pelas razões já expostas, o entendimento parece inadequado, isso com a agravante de ter sido reconhecida a possibilidade de o membro do Ministério Público renunciar a uma faculdade processual, de modo a dar por encerrada a respectiva fase processual. Renúncia dessa natureza não é instrumento apto a subtrair da Instituição a integralidade do prazo recursal que lhe pertence, o que pode prestar-se a fins escusos e moralmente reprováveis. Basta pensarmos no membro do Ministério Público que está prestes a iniciar o seu período de férias e renúncia ao prazo recursal para impedir que o seu sucessor venha a recorrer em causa de seu “interesse”.

Epílogo

Tanto a preclusão, enquanto instituto destinado a assegurar a ordem e a celeridade da relação processual, como o Ministério Público, estrutura de poder que deve permanecer ao lado da sociedade e, não raro, insurgir-se contra o próprio poder, hão de ser compreendidos de modo a não serem desvirtuados de suas finalidades existenciais. Para que esse objetivo seja alcançado, devemos lembrar das reflexões de Sartre (1948), quando dizia que “*todos os meios são bons quando são eficazes*”. A preclusão e o Ministério Público não são fins em si mesmos. São meios destinados à realização de fins de indiscutível relevância no ambiente sociopolítico. Compreendê-los, de modo a justificar a sua existência e potencializar os benefícios que trazem consigo, pressupõe o reconhecimento dessa premissa. Posições extremadas, marcadas por preconceitos e pela incapacidade de adaptação aos circunstancialismos do caso concreto, tendem a ser injustas e pouco eficazes.

²¹ 5ª Turma, REsp. nº 1.182.985/PR, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. em 18/06/2013, DJe de 25/06/2013.

²² STJ, 6ª Turma, ED no HC nº 227.658/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 03/05/2012, DJe de 14/05/2012.

Referências Bibliográficas

BARBOSA, Antonio Alberto Alves. Preclusão e Coisa Julgada, in *Revista dos Tribunais* nº 365, p. 22. Março de 1966.

_____. Da Preclusão Processual Civil. 2ª ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1992.

BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1985.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A eficácia preclusiva da coisa julgada material, in *Revista dos Tribunais* nº 441, p. 14, julho de 1972.

BÉNABENT, Alain. *Sept clefs pour une réforme de la prescription extinctive*, in Dalloz, nº 26, p. 1800, 5 de julho de 2007.

BERNATZIK, Edmund. *Rechtsprechung und Materielle Rechtskraft*. Wien: Prinon, 1885.

BOSCH, Wolfgang. *Rechtskraft und Rechtshängigkeit im Schiedsverfahren*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1991.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil (Istituzioni di Diritto Processuale Civile)*, vols. I e III. Trad. de MENEGALE, J. Guimarães. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1969.

_____. *Cosa giudicata e preclusione*, in *Saggi di diritto processuale civile*, vol. III. Milano: Giuffrè Editore, 1993, p. 230.

CONTI, Carlotta. *La preclusione nel processo penale*. Milano: Giuffrè Editore, 2014.

COURA, Alexandre de Castro; FONSECA, Bruno Gomes Borges da. *Ministério Público Brasileiro entre unidade e independência*. São Paulo: LTR, 2015.

DIANA, Antonio Gerardo. *Il procedimento di cognizione ordinaria*. Itália: Wolters Kluwer, 2011.

FELIX, Robert L. e WHITTEN, Ralph U. *American Conflicts Law: Cases and Materials*. 5. ed. USA: LexisNexis, 2010.

GAMBINERI, Beatrice. *Giudizio di Rinvio e Preclusione di Questioni*. Milano: Giuffrè Editore, 2008.

GARCIA, Emerson. A unidade do Ministério Público: essência, limites e relevância pragmática, in *Boletim de Direito Administrativo* Ano XXVIII, nº 9, p. 1033, set. de 2012.

_____. *Ministério Público. Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

GOMES, Luiz Flávio e BIANCHINI, Alice. Efeitos da Preclusão *Pro Judicato* no Processo Penal, in *Revista dos Tribunais*, vol. 810, p. 458, abril de 2003.

GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*. 2. ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1961.

JEULAND, Emmanuel; CHARBONNEAU, Cyrille. *Realité des Délais de Forclusion (ou Préfix), in Centre de Droit des Obligations et Science en Droit et Economie des Assurances. La Prescription Extinctive. Études de Droit Comparé*. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant S.A., 2010, p. 173.

JURISPRUDENCE GÉNÉRALE DU ROYAUME, en matière civile, commerciale et criminelle. Paris: Bureau de la Jurisprudence Générale ou Jornal des Audiences, 1826.

LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1990.

LAROUSSE. *Dictionnaire Encyclopédique Illustré pour la maîtrise de la langue française, la culture classique et contemporaine*. Paris: Larousse, 1997.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Tradução de BUZAID, Alfredo e AIRES, Benvindo. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. *Manual de Direito Processual Civil (Manuale di Diritto Processuale Civile)*, vol. I. Trad. de DINAMARCO, Cândido Rangel. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

LÓPEZ LÓPEZ, Alberto Manuel. *El Ministerio Fiscal Español. Principios Orgánicos y Funcionales*, Madrid: Editorial Colex, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEHREN, Arthur Taylor Von. *Theory and Practice of Adjudicatory Authority in Private International Law: A Comparative Study of the Doctrine, Policies and Practices of Common and Civil Law Systems. General Course of Private International Law (1966)*. The Hague: Kluwer Law International, 2003.

OAKLEY, John B.; AMAR, Vikram D. *American Civil Procedure: A Guide to Civil Adjudication in US Courts*. The Hague: Kluwer Law International, 2009.

SISK, Gregory C.; NOONE, Michael F. *Litigation with the Federal Government*. USA: The American Law Institute, 2006.

PICARDI, Nicola. *Manuale del Processo Civile*. Milano: Giuffrè Editore, 2010.

RASSAT, Michèle-Laure. *Le Ministère Public entre son Passé et son Avenir*. Paris: L.G.D.J., 1967.

SARTRE, Jean Paul. *Les Mains Sales. Piece en Sept Tableaux*. Paris: Galliard Press, 1948.

SUBRIN, Stephen N.; WOO, Margaret Y. K. *Litigation in America. Civil Procedure in Context*. New York: Aspen Publishers, 2006.

THE OXFORD COMPANION TO AMERICAN LAW. Organizado por HALL, Kermit L. New York: Oxford University Press, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A Preclusão no Processo Civil, *in Revista dos Tribunais*, vol. 784, p. 11, fevereiro de 2001.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Sobre a Eficácia Preclusiva da Decisão Declaratória de Saneamento, *in Revista dos Tribunais*, vol. 640, p. 19, fevereiro de 1989.

VILHENA, Leonardo da Silva. *Preclusão para o Juiz no Processo Penal*. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

VINCRE, Simonetta. *Profili delle controversie sulla distribuzione del ricavato (art. 512 C.P.C.)*. Italia: Wolters Kluwer, 2010.

VOLPINO, Diego. *L'oggetto del giudicato nell'esperienza americana*. Itália: Wolters Kluwer, 2007.

Fonte Normativa da Legitimação Extraordinária no Novo Código de Processo Civil: a Legitimação Extraordinária de Origem Negocial¹

Fredie Didier Jr.*

Sumário

1. Conceito de Legitimação Extraordinária. 2. Fonte Normativa da Legitimação Extraordinária. 3. Legitimação Extraordinária Ativa de Origem Negocial. 4. Legitimação Extraordinária Passiva de Origem Negocial. 5. O Chamamento à Autoria como Exemplo Histórico de Legitimação Extraordinária de Origem Negocial. 6. Legitimação Extraordinária de Origem Negocial e Pendência do Processo.

Resumo

Este ensaio tem por objetivo defender que o projeto de novo CPC permitirá que, por um negócio jurídico, se atribua legitimação extraordinária.

Abstract

This paper aims to demonstrate that the new Civil Procedure Code allows the rules of standing to be extended through an agreement.

Palavras-chave

Legitimação extraordinária. Negócio jurídico.

Keywords

Extension of standing. Private agreement.

* Livre-docente (USP), Pós-doutorado (Universidade de Lisboa), Doutor (PUC/SP) e Mestre (UFBA). Professor-associado de Direito Processual Civil da Universidade Federal da Bahia. Diretor Acadêmico da Faculdade Baiana de Direito. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual, do Instituto Ibero-americano de Direito Processual, da Associação Internacional de Direito Processual e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo. Advogado e consultor jurídico. www.frediedidier.com.br. facebook.com/FredieDidierJr.

¹ Publicado na Revista de Processo, São Paulo, RT, 2014, n. 232.

1. Conceito de Legitimação Extraordinária

A principal classificação da legitimação *ad causam* é a que a divide em *legitimação ordinária* e *legitimação extraordinária*. Trata-se de classificação que se baseia na relação entre o legitimado e o objeto litigioso do processo.

Há legitimação ordinária quando houver correspondência entre a situação legitimante e as situações jurídicas submetidas à apreciação do magistrado. “Coincidem as figuras das partes com os polos da relação jurídica, material ou processual, real ou apenas afirmada, retratada no pedido inicial”.² Legitimado ordinário é aquele que defende em juízo interesse próprio. “A regra geral da legitimidade somente poderia residir na correspondência dos figurantes do processo com os sujeitos da lide”.³

Há *legitimação extraordinária* (legitimação anômala ou substituição processual) quando não houver correspondência total entre a situação legitimante e as situações jurídicas submetidas à apreciação do magistrado. *Legitimado extraordinário é aquele que defende em nome próprio interesse de outro sujeito de direito*.

É possível que, nestes casos, o objeto litigioso *também* lhe diga respeito, quando então o legitimado reunirá as situações jurídicas de legitimado ordinário (defende direito *também* seu) e extraordinário (defende direito *também* de outro);⁴ é o que acontece, p. ex., com os condôminos, na ação reivindicatória da coisa comum, art. 1.314 do Código Civil. Enfim, na legitimação extraordinária confere-se a alguém o poder de conduzir processo que versa sobre direito do qual não é titular ou do qual não é titular exclusivo.

Há legitimação extraordinária *autônoma* quando o legitimado extraordinário está autorizado a conduzir o processo independentemente da participação do titular do direito litigioso. “O contraditório tem-se como regularmente instaurado com a só presença, no processo, do legitimado extraordinário”.⁵ É o caso da administradora de consórcio, que é substituta processual do grupo de consórcio (sociedade não personificada), nos termos do art. 3º da Lei n. 11.795/2008.

2. Fonte Normativa da Legitimação Extraordinária

A legitimação extraordinária deve ser encarada como algo excepcional e deve decorrer de autorização do *ordenamento jurídico*, conforme prevê o art. 18 do novo CPC brasileiro – não mais da “lei” como exige o art. 6º do CPC-73⁶.

² ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1979, p. 117.

³ ASSIS, Araken de. “Substituição processual”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2003, n. 09, p. 12.

⁴ ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, p. 119-120.

⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária”. Em: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 1969, n. 404, p. 10.

⁶ Art. 6º, CPC/1973: “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

O NCPC adotou a lição de Arruda Alvim⁷, Barbosa Moreira e ⁸ Hermes Zaneti Jr.⁹ segundo os quais seria possível a atribuição de *legitimação extraordinária* sem previsão expressa na lei, desde que seja possível identificá-la no *ordenamento jurídico*, visto como sistema. A inspiração legislativa é clara.

Há inúmeros exemplos de legitimação extraordinária que decorre da lei: i) legitimação para as ações coletivas (art. 5º da Lei n. 7.347/1985; art. 82 do CDC); ii) legitimação para a propositura das ações de controle concentrado de constitucionalidade (art. 103, CF/1988); iii) legitimação para impetração do mandado de segurança do terceiro titular de direito líquido e certo que depende do exercício do direito por outrem (art. 3º, Lei n. 12.016/2009); iv) legitimação do *denunciado à lide* para defender os interesses do denunciante em relação ao adversário comum (arts. 127-128, NCPC); v) *legitimação* do Ministério Público para o ajuizamento de ação de investigação de paternidade (art. 2º, §4º, Lei n. 8.560/1992); vi) legitimação do capitão do navio para pedir arresto, para garantir pagamento do frete (art. 527 do Código Comercial); vii) legitimação do credor e do Ministério Público para propor ação revocatória falimentar – substituem a massa falida (art. 132 da Lei n. 11.101/2005); viii) legitimação para impetração do *habeas corpus* (art. 654 do Código de Processo Penal); ix) legitimação do representante da entidade onde está abrigado o interditando para a ação de interdição (art. 746, III, NCPC); x) credor solidário para a ação de cobrança ou de execução da obrigação solidária (art. 267 do Código Civil) etc.

Sob a vigência do CPC/1973, é pacífico o entendimento de que não se admite *legitimação extraordinária negocial*:¹⁰ por um negócio jurídico, não se poderia atribuir a alguém a legitimação para defender interesses de outrem em juízo. Isso porque o art. 6º do CPC/1973 reputa a lei, e apenas ela, a fonte normativa de legitimação extraordinária.

O art. 18 do NCPC exige, para atribuição da legitimação extraordinária, autorização do “ordenamento jurídico”, e não mais da lei. Além disso, o art. 189 do NCPC consagrou a atipicidade da negociação processual – o tema foi tratado no capítulo sobre a teoria dos fatos jurídicos processuais. *Negócio jurídico* é fonte de norma jurídica, que, por isso mesmo, também compõe o *ordenamento jurídico*¹¹. *Negócio jurídico pode ser fonte normativa da legitimação extraordinária*.

⁷ *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 1975, vol. 1, p. 426. Nesse sentido, também, NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa. *Código de Processo Civil comentado*. 11. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 190.

⁸ “Notas sobre o problema da efetividade do processo”. *Temas de Direito Processual Civil – terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 33, nota 7.

⁹ ZANETI Jr., Hermes. “A legitimação conglobante nas ações coletivas: a substituição processual decorrente do ordenamento jurídico”. In: Araken de Assis; Eduardo Arruda Alvim; Nelson Nery Jr.; Rodrigo Mazzei; Teresa Arruda Alvim Wambier; Thereza Alvim (Coord.). *Direito Civil e processo: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 859-866.

¹⁰ NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa. *Código de Processo Civil comentado*. 11. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 190; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2008, p. 101.

¹¹ Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. João Baptista Machado (trad.). 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 284-290; PEDROSO, Antonio Carlos de Campos. *Normas jurídicas individualizadas – teoria e aplicação*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 21-24; 35-43.

Este negócio jurídico é processual, pois atribui a alguém o poder de conduzir validamente um processo.

Não há, assim, qualquer obstáculo *a priori* para a *legitimação extraordinária de origem negocial*. E, assim sendo, o direito processual civil brasileiro passará a permitir a *legitimação extraordinária atípica*, de origem negocial.

Mas é preciso fazer algumas considerações.

Em primeiro lugar, a solução do problema é diversa, se se tratar de *legitimação extraordinária ativa* ou *passiva*.

3. Legitimação Extraordinária Ativa de Origem Negocial

A negociação sobre *legitimação extraordinária ativa* é mais simples e não exige nenhum outro requisito, além dos exigidos para os negócios processuais em geral.

A negociação pode ser para *transferir* ao terceiro a *legitimidade* ou apenas para *estender* a ele essa *legitimidade*.

É possível a *ampliação da legitimação ativa*, permitindo que terceiro *também* tenha *legitimidade* para defender, em juízo, direito alheio. Cria-se, aqui, uma *legitimação extraordinária concorrente*.

É possível, também, negociação para *transferir a legitimidade ad causam* para um terceiro, sem transferir o próprio direito, permitindo que esse terceiro possa ir a juízo, em nome próprio, defender direito alheio – pertencente àquele que lhe atribui negocialmente a *legitimação extraordinária*. Nesse caso, teremos uma *legitimação extraordinária exclusiva decorrente de um negócio jurídico*: somente esse terceiro poderia propor a demanda. Não há óbice algum: se o titular do direito pode transferir o próprio direito ao terceiro (“pode o mais”), pode transferir apenas a *legitimidade ad causam*, que é uma situação jurídica que lhe pertence (“pode o menos”).

Essa transferência implica verdadeira renúncia dessa posição jurídica, por isso há de ser interpretada restritivamente (art. 114 do Código Civil). Assim, no silêncio, o negócio há de ser interpretado como se o sujeito apenas quisesse *estender* a *legitimação ativa*, e não transferi-la.

A negociação assumirá nuances diversas, se se tratar de *legitimação* para a defesa de *direito relativo* (sujeito passivo determinado; direito de crédito, por exemplo) ou para a defesa de *direito absoluto* (sujeito passivo indeterminado; propriedade intelectual, por exemplo).

No primeiro caso, é razoável aplicar, por analogia, algumas regras sobre a cessão de crédito (arts. 286-296, Código Civil). Não apenas pelo *dever de informar*, dever anexo decorrente do princípio da boa-fé contratual. Em certa medida, a transferência da *legitimidade* para cobrar a prestação devida é uma transformação do conteúdo de um contrato: fez-se o negócio com a informação de que *determinada* pessoa, e apenas ela, iria a juízo discutir eventual inadimplemento.

Assim, a atribuição negocial de legitimação extraordinária é ineficaz em relação ao futuro réu, se este não for notificado; “mas por notificado se tem o devedor que, em escrito público ou particular, se declarou ciente da cessão feita” (art. 290 do Código Civil, aplicado por analogia). Aceita-se, ainda, qualquer meio de prova da notificação¹²; o que o art. 290 do Código Civil faz é presumi-la nesses casos. Demais disso, todas as defesas que o réu poderia opor ao *legitimado ordinário* poderá opor ao legitimado extraordinário negocial (art. 294 do Código Civil, aplicado por analogia)¹³. O futuro réu tem o direito de ser cientificado do negócio, embora não faça parte dele nem precise autorizá-lo.

No caso de legitimação extraordinária para *direitos absolutos*, não há qualquer necessidade de notificação do futuro réu, que, de resto, é desconhecido, pois será aquele que vier a praticar o ilícito extracontratual. O réu não faz parte do negócio processual e nem precisa dele tomar ciência. Até porque não se sabe quem será o réu. Aquele que violar o direito absoluto poderá ser demandado por quem tenha legitimação para tanto, ordinária ou extraordinária.

Um exemplo pode ajudar. Imagine uma negociação empresarial em que uma sociedade transfere para outra sociedade a totalidade da sua participação societária em uma terceira sociedade (objeto do negócio). Mas não há transferência da titularidade das patentes de que essa terceira sociedade (objeto do negócio) era proprietária. Embora não transfira a propriedade das patentes, a vendedora atribui à compradora a legitimidade de defender essas patentes em juízo. *Legitimação extraordinária*, portanto: a empresa compradora defenderá em juízo as patentes da empresa vendedora¹⁴.

Outro exemplo. Nos Juizados Especiais, o comparecimento do autor, à audiência de conciliação, é obrigatório; se o autor não comparecer, o processo é extinto sem exame do mérito (art. 51, I, Lei n. 9.099/1995). Há pessoas que têm sérias dificuldades de comparecer à audiência de conciliação, mas são obrigadas a isso. Basta pensar em pessoas idosas, ou muito doentes, ou com dificuldades de locomoção, ou cuja profissão exige viagens constantes etc. É comum que pessoas muito doentes se valham dos Juizados para obter providência de urgência relacionada ao direito à saúde; ela está acamada e não tem como comparecer à audiência; muitas vezes a solução é simplesmente adiar *sine die* a realização da audiência, tudo para cumprir o disposto na Lei dos Juizados, que, nesse aspecto, dificulta o acesso à justiça. *Pois a legitimação extraordinária negocial resolveria esse problema:* o legitimado extraordinário não só compareceria à audiência, como autor, como também conduziria todo o restante do processo.

¹² Como bem apontou Antonio do Passo Cabral, em conversa travada com o autor.

¹³ Art. 294 do Código Civil: “O devedor pode opor ao cessionário as exceções que lhe competirem, bem como as que, no momento em que veio a ter conhecimento da cessão, tinha contra o cedente”.

¹⁴ Ao que parece, foi isso o que aconteceu na venda da Motorola pelo Google à Lenovo: Google ficou com as patentes da Motorola, mas permitiu que a Lenovo, que passaria a ser dona da Motorola, pudesse defendê-las em juízo (<http://oglobo.globo.com/sociedade/tecnologia/google-apple-o-resto-11495305?topico=pedro-doria>.)

É importante lembrar: o negócio é para a transferência de legitimação *ad causam* ativa. Não se cuida de *transferência do direito* – não se trata, portanto, de *cessão de crédito*. Não há transferência da situação jurídica material, enfim.

4. Legitimação Extraordinária Passiva de Origem Negocial

Bem diferente é a atribuição negocial de legitimação extraordinária passiva.

Não pode o futuro réu *transferir* sua legitimação passiva a um terceiro. Ou seja, não pode o réu, permanecendo titular de uma situação jurídica passiva (um dever obrigacional, por exemplo), atribuir a um terceiro a legitimação para defender seus interesses em juízo. Seria uma espécie de *fuga* do processo, ilícita por prejudicar o titular da situação jurídica ativa (o futuro autor). *Não se admite que alguém disponha de uma situação jurídica passiva por simples manifestação de sua vontade.*

Nada impede, porém, que o futuro autor participe desse negócio processual e concorde com a atribuição de legitimação extraordinária passiva a um terceiro. Preenchidos os requisitos gerais da negociação processual, não se vislumbra qualquer problema: o sujeito concordou em demandar contra esse terceiro, que defenderá em juízo interesses de alguém que concordou em lhe atribuir essa legitimação extraordinária. Aplica-se aqui, por analogia, a regra da assunção de dívida, permitida com a concordância expressa do credor (art. 299 do Código Civil)¹⁵.

Pode o futuro réu, no entanto, *ampliar* a legitimação passiva, atribuindo a terceiro legitimação extraordinária para defender seus interesses em juízo. Nesse caso, não há qualquer prejuízo para o autor, que nem precisa ser notificado dessa negociação. Isso porque, havendo *legitimação passiva concorrente*, escolherá o autor contra quem quer demandar. A ampliação dos legitimados passivos somente beneficia o autor. A notificação do futuro autor é, na verdade, um ônus do futuro réu: é do seu interesse que o futuro autor saiba que pode propor a demanda contra uma terceira pessoa.

Um exemplo. Pode o locador atribuir à administradora do imóvel, com quem mantém contrato, a legitimação extraordinária para também poder ser ré em ação de revisão do valor dos alugueres ou de ação renovatória.

A ampliação da legitimação passiva, com a atribuição de legitimação extraordinária a um terceiro, não permite que qualquer dos possíveis réus, uma vez demandado, *chame ao processo* (arts. 130-132, CPC) o outro legitimado. Há, aqui, apenas colegitimação; não há, nesse caso, solidariedade passiva na obrigação discutida.

É importante lembrar: o negócio é para *ampliação* de legitimação *ad causam* passiva. Não se cuida de *transferência da dívida* – não se trata, portanto, de *assunção de dívida*. Não há transferência da situação jurídica material, enfim.

¹⁵ Art. 299 do Código Civil: “É facultado a terceiro assumir a obrigação do devedor, com o consentimento expresso do credor, ficando exonerado o devedor primitivo, salvo se aquele, ao tempo da assunção, era insolvente e o credor o ignorava”.

Nada impede que os contratantes insiram no contrato cláusula que vede a transferência ou ampliação da legitimação *ad causam*.

5. O Chamamento à Autoria como Exemplo Histórico de Legitimação Extraordinária de Origem Negocial

Legitimação extraordinária negocial não é novidade em nossa história.

No CPC/1939 havia uma hipótese *típica* de negócio processual, em que se atribuía a alguém a legitimação extraordinária para a defesa de direito de outrem em juízo. Isso acontecia no *chamamento à autoria*. Uma parte convocava um terceiro para sucedê-la em juízo; se esse terceiro aceitasse essa provocação, haveria sucessão processual: eis o negócio processual.

O *chamamento à autoria* era espécie de intervenção de terceiro que existia à época. A parte chamava o terceiro que lhe havia transferido a coisa ou o direito real, que era objeto do processo; se esse *terceiro-chamado* aceitasse o chamamento, assumiria a causa, no lugar do *chamante*, para defender os interesses deste em juízo. O chamamento à autoria poderia redundar, então, em uma sucessão processual, com a troca de sujeitos do processo, transformando-se o terceiro em parte para a defesa dos interesses da parte que provocou a sua intervenção (art. 95, §1º, e art. 97, CPC/1939)¹⁶.

A situação aí era ainda mais grave, pois, feito o chamamento pelo réu, o autor era *obrigado* a demandar contra o legitimado extraordinário passivo (chamado), caso ele aceitasse o chamamento à autoria (art. 97, *parte inicial*, CPC/1939).

6. Legitimação Extraordinária de Origem Negocial e Pendência do Processo

A atribuição de legitimação extraordinária negocial, durante o processo já instaurado, somente é possível com a concordância de ambas as partes. Isso porque haveria sucessão processual, caso houvesse a mudança negocial do legitimado. Esse fenômeno está regulado pelo art. 109 do NCP, que exige o consentimento de todos.

¹⁶ Art. 95 do CPC/1939: “Aquele que demandar ou contra quem se demandar acerca de coisa ou direito real, poderá chamar à autoria a pessoa de quem houve a coisa ou o direito real, afim de resguardar-se dos riscos da evicção. §1º Se for o autor, notificará o alienante, na instauração do juízo, para assumir a direção da causa e modificar a petição inicial.” Art. 97 do CPC/1939: “Vindo a juízo o denunciado, receberá o processo no estado em que este se achar, e a causa com ele prosseguirá, sendo defeso ao autor litigar com o denunciante”.

A Escolha do Pior Candidato: Rasgando Seu Voto em Três Pedacos e a Constatação Matemática do Fracasso do Voto Plurinominal para Procurador-Geral de Justiça

José Marinho Paulo Junior*

“Da perspectiva de um não matemático, os números só são interessantes quando dão informações sobre o mundo”.

Charles Seife

A escolha do Procurador-Geral de Justiça por voto dos Membros do *Parquet* foi notável avanço institucional; a plurinominalidade do voto significou, em contrapartida, indubitável retrocesso de igual – ou ainda maior – magnitude.

O voto plurinominal nada mais é do que *traíçoeiro lobo em pele de cordeiro*. Ao conceder graciosamente a vantagem de escolha de mais de um candidato, cobrou o preço – altíssimo – de retirar do votante sua própria ordem de preferência. Bem mais: extorquiu abusivamente juro de subverter, em um panorama coletivo, a essência global do voto de cada um e de todos, retirando-lhes o desejo majoritário de escolher o melhor. *A plurinominalidade diz arditamente à maioria “votem em tantos quantos quiserem”, mas omite sua maldosa fala final (“mas não escolham realmente ninguém”).*

E não se trata aqui de se questionar a fragilidade de toda e qualquer lista plurinominal a ser apresentada ao Chefe do Poder Executivo, quando, então, decisões e acordos nada republicanos podem sim ocorrer. Não se verterá uma linha sequer para se jogar mais uma pedra contra isto, quando tantas e tantas já o foram.

Não se pretende aqui fazer uma ode à livre escolha pelo Governador. Bem ao contrário, entende-se que tal escolha deve ser sempre e sempre vinculada ao resultado da eleição interna, cuja clareza quanto ao mais votado depende hoje sim de quem, consciente do poder estratégico de seu voto, não o *rasgue em três pedacos*, escolhendo solidamente quem lhe pareça melhor.

Aqui se cuida, pois, de remarcar a *distorção matemática* que vitimiza votações com tal configuração. *Isto porque, como o voto plurinominal não serve a explicitar o grau de preferência por um ou outro candidato, a combinação de votos nem sempre garante à maioria obter o que a maioria deseja.*

Tal dilema foi percebido no final do século XVIII pelo MARQUÊS DE CONDORCET, estudioso de probabilidades, que observou que, por meio de votação estratégica, poderia ser subvertida a vontade majoritária, quando inexistente grau

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

de preferência. Esta conclusão contraintuitiva foi objeto de profunda pesquisa pelo Professor KENNETH ARROW, laureado com o prêmio Nobel pelo que chamou de *"Teorema da Impossibilidade"*.

Segundo o PARADOXO DE ARROW, quando eleitores possuem três ou mais distintas alternativas, uma votação sem ordem de preferência pode converter subpreferências individuais em preferências primárias coletivas, sem que, de fato, o sejam.

Em um exemplo simplório, se perguntarmos a 10 pessoas qual o sabor preferido de sorvete (morango, chocolate, creme ou abacaxi), dando-lhes a oportunidade de votarem em três sem explicitarem grau de preferência, a votação pode ser subvertida se, mesmo "chocolate" sendo o sabor pelo qual nove sejam loucamente apaixonados (com a exceção de um votante que optasse pelos demais sabores), "morango" poderia vir a ser a escolha majoritária se posto como terceiro por todos, ainda quando assim somente lá estivesse circunstancialmente pela indiferença entre os demais sabores ou quaisquer outros (simplesmente para não deixarem uma opção em branco).

E o mesmo pode ocorrer, por evidente, em eleições plurinominais para Procurador-Geral de Justiça, bastando que eleitores inconsistentemente indiquem mais de um candidato, menosprezando suas próprias ordens de preferência.

MAURO VIVEIROS, Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Mato Grosso, Mestre e Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade Complutense de Madri, sob risco de incompreensões¹, escreveu corajosamente artigo intitulado *"A Ilusão Do 'Primeiro Da Lista'"*, em que igualmente constata a subversão de nossa eleição sem escala de preferências:

"Não é possível transitar de um sistema eleitoral de lista de nomes a outro, de eleição direta por critério majoritário, tratando-se como iguais realidades ontologicamente distintas, fundadas em concepções e fórmulas eletivas muito diversas. Em poucas palavras: não é possível, hoje, identificar o "primeiro da lista" com o candidato de maior representatividade eleitoral. Num sistema eleitoral em que todos os eleitores podem votar em até três nomes, a tendência natural é a do voto múltiplo, ou seja, o eleitor segue a lógica de que, como tem direito de votar em três, quase nunca vota num único candidato. É comum que, mesmo tendo preferência por um nome, acabe votando em mais de um candidato. (...) Nessa fórmula política, ao contrário do que

¹ Lamentavelmente, no âmbito do Ministério Público, em um ambiente supostamente democrático, composto por pessoas esclarecidas, incontáveis debates têm perdido seu norte em acusações mútuas vazias, de ordem menor, substituindo reflexões necessárias por brigas autofágicas sem sentido – o que aqui se registra, se antecipa e se lamenta. Desconhece-se o princípio colaborativo de se separarem os problemas das pessoas, tal como entrevisto por WILLIAM URY e ROGER FISHER, em seu *Getting to Yes*.

ocorre numa eleição majoritária excludente na qual só um dos candidatos pode vencer, assegura-se a coexistência das diversas correntes de opinião que podem se manifestar em votos únicos, duplos ou triplos, no qual não há necessariamente vencedores e vencidos nesse primeiro tempo do jogo eleitoral. Isso ocorre porque em nosso modelo não há vinculação do voto a uma posição específica na lista (1ª, 2ª, 3ª colocação). Tivéssemos esse mecanismo atribuindo pesos distintos aos votos, aí sim, haveria uma disputa direta entre os candidatos; votando o eleitor nos candidatos que quer ver como Procurador-Geral de Justiça em primeira, segunda e terceira opção, haveria pleno conhecimento da sua vontade soberana; a regra de maioria teria, aí, plena adequação porque o eleitor estaria identificando previamente o primeiro, o segundo e o terceiro colocados sem margem a dúvidas. Hoje, como não temos essa vinculação a posições na lista, não há distinção; como não há peso ou grau entre os votos múltiplos, todos mandam o votado para a mesma posição no *ranking* eleitoral. E a consequência disso é, precisamente, que a priori nenhum dos três nomes constantes da lista está em melhores condições em termos de representatividade eleitoral. (...) Assim, a pulverização produzida legitimamente por votos múltiplos – o que nem sempre ocorre por decisão consciente do eleitor, diga-se – pode conduzir a resultados curiosos; a lista tríplice pode vir a ser composta por candidatos com percentuais inferiores a 50% dos votos válidos sem que por isso percam legitimidade e, em alguns extremos, pode-se chegar a indicar como “primeiro da lista” não aquele que se apresenta como “o melhor”, mas aquele que tem menor “resistência”. Afinal, nunca se deve esquecer, o ato de votar é uma decisão política do eleitor, não jurídica!” (Disponível no sítio eletrônico do Ministério Público do Mato Grosso em <https://www.mpmt.mp.br/storage/webdisco/2009/09/24/outros/4eae88a0f37ca92c56f7ebad33c32939> – Consultado em 27.03.2014).

É pura matemática: a opção por 3 nomes, SEM que se garanta ordem preferencial, ENGANA o pueril eleitor que lança seus 3 votos simplesmente por ter 3 votos para lançar².

CHARLES SEIFE, aliás, em seu brilhante *Os números (não) mentem: Como a matemática pode ser usada para enganar você* assim asseverava:

² DAN ARIELY, aliás, em profícuo estudo sobre a motivação de nossas escolhas, bem observa o quão vazias podem ser, quando não nos damos conta de que a inércia de escolher desvirtua a escolha em si. Decisões graves como doação de órgãos muitas vezes são tomadas inconsistentemente por meros preenchimentos – ou não – de lacunas. Vale a leitura do estudo.

“Para os matemáticos, os números são a representação de verdades indubitáveis; para o restante de nós, significam medições intrinsecamente impuras. ESSA INCERTEZA É INEVITÁVEL. Toda unidade representa uma medição implícita. (...) Por trajarem o alvo manto do fato irrefutável, são dotados de um incrível poder. É por isso que as falsidades matemáticas são tão perigosas. É VERDADE: toda medição é imperfeita. Algumas, porém, são mais imperfeitas que as outras. Assim, os números não estão todos igualmente sujeitos a erro. Alguns, baseados em medições extremamente confiáveis e objetivas, chegam bem perto da verdade absoluta. Outros – extraídos de medições não confiáveis, subjetivas ou absurdas – se aproximam da falsidade absoluta. Nem sempre é fácil dizer qual é qual. Em geral, os números verdadeiros se originam de boas medições. Uma boa medição deve ser reproduzível: repita-a duas, dez ou quinhentas vezes: as respostas não podem variar muito. Uma boa medição deve ser também objetiva. Diferentes observadores, usando instrumentos diferentes, devem concordar quanto aos resultados. Medições de tempo ou extensão, por exemplo, são objetivas e reproduzíveis”.

Tenha-se que mesmo a suposta vantagem de se trazerem à mesa mais opções para além daquelas que individualmente elucubramos tem sido alvo de questionamentos à luz do *“paradoxo da escolha”*. Conforme sustentado pelo filósofo ERICH FROMM, em seu *“Escape From Freedom”*, em uma democracia moderna, as pessoas são oprimidas não por escassez de escolhas, mas por sua superabundância.

BARRY SCHWARTZ, neste mesmo sentido, clama por que hoje se chama de *“SIMPLICIDADE VOLUNTÁRIA”* (*“voluntary simplicity”*), cuja pedra angular justamente é a de que atualmente temos escolhas demais e tempo de menos para o que realmente importa – o que leva necessariamente ao repensar sobre as escolhas superabundantes em nossas vidas e o fato de que muitas vezes – como a do voto plurinominal para Procurador-Geral de Justiça – nos fazem mal:

“Autonomy and Freedom of choice are critical to our well-being, and choice is critical to freedom and autonomy. Nonetheless, though modern Americans have more choice than any group of people ever has before, and thus, presumably, more freedom and autonomy, we don’t seem to be benefiting from it psychologically.” (The Paradox of Choice – Why More Is Less. 2004. Harper Perennial)

LHERRER (2012) assim reverbera tal tese:

"Herbert Simon said it best: "A wealth of information creates a poverty of attention" (...) This is a counterintuitive idea. When making decisions, people almost always assume that more information is better (...) but it's important to know the limitations of this approach, which are rooted in the limitations of the brain. The prefrontal cortex can handle only so much information at any one time, so when a person gives too many facts and then asks it to make a decision based on the facts that seem important, that person is asking for trouble. (...) this is the danger of too much information: it can actually interfere with understanding. When the prefrontal cortex is overwhelmed, a person can no longer make sense of the situation. (...) sometimes, more information and analysis can actually constrict thinking, making people understand less about what's really going on". (How We Decide. 2012. Boston: Mariner Books, 2012, p. 159-165).

O jurista MAURO VIVEIROS, com desassombro, conclui em seu artigo acima indicado que "não parece haver coerência, *data venia*, em postular-se que o Governador nomeie o primeiro da lista, se a fórmula política vigente de escolha da lista não contempla normativamente esse critério majoritário" Em sentido diametralmente diverso, há de se consignar entendimento que *a incoerência do sistema de votação não permite a eleitores decisões políticas individuais incoerentes*. Conscientes os membros do *Parquet* da distorção matemática de seu voto plurinominal, a responsabilidade de votar, antes de diminuir sua carga, redobra em seus ombros. Cumpre a cada um tomar sua *decisão informada*. Espera-se do Governador que pura e simplesmente suponha isto haja sido feito e, em coerência, indique sim o mais votado, não sendo falha do sistema carta de alforria de escolha pela classe.

É imperiosa a evolução normativa para que se supere tal nefasta distorção no processo de escolha do melhor candidato. Não há mais tempo ou lugar para votos acéfalos. Em não havendo preferência real entre candidatos, que se deem graças ao voto plurinominal. Entrevista, no entanto, disparidade significativa entre estes, escolher mais de um significa simplesmente adibicar de sua própria ordem de preferência, deixando a escolha do melhor ao acaso dos números.

Em 09 de abril de 2014.

Bibliografia

ARIELY, Dan. *Predictably Irrational – The Hidden Forces that Shape our Decisions*. New York: Harper Perennial, 2012.

ARROW, Kenneth. *Social Choice And Individual Values*. Second Edition. New York: John Wiley & Sons, Inc., 1963.

FROMM, Erich. *Escape From Freedom*. United Kingdom: Farrar and Rinehart, 1941.

LHERRER, John. *How We Decide*. Boston: Mariner Books, 2012.

SCHWARTZ, Barry. *The Paradox of Choice*. New York: HarperCollins, 2004.

SEIFE, Charles. *Os números (não) mentem: Como a matemática pode ser usada para enganar você*. Tradução: Ivan Weisz Kuck. New York: Zahar: 2013.

URY, William; FISHER, Roger. *Getting to Yes: Negotiating Agreement without Giving In*. 2 ed. Penguin Books, 1992.

VIVEIROS, Mauro. *A Ilusão Do 'Primeiro Da Lista'*. Disponível no sítio eletrônico do Ministério Público do Mato Grosso em <https://www.mpmt.mp.br//storage/webdisco/2009/09/24/outros/4eae88a0f37ca92c56f7ebad33c32939>. Consultado em 27.03.2014.

A Assistência no Novo Código de Processo Civil Brasileiro

Leonardo Carneiro da Cunha*

Sumário

1. As Intervenções de Terceiro no Novo CPC. 2. Assistência no Novo CPC. 3. Assistência Típica e Intervenção de Terceiro Negociada. 4. Poderes do Assistente Simples. 5. Intervenção do Colegitimado. 6. Assistência Provocada. 7. Conclusões.

1. As Intervenções de Terceiro no Novo CPC

O Código de Processo Civil brasileiro de 1973 disciplina a intervenção de terceiros em capítulo próprio, compreendendo os arts. 56 a 80. Em tal capítulo, não há previsão da assistência. Na verdade, a assistência, no CPC/1973, está prevista nos arts. 50 a 55, em capítulo separado daquele dedicado à intervenção de terceiros. A assistência é regulada em capítulo próprio, juntamente com o litisconsórcio.

O novo Código de Processo Civil brasileiro, diferentemente do CPC/1973, contém uma parte geral em que se reúnem as disposições comuns aplicáveis à generalidade dos processos. E é na parte geral que se encontram as normas concernentes à intervenção de terceiros.

Além de tratar das intervenções de terceiro na parte geral, o novo CPC promove importantes modificações, supressões e acréscimos que merecem destaque.

As intervenções de terceiro disciplinadas no CPC/1973 são a oposição, a nomeação à autoria, a denunciação da lide e o chamamento ao processo. A assistência, embora integre outro capítulo, é considerada por maior parte da doutrina como uma intervenção de terceiro.

Registre-se que a oposição, no novo CPC, deixou de ser formalmente uma intervenção de terceiro, passando ser um procedimento especial regulado nos arts. 682 a 686, com as mesmas regras que a disciplinam no CPC/1973.

No CPC/1973, a nomeação à autoria, na hipótese prevista no seu art. 62¹,

* Mestre em Direito pela UFPE. Doutor em Direito pela PUC/SP. Pós-doutorado pela Universidade de Lisboa. Professor adjunto da Faculdade de Direito do Recife (UFPE), nos cursos de graduação, mestrado e doutorado. Membro do Instituto Iberoamericano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo. Procurador do Estado de Pernambuco e advogado. www.leonardocarneirodacunha.com.br.

¹ “Art. 62. Aquele que detiver a coisa em nome alheio, sendo-lhe demandada em nome próprio, deverá nomear à autoria o proprietário ou o possuidor”.

tem clara finalidade de corrigir a ilegitimidade passiva *ad causam*². A possibilidade dessa correção excepciona a regra geral segundo a qual a ilegitimidade *ad causam* acarreta a extinção do processo sem resolução do mérito, independentemente de provocação. Com isso, a nomeação à autoria provoca a substituição de um réu por outro, excepcionando a regra da estabilização subjetiva da demanda prevista no art. 264³ do CPC/1973, em razão da qual não podem, depois da citação, ser alteradas as partes.

Já o art. 63⁴ do CPC/1973 refere-se à nomeação à autoria feita pelo réu originário, que é parte legítima (por ser responsável pelo dano que causou), a um outro corresponsável, que *também* é parte legítima. A hipótese é, na verdade, de chamamento ao processo, embora esteja prevista como de nomeação à autoria.

O novo CPC não prevê a nomeação à autoria. A hipótese prevista no art. 63 do CPC/1973 passa, então, a ser uma hipótese de chamamento ao processo, em que um responsável indica outro corresponsável, formando-se aí um litisconsórcio passivo facultativo ulterior. Por sua vez, a hipótese do art. 62 generaliza-se: em qualquer caso, quando o réu alegar ilegitimidade passiva *ad causam*, poderá ser corrigido o defeito. Qualquer que seja o direito invocado, se o réu alegar, na contestação, ser parte ilegítima, o autor poderá alterar a petição inicial para modificar o réu⁵. A regra concretiza o princípio da duração razoável do processo e o da eficiência processual, aproveitando ao máximo os atos praticados.

Ao alegar sua ilegitimidade, deve o réu indicar quem detém legitimidade, em observância aos princípios da boa-fé processual e da cooperação. O autor pode optar por pedir a substituição de um réu pelo outro, ou apenas incluir como réu o sujeito indicado como parte legítima pelo réu originário, formando-se aí um litisconsórcio passivo ulterior⁶.

Quanto à denunciação da lide, o novo CPC não mantém a redação do *caput* do art. 70 do CPC/1973, suprimindo a expressão “obrigatória”. Confirma-se, no texto normativo, o entendimento que se consolidou na doutrina e na jurisprudência: a

² ROCHA, José de Albuquerque. *Nomeação à autoria*. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 11; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1974, p. 81.

³ “Art. 264. Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei.”

⁴ “Art. 63. Aplica-se também o disposto no artigo antecedente à ação de indenização, intentada pelo proprietário ou pelo titular de um direito sobre a coisa, toda vez que o responsável pelos prejuízos alegar que praticou o ato por ordem, ou em cumprimento de instruções de terceiro”.

⁵ “Art. 339. Alegando o réu, na contestação, ser parte ilegítima ou não ser o responsável pelo prejuízo invocado, o juiz facultará ao autor, em quinze dias, a alteração da petição inicial para substituição do réu. Parágrafo único. Realizada a substituição, o autor reembolsará as despesas e pagará honorários ao procurador do réu excluído, que serão fixados entre três e cinco por cento do valor da causa ou, sendo este irrisório, nos termos do art. 85, § 8º.”

⁶ “Art. 340. Quando alegar sua ilegitimidade, incumbe ao réu indicar o sujeito passivo da relação jurídica discutida sempre que tiver conhecimento, sob pena de arcar com as despesas processuais e de indenizar o autor pelos prejuízos decorrentes da falta da indicação. § 1º. Aceita a indicação pelo autor, este, no prazo de quinze dias, procederá à alteração da petição inicial para substituição do réu, observando-se, ainda, o parágrafo único do art. 339. § 2º. No prazo de quinze dias, o autor pode optar por alterar a petição inicial para incluir, como litisconsorte passivo, o sujeito indicado pelo réu.”

denúnciação da lide, mesmo nos casos de evicção, é apenas uma opção posta à disposição da parte interessada. É, portanto, um *ônus*, e não um dever, de modo que, se não denunciar a lide, a parte fica impedida apenas de exercer seu direito de regresso no próprio processo, não lhe sendo vetada a possibilidade de fazê-lo autonomamente. Vale dizer que a falta de denúnciação da lide acarreta apenas a preclusão do direito de utilizar-se de tal intervenção de terceiro, não havendo perda do direito de regresso, que poderá ser exercido posteriormente, em ação autônoma⁷. Também se observa que, no novo CPC, é possível, com exceção da hipótese de evicção, haver cumprimento de sentença pelo adversário do denunciante diretamente contra o denunciado⁸.

Entre as intervenções de terceiro disciplinadas no novo CPC, destaca-se a previsão do incidente de descon sideração da personalidade jurídica, novidade que merece registro. Os requisitos para a descon sideração da personalidade jurídica encontram-se na legislação própria, mas não havia um procedimento específico para ela. No novo CPC, há esse procedimento, a depender de requerimento da parte, não podendo ser instaurado de ofício pelo juiz, que se qualifica como uma intervenção de terceiro, justamente porque se concretiza aí o ingresso de um terceiro no processo, que passará, caso proclamada a descon sideração, a ostentar a qualidade de parte.

No capítulo da intervenção de terceiro, há, ainda, a previsão do *amicus curiae*, que pode ser um órgão ou entidade, uma pessoa, natural ou jurídica, privada ou pública, que desempenha atividades relacionadas com o tema a ser examinado pelo juízo ou tribunal. Sua atuação tem a finalidade de apresentar argumentos, dados ou elementos que contribuam para a prolação de uma melhor decisão, permitindo ao juízo examinar, adequadamente, todas as nuances da questão, ponderando vários pontos de vista.

A intervenção de terceiros, no novo CPC, está disciplinada nos arts. 119 a 138. Esses pontos ora destacados podem, juntamente com outros, ser objeto de análise mais aprofundada, o que escapa ao objeto do presente ensaio, cuja finalidade é pontuar apenas algumas novidades no tratamento conferido à assistência.

2. Assistência no Novo CPC

No novo CPC, a assistência ganha disciplina mais organizada. Enquanto o CPC/1973 reunia todos os dispositivos sobre a assistência simples e litisconsorcial na mesma seção do capítulo relativo ao litisconsórcio e à assistência, o novo CPC subdivide o capítulo concernente à assistência em três seções.

⁷ Enunciado nº 120 do Fórum Permanente de Processualistas Cívis: “A ausência de denúnciação da lide gera apenas a preclusão do direito de a parte promovê-la, sendo possível ação autônoma de regresso.”

⁸ Enunciado nº 121 do Fórum Permanente de Processualistas Cívis: “O cumprimento da sentença diretamente contra o denunciado é admissível em qualquer hipótese de denúnciação da lide fundada no inciso II do art. 125.”

A primeira delas trata das disposições comuns à assistência simples e à assistência litisconsorcial, enunciando que cabem, enquanto pendente a causa, em qualquer procedimento e em todos os graus de jurisdição, além de estabelecer o procedimento a ser adotado.

Já a segunda seção dedica-se à assistência simples, ao passo que a terceira seção, composta de apenas um artigo, dirige-se à assistência litisconsorcial.

A disciplina normativa da assistência, no novo CPC, apresenta-se mais organizada. A divisão que se faz atende ao que já se defendia na doutrina, pois há dispositivos que dizem respeito apenas à assistência simples, sendo certo que a assistência litisconsorcial rege-se pelas regras do litisconsórcio unitário⁹.

As alterações levadas a efeito na Câmara dos Deputados melhorou bastante a organização dos dispositivos relativos à assistência, incrementando o projeto antes aprovado pelo Senado Federal.

É relevante destacar que, no novo CPC, o *efeito da intervenção* está previsto no art. 123, reproduzindo o disposto no art. 55 do CPC/1973. Tal dispositivo encontra-se inserido na seção relativa à assistência simples, não se aplicando à assistência litisconsorcial. Com isso, elimina-se o entendimento segundo o qual aquele enunciado normativo estaria a se referir às duas classes de intervenção. Desse modo, fica estabelecido que o assistente simples há de sofrer apenas *influência* da sentença, sujeitando-se ao *efeito da intervenção*, mas não à coisa julgada. Por sua vez, ao assistente litisconsorcial não se aplica o efeito da intervenção, mas sim o regime da coisa julgada, já que este é um litisconsorte unitário do assistido.

3. Assistência Típica e Intervenção de Terceiro Negociada

A assistência simples depende da demonstração de interesse jurídico. Para que se admita a assistência, o terceiro deve demonstrar ter *interesse jurídico* em que a decisão do processo seja favorável à parte que almeja auxiliar.

O art. 120 do novo CPC, reproduzindo o art. 51 do CPC/1973, dispõe que, se qualquer das partes originárias alegar que falta ao requerente interesse jurídico para intervir, o juiz deverá decidir o pedido do terceiro para figurar como assistente simples, sem suspensão do processo. A assistência, enfim, depende da presença do interesse jurídico.

Na sistemática do CPC/1973, prevalece o entendimento segundo o qual o juiz deve indeferir o pedido do terceiro para figurar como assistente simples, ainda que haja concordância das partes originárias, se não houver interesse jurídico. O controle judicial do pedido de assistência simples está na avaliação da presença ou não do interesse jurídico do terceiro no resultado da causa.

⁹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 16. ed. Salvador: JusPodivm, 2014, vol. 1, p. 375-379.

A assistência é uma intervenção *típica*, que tem seu requisito legalmente estabelecido: a presença de um interesse jurídico, a ser demonstrado e preenchido pelo requerente.

O novo CPC adota um modelo cooperativo de processo, com valorização da vontade das partes e equilíbrio nas funções dos sujeitos processuais. Há, a partir daí, o prestígio da autonomia da vontade das partes, cujo fundamento é a liberdade, um dos principais direitos fundamentais previstos no art. 5º da Constituição Federal. O direito à liberdade contém o direito ao autorregramento, justificando o chamado *princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo*¹⁰.

Com efeito, o novo CPC contém diversas normas que prestigiam a autonomia da vontade das partes, permitindo que elas negociem sobre o processo, de modo mais evidente do que no CPC/1973. O autorregramento da vontade no processo é permitido, assegurado e respeitado. O novo CPC é estruturado de maneira a estimular a solução do conflito pela via que parecer mais adequada a cada caso, não erigindo a jurisdição como necessariamente a melhor opção para eliminar a disputa de interesses. O novo Código trata, por exemplo, da autocomposição, regulando a mediação e a conciliação (arts. 166 a 176), inserindo a tentativa de autocomposição como ato anterior à defesa do réu (arts. 335 a 710), permitindo, no acordo judicial, a inclusão de matéria estranha ao objeto litigioso do processo (art. 529, II) e admitindo acordos sobre o processo (art. 191). Há, enfim, um estímulo à autocomposição, destacando-se os §§ 2º e 3º do seu art. 3º. A consagração do princípio da cooperação (art. 6º) relaciona-se com o fenômeno da valorização da autonomia da vontade no processo. O art. 191 prevê uma cláusula geral de negociação processual, permitindo a celebração de negócios processuais atípicos.

Há, no novo CPC, da mesma forma que existem no CPC/1973, negócios processuais *típicos*. As partes podem eleger o foro competente (NCPC, art. 63), convencionar a suspensão do processo (NCPC, art. 313, II), apresentar ao juiz um saneamento consensual do processo (NCPC, art. 357, § 2º), negociar o adiamento da audiência (NCPC, art. 362, I), acordar sobre a distribuição diversa do ônus da prova (NCPC, art. 373, §§ 3º e 4º), escolher, de comum acordo, o perito (NCPC, art. 471), convencionar que a liquidação da sentença seja por arbitramento (NCPC, art. 509, I). É possível, ainda, o juiz, com a concordância das partes, reduzir prazos peremptórios (NCPC, art. 222, § 1º). Essas – e outras aqui não mencionadas – são hipóteses de negócios processuais *típicos*.

De par com essas hipóteses, é possível ainda haver negócios processuais *atípicos*. Em razão da cláusula geral prevista no art. 190 do novo CPC, as partes podem negociar regras processuais, convencionando sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, além de poderem, juntamente com o juiz, fixar o calendário processual. O novo CPC, fundado na concepção da democracia participativa, estrutura-se de modo a permitir maior valorização da vontade dos sujeitos

¹⁰ DIDIER JR., Fredie. "Negociação sobre o processo: autorregramento da vontade no projeto de novo Código de Processo Civil". Texto inédito, gentilmente cedido pelo autor.

processuais, a quem se confere a possibilidade de promover o autorregramento de suas situações processuais. As convenções ou os negócios processuais despontam como mais uma medida de flexibilização e de adaptação procedimental, adequando o processo à realidade do caso submetido à análise judicial. As negociações processuais constituem meios de se obter maior eficiência processual, reforçando o devido processo legal, na medida em que permitem que haja maior adequação do processo à realidade do caso.

Diante do ideário que permeia o novo Código e com base na cláusula geral do art. 190, é possível defender a existência de intervenções de terceiro atípicas ou negociadas¹¹.

Se o terceiro preencher o requisito para a intervenção *típica*, deverá, nessa qualidade, ser admitido no processo. Desse modo, se o terceiro pretende ser assistente simples de uma das partes e tem efetivamente interesse jurídico, o juiz deve admiti-lo no processo. Caso, todavia, não haja a presença do interesse jurídico, não poderá o terceiro ser admitido como assistente, mas poderá ser admitido como interveniente, se as partes assim concordarem, a fim de ampliar o debate e a cooperação judicial, concretizando a ideia de participação democrática no processo civil, bastando, para isso, a anuência das partes.

Segundo Marina França Santos¹², é possível, no novo CPC, haver duas modalidades de intervenção de terceiro negociada: a negociação de intervenções atípicas, e a negociação de regras previstas para as intervenções típicas. É possível admitir uma intervenção *atípica*, como a de um terceiro que não tenha interesse jurídico para assistir uma das partes. Mas, também é possível negociar regras de uma intervenção *típica*.

No caso da assistência, seria possível negociar, por exemplo, a manifestação do assistente sobre atos pretéritos à sua intervenção¹³, bem como ampliar ou restringir ainda mais os poderes do assistente simples.

É bem verdade que é possível negociar a intervenção de terceiro em todos os aspectos indicados por Marina França Santos. Em tais casos, a intervenção será *atípica*, pois alterar uma regra ou um aspecto específico de uma intervenção *típica* consiste em desqualificá-la e torná-la *atípica*.

É possível, em outras palavras, haver intervenções atípicas ou negociadas. Vale dizer que, no novo CPC, ao lado das intervenções de terceiro típicas, é possível haver intervenções atípicas ou negociadas, em virtude do disposto no art. 190, não sendo vedado o negócio processual que discipline, inclusive, uma intervenção *típica*, o que, nos termos propostos acima, a tornaria *atípica*. Não havendo interesse jurídico do terceiro, não será deferida a assistência, mas poderá o terceiro intervir

¹¹ Sobre o tema, conferir, com proveito, SANTOS, Marina França. "Intervenção de terceiro negociada: possibilidade aberta pelo novo Código de Processo Civil". Texto inédito, gentilmente cedido pela autora.

¹² Idem.

¹³ Exemplo dado por SANTOS, Marina França. "Intervenção de terceiro negociada: possibilidade aberta pelo novo Código de Processo Civil". Texto inédito, gentilmente cedido pela autora.

de forma atípica, se houver concordância das partes, observados os pressupostos do *caput* do art. 190. Também é possível que as partes negociem regras próprias da assistência, permitindo que o assistente pratique atos anteriores à sua intervenção, ou ampliando e, até mesmo, reduzindo seus poderes.

4. Poderes do Assistente Simples

A assistência pode ser simples ou litisconsorcial.

Enquanto o assistente litisconsorcial atua com autonomia, figurando como litisconsorte da parte, o simples deve agir apenas como auxiliar do assistido, não podendo praticar atos que sejam incompatíveis com a vontade deste, ou que a contrariem. Realmente, não pode o assistente simples impedir que o assistido pratique atos de disposição de vontade, como reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir da ação ou do recurso, renunciar à ação ou ao recurso.

Nos termos do art. 53 do CPC/1973, *“a assistência não obsta a que a parte principal reconheça a procedência do pedido, desista da ação ou transija sobre direitos controvertidos; casos em que, terminando o processo, cessa a intervenção do assistente”*. O enunciado normativo não continha expressa menção à renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação, muito embora fosse incontroverso o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que a renúncia estaria ali igualmente contemplada.

Apenas para corrigir esse lapso redacional, o art. 122 do novo CPC, que equivale ao art. 53 do CPC/1973, ostenta a seguinte redação: *“A assistência simples não obsta a que a parte principal reconheça a procedência do pedido, desista da ação, renuncie ao direito sobre o que se funda a ação ou transija sobre direitos controvertidos”*. Embora o dispositivo aluda apenas à desistência da ação e à renúncia ao direito, a assistência simples também não obsta a que a parte principal desista do *recurso* ou o renuncie.

O assistente simples tem, enfim, seus poderes limitados à vontade contrária do assistido.

Na verdade, o assistente simples é um legitimado extraordinário do assistido, exatamente porque atua, em nome próprio, na defesa de direito alheio. O assistente simples, em outras palavras, ajuda o assistido, atuando em nome próprio. Como o assistente simples submete-se à vontade do assistido, sua legitimidade extraordinária é *subordinada*, valendo dizer que a presença do titular do direito controvertido é indispensável à regularidade do contraditório¹⁴.

É por isso que o parágrafo único do art. 121 do novo CPC dispõe que *“Sendo revel ou, de qualquer outro modo, omissa o assistido, o assistente será considerado*

¹⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 1969, n. 404, p. 10-12; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, vol. II, p. 311; DIDIER JR., Fredie. “Poderes do assistente simples no novo Código de Processo Civil: notas aos arts. 121 e 122 do projeto, na versão da Câmara dos Deputados”. Texto inédito, gentilmente cedido pelo autor.

seu substituto processual". Tal dispositivo equivale ao parágrafo único do art. 52 do CPC/1973, segundo o qual "*Sendo revel o assistido, o assistente será considerado seu gestor de negócios*". A referência a "gestor de negócios" foi alterada, corretamente, para "substituto processual".

A substituição da expressão "gestor de negócios" por "substituto processual" revela que houve um aprimoramento técnico, sendo mais adequada a expressão, pois o assistente simples efetivamente atua, em nome próprio, na defesa de interesses do assistido¹⁵. A revelia do assistido não afeta a atuação do assistente simples.

Também foi acrescentada a expressão "*ou, de qualquer outro modo, omissio o assistido*". Significa que, não apenas a revelia, mas também qualquer outra omissão, não afetam a atuação do assistente simples.

O dispositivo tem aplicação, evidentemente, aos demais casos de condutas omissivas do assistido, e não apenas à revelia. E isso porque a contumácia¹⁶ é um *ato-fato*, não sendo relevante a vontade da parte¹⁷.

O assistente simples tem, como visto, sua atuação limitada à vontade do assistido. Os atos jurídicos são, como se sabe, atos humanos, caracterizados por expressarem uma vontade humana. Ao lado deles, há os atos-fatos jurídicos, que "*são atos humanos, em que não houve vontade, ou dos quais não se leva em conta o conteúdo de vontade, aptos, ou não, a serem suportes fáticos de regras jurídicas*"¹⁸.

O *ato-fato independe da vontade*. Não se avalia a vontade. Não interessa qual foi a intenção ou vontade da parte. O que se tem como relevante é a prática do ato.

A contumácia das partes é um grande exemplo de *ato-fato processual*. Não importa qual tenha sido a vontade da parte; o importante é que não houve a prática do ato, daí sendo produzidos efeitos no processo. Por isso a revelia é um *ato-fato*. Não importa a vontade.

A previsão legal de revelia não exige que haja uma *vontade* de ser revel. Logo, a atuação do assistente não contraria qualquer vontade do assistido.

¹⁵ "Nesta hipótese, o assistente assume a posição de parte no processo, mais precisamente de substituto processual. O assistente, que até então era legitimado incidentalmente para auxiliar na defesa de direito do assistido, sendo este revel, perde essa qualidade e uma outra legitimidade surge, sobrepondo-se àquela. Essa 'segunda' legitimidade incidental, operada de permeio na relação jurídica processual, atribui ao assistente, como gestor de negócios, a qualidade de substituto processual." (SEVERO NETO, Manoel. *Substituição processual*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 51).

¹⁶ A inércia das partes causa-lhes consequências desvantajosas no processo, caracterizando-se a chamada *contumácia*. A contumácia pode ser do autor, do réu ou de ambos. A revelia é uma contumácia do réu. Não é qualquer inércia ou omissão que caracteriza a contumácia, pois há omissões negociais no processo.

¹⁷ No mesmo sentido: DIDIER JR., Fredie. "Poderes do assistente simples no novo Código de Processo Civil: notas aos arts. 121 e 122 do projeto, na versão da Câmara dos Deputados". Texto inédito, gentilmente cedido pelo autor. Assim também: CUNHA, Leonardo Carneiro da. "A contumácia das partes como *ato-fato processual*". *Pontes de Miranda e o Direito Processual*. Fredie Didier Jr.; Pedro Henrique Pedrosa Nogueira; Roberto P. Campos Gouveia Filho (org.). Salvador: JusPodivm, 2013, p. 635-648.

¹⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Pontes de. Tratado de direito privado*. Atual. Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999, t. 1, § 26, n. 2, p. 133.

Em virtude disso, o assistente pode atuar, em nome próprio, na defesa do assistido, ainda que ele seja revel. Esse, na verdade, é o seu papel: ajudar o assistido.

Não é demais lembrar que o parágrafo único do art. 121 do novo CPC refere-se não somente à revelia, mas a outras omissões. Logo, se o assistido deixa de recorrer (e não importa sua vontade), o recurso do assistente evitará a preclusão.

Se, entretanto, o assistido expressamente tiver manifestado a vontade de não recorrer, renunciando ao recurso ou desistindo do recurso já interposto, o recurso do assistente não poderá, efetivamente, ser conhecido, pois a atuação do assistente simples fica vinculada à manifestação de vontade do assistido (NCPC, art. 122). Nesse caso, houve efetivamente a prática de um ato processual (ou melhor, de um negócio jurídico processual): o assistido expressamente renunciou ou desistiu. A simples inércia ou omissão na interposição do recurso constitui situação diversa: aqui há um ato-fato, sendo irrelevante a vontade, não sendo adequado afirmar que houve contradição de vontades ou que se atentou contra a vontade do assistido.

Não é, entretanto, toda e qualquer omissão ou inércia que se caracteriza como ato-fato. Há omissões negociais. Quando a omissão for negocial, aí o assistente não pode atuar, pois estará contrariando a vontade do assistido¹⁹.

Quando, por exemplo, o réu deixa de opor a exceção de incompetência relativa, sua inércia é negocial. Com efeito, *“A propositura da demanda em foro incompetente, aliada à inércia do réu em opor a exceção de incompetência, caracteriza um negócio tácito ou implícito entre as partes”*²⁰. De igual modo, a renúncia tácita à convenção de arbitragem (NCPC, art. 337, § 6º) é uma omissão negocial, não podendo o assistente contrariar a vontade do assistido.

Por aí já se percebe que há dois tipos de omissão no processo: (a) a omissão contumacial e (b) a omissão negocial. Quando a omissão do assistido for contumacial, o assistente simples pode atuar livremente, auxiliando-o na defesa de seu direito. Sendo, porém, negocial a omissão, não se permite ao assistente simples contrariar a vontade do assistido.

As condutas omissivas a que se refere o parágrafo único do art. 121 do novo CPC não são as negociais; são as contumaciais. O dispositivo refere-se a *revelia* e a outras omissões que tenham a mesma natureza dela, ou seja, o referido enunciado normativo alude à omissão que é *ato-fato*, não alcançando a omissão que seja negocial.

5. Intervenção do Colegitimado

O art. 124 do novo CPC, reproduzindo o disposto no art. 54 do CPC/1973, dispõe que se considera *“litisconsorte da parte principal o assistente sempre que a sentença influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido”*.

¹⁹ DIDIER JR., Fredie. “Poderes do assistente simples no novo Código de Processo Civil: notas aos arts. 121 e 122 do projeto, na versão da Câmara dos Deputados”. Texto inédito, gentilmente cedido pelo autor.

²⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Jurisdição e competência*. 2. ed. São Paulo: RT, 2013, n. 4.5, p. 191.

O dispositivo mantém as deficiências redacionais do art. 54 do CPC/1973, por dispor que o interveniente deve ser considerado “como se fora” um litisconsorte, naturalmente sem ser, pois nele há referência à “parte *principal*”, dando a entender que o interveniente seria parte *secundária*.

Tal redação poderia reforçar a ideia de que o assistente litisconsorcial não se torna litisconsorte; seria assistente, auxiliar ou parte *secundária*. E há, com efeito, autores que assim entendem: o assistente litisconsorcial seria *um terceiro*, cuja função é sempre a de um *coadjuvante* da parte, apenas com maior intensidade de poderes e faculdades processuais²¹.

O entendimento que recusa ver no assistente litisconsorcial um verdadeiro litisconsorte sustenta-se em duas razões: (a) o assistente sofre simples influência da sentença, não se lhe alcançando a coisa julgada; (b) o assistente não formula pedido, nem tem pedido contra si formulado, sendo-lhe vedado modificar o objeto litigioso, que permanecerá alterado.

Os exemplos de assistência litisconsorcial denotam que o terceiro, ainda que não ingresse em juízo e não participe do processo, será alcançado pela coisa julgada. Os casos de assistência litisconsorcial são aqueles em que a situação jurídica litigiosa envolve ou pertence a pessoas que não estejam fazendo parte do processo, como nos casos de substituição processual, nos de litisconsórcio unitário facultativo e, ainda, na hipótese de alienação de bem ou de direito litigioso. Nesses casos, o terceiro, mesmo que não participe do processo, será alcançado pela coisa julgada.

Quanto à circunstância de não haver formulação de pedido pelo assistente litisconsorcial, cabe ceder a palavra a Ovídio A. Baptista da Silva:

“consideram-se partes apenas aqueles que assinam a petição inicial e a contestação, ou se haverá de admitir a formação de um *litisconsórcio ulterior*, caso em que o interveniente assumirá, sem a menor dúvida, a condição de *parte*? Este é o caso frequentíssimo do ingresso subsequente de um litisconsorte necessário que, tal como o assistente litisconsorcial, nada pede, sob forma expressa, e a que nem é permitido alterar o *objeto litigioso*. Não obstante, ninguém lhe haverá de negar a condição de litisconsorte.”²²

Na assistente litisconsorcial, o assistido e o assistente são, na verdade, litisconsortes, submetidos a um regime de unitariedade. Há, na verdade, um litisconsórcio unitário facultativo ulterior. Segundo Thereza Alvim,

²¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de terceiro*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 31; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 129.

²² *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000, vol. 1, n. 11 ao art. 54, p. 294.

“... haverá o assistente de ser considerado litisconsorte do assistido, recebendo, pois, o tratamento de litisconsorte e serão assim considerados porque se por eles, ou contra eles, fosse deduzido o pedido, a situação já estaria estampada no processo. As partes originárias e seus assistentes litisconsorciais, estão sujeitos ao regime da unitariedade, ante a circunstância de estar sendo deduzido um só pedido.”²³

O assistente litisconsorcial é um litisconsorte facultativo ulterior. É um litisconsorte que ingressa posteriormente no processo, de forma espontânea, exercendo todos os direitos, poderes e faculdades de uma parte e sujeitando-se aos ônus e deveres processuais de uma parte. É por isso que a intervenção de um colegitimado no processo faz-se mediante a assistência litisconsorcial²⁴.

E, no novo CPC, mais precisamente no parágrafo único do seu art. 18, está expressamente enunciado que “Havendo substituição processual, o substituído poderá intervir como assistente litisconsorcial”.

Embora o *caput* do art. 124 do novo CPC reproduza as falhas de redação do art. 54 do CPC/1973, o parágrafo único do art. 18 dá claras indicações de que o assistente litisconsorcial é efetivamente um litisconsorte, não incorporando a doutrina que nega a condição de litisconsorte ao assistente litisconsorcial.

Além disso, é relevante perceber que o art. 123 do novo CPC, que equivale ao art. 55 do CPC/1973, está topograficamente na seção dedicada à assistência simples, não dizendo respeito à assistência litisconsorcial. Significa que o dispositivo refere-se apenas à assistência simples, que há de sofrer apenas *influência* da sentença, sujeitando-se ao *efeito da intervenção* e não sendo alcançado pela coisa julgada. Já o assistente litisconsorcial, que é um litisconsorte do assistido, não se sujeita ao *efeito da intervenção*, pois é atingido pela própria coisa julgada.

Justamente por ser um litisconsorte seu, o assistente litisconsorcial não está sujeito à vontade da parte originária. Mesmo que a parte originária renuncie, desista, transacione, o assistente litisconsorcial pode prosseguir e praticar os atos processuais a seu cargo, não sendo atingido pelos atos praticados por seu litisconsorte. Qualquer omissão da parte originária, seja ela negocial ou não, é irrelevante, não interferindo na atuação do assistente litisconsorcial, pois este não tem seus poderes limitados à vontade do seu litisconsorte. Não há qualquer espécie de subordinação.

6. Assistência Provocada

A assistência é, como se sabe, uma intervenção de terceiro espontânea: o terceiro *pede* para ser admitido no processo. Em alguns casos, entretanto, a doutrina

²³ O direito processual de estar em juízo. São Paulo: RT, 1996, p. 238.

²⁴ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 16. ed. Salvador: JusPodivm, 2014, vol. 1, n. 8.4, p. 380.

sugere que o juiz convoque o terceiro que tem interesse jurídico para participar do processo. Essa convocação, conhecida como intervenção *iussu iudicis*²⁵, insere-se no ambiente democrático, ampliando a participação e o diálogo no processo judicial²⁶.

A intervenção *iussu iudicis* caracteriza-se por ser determinada de ofício pelo magistrado. Diante do contexto e das peculiaridades do caso, poderá o juiz determinar a intimação de um terceiro que tenha interesse jurídico na causa, para que dela, se quiser, participe como assistente.

Além da intervenção *iussu iudicis*, é possível que a assistência seja provocada por requerimento de uma das partes do processo. É muito comum defender essa hipótese na produção antecipada de provas, nas ações cautelares e nos casos de evicção, quando não cabível a denúncia da lide²⁷.

O novo CPC reforça a possibilidade da assistência provocada, pois estrutura o processo num ambiente de cooperação em que se estimula e se viabiliza o debate democrático, ampliando a participação das partes e de todos aqueles que tenham interesse no resultado da demanda proposta perante o juiz.

Segundo Daniel Colnago Rodrigues, uma vez provocada a assistência, deve o terceiro ser intimado para participar do processo, sujeitando-se ao efeito da intervenção previsto no art. 55 do CPC/1973 (equivalente ao art. 123 do novo CPC)²⁸.

Não parece adequado esse entendimento. A intervenção provocada é efetivamente cabível e recomendável, devendo ser admitida nos processos judiciais, mas não se deve entender que o efeito da intervenção se aplique mesmo na ausência de participação do terceiro. O efeito da intervenção decorre da *efetiva* participação do assistente simples. Tanto isso é verdade que poderá ser afastado tal efeito quando o assistente demonstrar que não pôde ter participação efetiva, seja porque assumiu o processo numa fase avançada, seja porque o assistido deixou de, por dolo ou culpa, apresentar elementos importantes para sua vitória.

A bem da verdade, o efeito da intervenção é corolário do contraditório substancial, resultando, repita-se, da *efetiva* participação do assistente, que só pode sofrer os efeitos da decisão para cuja construção contribuiu.

O que se percebe, em vista disso, é que o novo CPC oferece um ambiente propício para a assistência provocada por uma das partes, ou realizada de ofício pelo juiz (intervenção *iussu iudicis*).

²⁵ Conferir, por todos, DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 16. ed. Salvador: JusPodivm, 2014, vol. 1, p. 363 - 366.

²⁶ Conferir, nesse sentido, o Enunciado nº 110, do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: "Havendo substituição processual, e sendo possível identificar o substituto, o juiz deve determinar a intimação deste último para, querendo, integrar o processo".

²⁷ Nesse sentido, RODRIGUES, Daniel Gustavo de Oliveira Colnago. *A assistência provocada no processo civil brasileiro: possibilidade e conveniência*. Texto inédito, gentilmente cedido pelo autor.

²⁸ RODRIGUES, Daniel Gustavo de Oliveira Colnago. *A assistência provocada no processo civil brasileiro: possibilidade e conveniência*. Texto inédito, gentilmente cedido pelo autor.

7. Conclusões

O novo CPC disciplina a assistência de forma mais bem organizada, distribuindo o tratamento do tema em três seções: uma para as disposições gerais, outra só para a assistência simples e outra para a assistência litisconsorcial. Deixa mais claro que o efeito da intervenção é regra aplicável apenas à assistência simples e que a intervenção do colegitimado faz-se por assistência litisconsorcial.

Há, ainda, um tratamento mais adequado quanto aos poderes do assistente simples, restando estabelecido que, no caso de revelia ou de outras omissões que se caracterizem como atos-fatos, o assistente será substituto processual do assistido, podendo praticar todos os atos destinados a auxiliá-lo.

É possível, ainda, entender que se permite uma intervenção de terceiro atípica ou negociada, quando não estiver presente o interesse jurídico que permita a assistência simples, mas as partes concordem com a participação do terceiro no processo, bem como nas situações em que as partes negociarem sobre os poderes, deveres, ônus e faculdades do assistente.

Quanto à situação processual do assistente litisconsorcial, a despeito das deficiências redacionais no texto normativo do novo CPC, há de ser entendido que se trata efetivamente de um litisconsorte facultativo ulterior, atuando tal qual a parte originária, com regime processual diverso do assistente simples.

Embora seja uma intervenção voluntária, a assistência pode ser promovida pro provocação de uma das partes ou por ordem do juiz.

Ministério Público: Regulador Estatal dos Serviços Públicos e das Atividades Particulares

Paulo Wunder de Alencar*

Sumário

Introdução. 1. Ministério Público. 1.1. Serviço Público. 1.2. Poder de Polícia. 1.3. Conclusões. Referências.

Resumo

A partir do estudo da regulação estatal de serviços públicos, observa-se uma nova perspectiva de análise das atividades do Ministério Público, o que enseja uma abordagem diferente sobre a sua forma de atuação e sua natureza jurídica.

Introdução

O objetivo deste artigo não é tratar da origem histórica do Ministério Público, nem da complexa e vasta teoria sobre o serviço público, mas sim examinar se e onde esses conceitos se encontram e formam uma intercessão, alcançando-se, assim, a definição da natureza jurídica das atividades do *Parquet*, em virtude das suas variadas funções constitucionais.

A atual Carta Magna dispôs sobre o Ministério Público no Título IV – Da Organização dos Poderes, mas apartadamente, no Capítulo IV – Das Funções Essenciais à Justiça, ou seja, após os capítulos referentes aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Ao mesmo tempo, o artigo 127, *caput*, da CRFB/88, conceituou o Ministério Público como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Assim, o Ministério Público não foi incluído dentro do esquema de divisão tripartite de Poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário.

Contudo, ao chamar o MP de instituição permanente e ao lhe conferir funções, garantias e instrumentos de atuação essenciais ao funcionamento do próprio Estado, o constituinte originário definiu o *Parquet* como um órgão autônomo do Estado, de fiscalização e controle das atividades governamentais.

* Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e Mestrando em Direito da Regulação, da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro.

Aliás, a criação do Conselho Nacional do Ministério Público fortalece a noção de estrutura institucional organizada fundada na hierarquia e na subordinação administrativa.

O corpo seria o conjunto dos diversos Ministérios Públicos, administrados pelo órgão central – Conselho Nacional do MP – e integrados pelas unidades autônomas do *Parquet* (MP Federal, do Trabalho, Militar, do DFT e dos Estados).

Desse modo, o MP não integra, porém gravita em torno de todos os Poderes do Estado – Executivo, Legislativo e Judiciário, de modo a provocar as suas atuações, fiscalizar as suas atividades e controlar as suas funções.

Sem o MP, por exemplo, a inércia do Judiciário não seria garantia da sua própria imparcialidade, mas causa do seu fracasso, pois pouco chegaria ao seu conhecimento.

Insere-se, destarte, como um propulsor do sistema democrático de controle, cujo mecanismo de freios e contrapesos cria uma interatividade e interferência recíprocas entre os Poderes do Estado.

De acordo com Emerson Garcia:

“O Ministério Público não integra a administração direta ou indireta, o que, de imediato, afasta qualquer vestígio de subordinação hierárquica ou de uma pseudo tutela ou supervisão por parte dos órgãos verdadeiramente integrados na estrutura do Poder Executivo (Secretarias, Procuradoria etc)”. (GARCIA, 2005, p. 40).

No que se refere às suas atividades, prescreve a Carta Magna o seguinte:

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

IV – promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

V – defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

VI – expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII – exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”.

Embora vastas, é possível perceber que todas são atividades de natureza administrativa, isto é, não são jurisdicionais, nem legislativas. Inclusive, para Hugo Nigro Mazzilli:

“Analisando suas principais funções institucionais que a Constituição e as leis conferem ao Ministério Público – a defesa da ordem jurídica, dos interesses indisponíveis, difusos e coletivos, a promoção da ação pública, o zelo pelo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos constitucionais –, vemos que todas elas têm natureza administrativa: incumbências como promover a ação pública ou opinar como *custos legis* não são atividades jurisdicionais (atuar junto ao Judiciário naturalmente não significa prestar jurisdição) nem legislativas (a tarefa de fiscalizar ou promover a observância das leis não se confunde com a típica atividade de sua elaboração). Pela natureza intrínseca de suas funções, o Ministério Público exerce atividade administrativa, até pelo critério residual, pois promover a execução das leis não é atividade legislativa nem jurisdicional”. (MAZZILLI, 2001, p. 138).

Outrossim, nota-se que cabe ao MP intervir tanto em atividades exercidas pelo Estado, direta ou indiretamente, como naquelas operadas por particulares, ou seja, sua atuação vai desde o zelo pelos serviços públicos, independentemente de quem seja o efetivo prestador, até o cuidado sobre qualquer interesse coletivo sob risco.

1. Ministério Público

1.1. Serviço Público

A partir das breves conclusões acima, pode-se caracterizar o Ministério Público como um órgão do Estado que exerce atividade de natureza administrativa com capacidade para intervir na atuação da Administração Pública (seja direta ou indireta) e do Poder Legislativo, bem como de impulsionar o Poder Judiciário e de limitar direitos e liberdades dos particulares, sempre em favor do interesse da sociedade.

Em outras palavras, ressalvados alguns interesses eminentemente privados e disponíveis, a intervenção do MP ocorre em todos os setores da sociedade, constituindo-se como um órgão essencial não apenas ao funcionamento da Justiça, mas de tudo aquilo que tenha relevância coletiva.

Nessa enorme teia de interferências exercidas pelo *Parquet*, se estabelecem relações entre o MP e os beneficiários das suas atividades, bem como entre o MP e os seus investigados.

Quanto à primeira relação, a semelhança entre todas as diversas formas de atuação do MP é justamente a finalidade precípua da sua própria existência: a defesa do interesse da coletividade. Ainda quando age para proteger uma única pessoa, na verdade, o *Parquet* visa a garantir a defesa de direitos e garantias transindividuais, pois protege todos aqueles interessados naquela demanda, assim como aqueles que potencialmente se encontram ou podem vir a se encontrar em situações semelhantes.

Dessa forma, o MP atua em favor da sociedade, fiscalizando e controlando as funções exercidas pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como as atividades privadas de interesse coletivo.

Ora, se o MP é um órgão do Estado e exerce uma função para a sociedade, defendendo os seus interesses, então pode-se dizer que presta um serviço público?

O conceito de serviço público varia bastante no tempo e no espaço, seja em razão da mudança de perfil de atuação do Estado, em virtude da evolução social, econômica e tecnológica, bem como por causa da diversidade cultural entre os países, o que permite que atividades possam ser classificadas como serviço público em determinado país, mas como atividades econômicas eminentemente particulares em outros.

Ao tratar da extrema dificuldade em se conceituar e caracterizar serviço público, Caio Tácito ensina que:

“Não há um conceito apriorístico de serviço público, elastecendo-se o seu âmbito na medida em que se expande a presença do Estado nos domínios da vida social contemporânea.

(...) Costuma-se, ainda, opor, na caracterização do serviço público, a definição material ou funcional à concepção orgânica ou formal. A primeira tem em mira a atividade de interesse geral a que se destina o serviço; a segunda considera dominante o organismo administrativo que o desempenha.

(...) É certo que o âmbito do serviço público exprime as oscilações políticas do Estado. A moderna tendência intervencionista no domínio econômico e social atraiu para o terreno da atividade administrativa um elenco de serviços que não figuram nos modelos clássicos da Administração Pública". (TÁCITO, 1997, p. 638).

Considerando essa volatilidade intrínseca ao instituto, torna-se essencial para a caracterização de serviço público a análise sobre o ordenamento jurídico vigente, como explica Odete Medauar:

"No tocante ao serviço público, o saber quando e por que uma atividade é considerada serviço público se coloca no plano da concepção política dominante, da concepção sobre o Estado e seu papel; é o plano de escolha política que pode estar fixada na Constituição, na lei, na tradição". (MEDAUAR, 1992, p. 109).

Eros Roberto Grau também defende que a "Constituição encerra todos os elementos e critérios que permitem a identificação de quais atividades empreendidas pelo Estado consubstanciam serviço público", concluindo que:

"Serviço público, assim, na noção que dele podemos enunciar, é a atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como indispensável, em determinado momento histórico, à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social (Duguit) – ou, em outros termos, atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como serviço existencial relativamente à sociedade em um determinado momento histórico (Cirne Lima)". (GRAU, 2003, p. 249/266).

Nessa linha, Rafael Carvalho Rezende Oliveira explica a razão pela qual o serviço público deve estar previsto no ordenamento jurídico:

"É oportuno salientar que a tarefa de definir determinada atividade como serviço público é exercida pelo Constituinte ou pelo legislador. Isto porque a atividade econômica, caracterizada

como serviço público, é retirada da livre iniciativa (*publicatio*) e a sua prestação por particulares somente será possível por meio de concessão e permissão. Ou seja: não pode o administrador classificar, autonomamente, uma atividade econômica como serviço público, já que a publicização da atividade afastaria a livre iniciativa dos particulares". (REZENDE OLIVEIRA, 2011, p. 8).

Ainda com essa orientação, vale citar Celso Antonio Bandeira de Mello:

"A noção de serviço depende inteiramente da qualificação que o Estado (nos termos da Constituição e das leis) atribui a um tipo de atividade: àquelas que reputou não deverem ficar entregues simplesmente aos empenhos da livre iniciativa e que por isto mesmo – e só por isto – entendeu de assumir e colocar sob a égide do regime jurídico típico instrumentador e defensor dos interesses públicos: o regime peculiar ao Estado". (BANDEIRA DE MELLO, 2001, p. 20).

Com base nas lições acima, e sendo certo que o MP foi previsto pelo constituinte originário e classificado como órgão do Estado que exerce atividades na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, pode-se afirmar que presta um serviço público à sociedade, ainda que através de uma concepção genérica do que seja serviço público.

Nessa esteira, na tentativa de oferecer uma síntese sobre a evolução e a mudança dos conceitos de serviço público, Alexandre Santos de Aragão propôs quatro sentidos ao instituto: a) concepção amplíssima: considera serviço público toda e qualquer atividade exercida pelo Estado; b) concepção ampla: serviço público é toda atividade prestacional voltada ao cidadão, independentemente da titularidade exclusiva do Estado e da forma da sua remuneração; c) concepção restrita: serviço público abrange as atividades prestacionais do Estado oferecidas aos cidadãos, de forma individualizada e com fruição quantificada (este conceito não considera como serviço público o denominado serviço *uti universi*, mas apenas o serviço *uti singuli*); d) concepção restritíssima: serviço público é a atividade prestacional de titularidade do Estado, prestada mediante concessão ou permissão, remunerada por taxa ou tarifa (nesta noção estão excluídos os serviços *uti universi* e os serviços sociais, que não são da titularidade exclusiva do Estado). (ARAGÃO, 2007, p.).

Aliás, na mesma obra já citada anteriormente, Caio Tácito concluiu que:

"Temos, de uma parte, uma forma de ação geral e indivisível do serviço público, que atende diretamente a interesses coletivos

indiscriminados (*uti universi*) e corresponde a uma atividade soberana e privativa do Estado.

De outra parte, ocorrem prestações de serviço público que, embora genéricas quanto à sua disponibilidade, visam a satisfazer interesses que se podem individualizar entre determinadas pessoas, que as usufruem diretamente (*uti singuli*). Tais prestações administrativas não são privativas do Estado *ratione materiae*, não emanam de seu poder soberano, embora possam constituir monopólio estatal *de lege*.

A essas duas categorias é que se deve atribuir, respectivamente, a designação de serviço público geral e serviço público especial (...). (TÁCITO, 1997, p. 642).

Com proposta parecida, Floriano de Azevedo Marques Neto demonstra que:

“Há, basicamente, duas formas de se compreender o conceito. Em sentido amplo, pode-se entender serviço público toda prestação estatal, incluindo desde as atividades econômicas, a jurisdição, a segurança pública, o poder de polícia, a ordenação urbanística e mesmo a própria regulação estatal. Em sentido estrito, pode-se conceber o serviço público como as atividades dotadas de conteúdo econômico, revestidas de especial relevância social, cuja exploração a Constituição ou a Lei cometem à titularidade de uma das esferas da federação como forma de assegurar o seu acesso a toda gente, permanentemente”. (MARQUES NETO, 2005, p. 6).

Diante disso, a atividade desenvolvida pelo Ministério Público estaria subsumida ao que Caio Tácito nomeia como serviço público especial, ou ao que Alexandre Santos de Aragão chama de concepção amplíssima de serviço público, ou ao que Floriano de Azevedo entende como serviço público em sentido amplo.

Não se trata, evidentemente, da prestação de um serviço *uti singuli* que ofereça uma comodidade a um cidadão individualmente, como um serviço de água, luz etc (até porque o MP não pode exercer a representação judicial ou a consultoria jurídica).

Contudo, as atividades desempenhadas pelo Ministério Público representam uma função pública, ou melhor, um serviço público prestado de forma geral e indivisível à coletividade, na medida em que, por exemplo, fiscaliza e controla todos os demais serviços públicos, sejam eles prestados direta ou indiretamente, com a finalidade de tutelar direitos coletivos como a saúde, educação, segurança etc.

A propósito, com essa natureza, o MP exerce parcela de soberania do próprio Estado, em um sistema de verdadeiro autocontrole estatal, razão pela qual as suas atividades não podem ser delegadas.

Inclusive, na sua atuação judicial, apesar do MP não exercer diretamente a jurisdição, é essencial a prestação dessa função do Estado, ou seja, nas causas em que deve intervir, se não participar do processo, este será nulo.

Carlos Roberto de Castro Jatahy defende justamente a imprescindibilidade da participação do Ministério Público nos processos em que tiver que atuar, ao declarar que “consoante o artigo 129, I, da Carta Magna, a função privativa de persecução penal pertence ao Ministério Público, não podendo qualquer ato processual ser realizado sem a sua presença, por violação ao princípio do devido processo legal”. (CASTRO JATAHY, 2008, p. 20).

Sendo assim, como, para Floriano de Azevedo Marques Neto, “é fato que o Estado, ao prestar a jurisdição, oferece uma comodidade indiretamente a toda a sociedade (que vê seus conflitos pacificados, ensejando harmonia e coesão social) e diretamente aos indivíduos que se envolvem no conflito” (MARQUES NETO, 2004, p. 333), também podemos afirmar que o MP presta, através da sua atividade judicial (ou mesmo na extrajudicial inquisitória ou preparatória à atividade judicial), um serviço público, ainda que no sentido utilizado pela Constituição como sinônimo de função pública, uma vez que o “caráter compulsório da submissão do indivíduo à jurisdição impede que a prestação da Justiça seja caracterizada como uma atividade econômica” (MARQUES NETO, 2004, p. 333), assertiva que também se adequa ao perfil do *Parquet*, tendo em vista que exerce funções privativas, como a promoção da ação penal pública.

Ademais, ao citar a doutrina italiana, Caio Tácito ensina que:

“Como esclarece Miele, a função pública é a atividade endereçada aos fins essenciais do Estado (como a justiça, a segurança pública, a defesa nacional), enquanto o serviço público representa a atividade do Estado visando aos objetivos de bem-estar social e à satisfação das necessidades individuais.

Segundo Gianninni, a função pública, fundada no poder soberano, é atividade necessária do Estado. Serviço Público, ao contrário, é atividade que somente adquire esse caráter quando o Estado dela se faz titular, podendo, em princípio, ser exercida pelos particulares”. (TÁCITO, 1997, p. 640).

De fato, a doutrina cita como exemplos de serviço público no sentido de função pública a atividade jurisdicional ou a prestação da justiça. Apesar de tal função ser exclusiva do Poder Judiciário, como toda lesão ou ameaça a direito deve ser levada ao conhecimento do Poder Judiciário (princípio da inafastabilidade da

jurisdição – artigo 5º, inciso XXXV, da CRFB/88), e sendo certo que, pela inércia da jurisdição, a atividade jurisdicional só pode ser exercida mediante provocação, pode-se afirmar que o MP, como propulsor e fiscal da atuação do Poder Judiciário, desenvolve um papel essencial à jurisdição (como o próprio artigo 127, *caput*, da Carta Magna, prescreve).

Nesse sentido, a promoção da ação penal e da ação civil pública de improbidade administrativa, por exemplo, são os mecanismos de que dispõe a sociedade para chegar até o Poder Judiciário e defender seus direitos, como à segurança pública e à probidade, motivo pela qual tanto a atividade jurisdicional, prestada exclusivamente pelo Poder Judiciário, como a atividade de movimentação e fiscalização do Poder Judiciário, realizada pelo Ministério Público, se caracterizam como serviços públicos, mas com a peculiaridade de não poderem ser delegadas à iniciativa privada, tendo em vista que “somente o Estado pode executar diretamente, porque inerente à sua soberania e à sobrevivência da nação”. (WALD; WALD; RANGEL, p. 71).

Em outras palavras, como a imparcialidade se baseia na inércia, para prestar a Jurisdição através do Poder Judiciário o Estado se utiliza de outro órgão, o Ministério Público.

Vale fazer referência a outra lição do professor Floriano para se concluir que:

“Embora não se trate de atividade econômica – e por consequência não se cogite da delegação da prestação jurisdicional por concessão ou permissão à luz do regime desenhado pelo artigo 175 da CF – a prestação da atividade jurisdicional pode ser caracterizada como um serviço público para fins de incidência da taxa judiciária. Tal taxa, é bom dizer, não tem como fato gerador o exercício do poder de polícia (pois se assim fosse todo jurisdicionado deveria pagá-la, anualmente, pois estamos sempre, todos, sujeitos à jurisdição) e sim a movimentação da máquina jurisdicional (v.g. o ajuizamento de uma demanda)”. (MARQUES NETO, p. 334).

Por essa razão, o Código Tributário do Estado do Rio de Janeiro (DL 05/1975), ao dispor sobre a taxa judiciária, prescreve o seguinte:

“Art. 112. A Taxa Judiciária incide sobre os serviços de atuação dos magistrados e dos membros do Ministério Público, em qualquer procedimento judicial, e será devida, conforme o caso, por aqueles que recorrerem à Justiça Estadual, perante qualquer Juízo ou Tribunal, pelo interessado na prática do ato.”

Com isso, no que se refere à relação entre o MP e a sociedade, a atividade do *Parquet* se equipara à atividade jurisdicional do Poder Judiciário, caracterizando-se como um serviço público.

No que tange à relação entre o MP e o seu investigado, o *Parquet* fiscaliza todos os serviços públicos, independentemente da concepção utilizada para a conceituação, além das atividades particulares que interfiram na coletividade.

Assim, o investigado pelo MP pode ter absolutamente qualquer natureza, ou seja, desde um órgão do Estado, seja da Administração Pública direta ou da indireta, até pessoas jurídicas de direito privado e pessoas físicas.

Nessa relação entre o MP e seu investigado, cabe ao *Parquet* exercer funções de fiscalização e controle, sejam diretas ou através da propositura de medidas judiciais.

Desse modo, considerando que concluímos acima que o MP presta um serviço público à sociedade, e sendo certo que, na relação com o investigado, esse serviço se consubstancia principalmente na fiscalização e no controle das atividades governamentais e particulares, dentre as espécies de serviço público, aquela que trata justamente dessa função reguladora é o poder de polícia, que será melhor abordado a seguir.

1. 2. Poder de Polícia

Os conceitos clássicos de poder de polícia ressaltavam a noção de atividade limitadora do particular frente à supremacia do interesse público sobre o privado, valendo citar Otto Mayer e Caio Tácito, respectivamente:

“A atividade do estado que visa a defender, pelos meios do poder da autoridade, a boa ordem da coisa pública contra as perturbações que as realidades individuais possam trazer; o conjunto de atribuições concedidas à Administração para disciplinar e restringir, em favor do interesse público adequado, direitos e liberdades individuais”. (MAYER; TÁCITO *apud* MOREIRA NETO, 2003, p. 385).

Ainda nessa concepção clássica, merece menção, também, o conceito explícito no artigo 78 Código Tributário Nacional:

“Atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razões de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades

econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos”.

A ideia de poder de polícia, então, sempre esteve atrelada à soberania do Estado e à supremacia do interesse público sobre o privado.

A partir do momento em que o Estado se organizou e assumiu para si o monopólio da força, aos particulares restou uma sujeição àquilo que era legitimamente decidido pelo agente público responsável.

Atualmente, entretanto, houve uma ampliação das funções do Estado e, conseqüentemente, do campo e da maneira da sua atuação. Agora, ao também operar na ordem econômica, onde age em concorrência ao particular, bem como na ordem social, quando atende ao cidadão de forma assistencialista, o Estado muda o caráter restritivo da sua conduta e parte para o incentivo.

Do papel de autoridade que fazia cumprir o dever do cidadão de não interferir e perturbar o interesse público, se evoluiu para um patamar onde o foco deixa de ser o Estado em si e passa para o particular, cabendo ao primeiro exercer uma função intervencionista, mas agora restringindo e condicionando o exercício de seus próprios direitos em prol de uma maior liberdade e atuação daqueles que antes eram apenas seus subordinados.

Essa evolução da natureza da atividade do Estado gerou uma mudança do perfil de atuação do poder de polícia, que tradicionalmente era exercido pela Administração Pública direta e pelas autarquias, órgãos da Administração Pública indireta, mas com personalidade jurídica de direito público.

Como o exercício do poder de polícia constitui uma decorrência direta do poder político, e como o Estado reservou para si o monopólio do uso da força, a Administração Pública seria a única legitimada a promover escolhas acerca dos interesses sociais que orientam a vida dos particulares.

Da soberania do Estado e da sua posição de supremacia em face dos interesses dos cidadãos também decorre a igualdade entre os particulares, o que significa que, pela isonomia, não poderia um particular (ou uma pessoa jurídica de direito privado) exercer poder de força sobre outro.

Desse raciocínio ainda advém a impossibilidade do cidadão em criar obrigações contra terceiros, bem como de impor medidas coercitivas para efetivá-las ou mesmo de determinar o seu cumprimento autonomamente (autoexecutoriedade), sem a intervenção do Poder Judiciário.

Ademais, Juarez Freitas, ao tratar da indelegabilidade do poder de polícia, afirma que “o procedimento de poder de polícia administrativa – tipicamente estatal – exige, no mais das vezes, que o agente tenha garantias próprias das funções do Estado”. (FREITAS, 2013, p. 203).

Isso porque o fato de estar submetido ao regime jurídico do servidor público, além de representar a própria força e expressão da vontade da administração, ainda iria dar ao agente responsável maior segurança e estabilidade no exercício de suas funções.

Destarte, a orientação clássica restringe o poder de polícia à Administração Pública direta e autarquias com base nos seguintes elementos: princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, soberania do Estado, monopólio do uso da força pelo Estado, coercitividade, autoexecutoriedade e estabilidade dos servidores públicos.

Entretanto, percebe-se, de início, que os elementos acima reunidos não são, na verdade, características privativas da Administração Pública direta, muito menos do Poder Executivo.

Em outras palavras, legitimado político, autoexecutoriedade, monopólio do uso da força, soberania, servidor público etc., ainda que sejam considerados como elementos essenciais da legitimidade ativa do poder de polícia, não são exclusivos do Poder Executivo, mas também se encontram presentes nos demais Poderes – Legislativo e Judiciário, bem como nos chamados órgãos de fiscalização e controle das atividades governamentais, como o Ministério Público e o Tribunal de Contas.

Aliás, vale lembrar que, enquanto Rousseau caracterizou o poder soberano como uno e indivisível, Montesquieu, pela Teoria da Separação dos Poderes, estabeleceu uma divisão tripartite de funções entre Executivo, Legislativo e Judiciário, de modo que um se encarregasse de controlar e limitar o outro.

Como explica Clèmerson Merlin Clève:

“O que a doutrina liberal clássica pretende chamar de separação dos poderes, todavia, não poderia consistir numa estratégia de partição de algo, por natureza, uno e indivisível. Tanto não poderia ser dividido que as primeiras Constituições procuraram conciliar o pensamento de Rousseau com aquele de Montesquieu. A separação de poderes corresponde a uma divisão de tarefas estatais, de atividades entre distintos órgãos, e aí sim, autônomos órgãos assim denominados de poderes”. (CLÈVE, 2000, p. 30).

Assim, não se trata de Poderes (no sentido de órgãos) absolutos, mas de funções independentes e prioritárias, porém não exclusivas. O próprio mecanismo de freios e contrapesos, ao manter o equilíbrio e a harmonia entre os Poderes, estabelece funções típicas a cada um deles, mas também confere outras atípicas que seriam, a princípio, próprias dos demais.

Ao se separar as funções do Estado entre os Poderes não há exclusividade no exercício da respectiva atividade, já que existem casos em que um Poder irá exercer uma função que seria do outro.

A atividade administrativa (organização, regulação, gestão, operacionalidade, fiscalização, sanção etc), por exemplo, é própria a todos os Poderes, já que cabe a todos se organizarem internamente, gerindo os seus órgãos e exercendo a gestão sobre seus bens, serviços e pessoal.

Por exemplo, cabe ao Legislativo legislar, fiscalizar, administrar e julgar, sendo que a primeira seria a sua atividade natural. Ocorre que a fiscalização que o Poder Legislativo exerce sobre o Executivo configura-se como uma atividade administrativa, embora de cunho político. Cuida-se de um controle onde o Legislativo pode questionar os atos do Executivo, inclusive através de investigações (Comissões Parlamentares de Inquérito) de natureza administrativa, por serem preparatórias e inquisitoriais.

Outrossim, órgãos como o Ministério Público e o Tribunal de Contas, que não são Poderes, nem se inserem na Administração Pública, também exercem atividades típicas de polícia administrativa quando fiscalizam e sancionam tanto um particular, como um órgão público ou um agente político.

Não parece essencial para o conceito de poder de polícia, portanto, quem seja o destinatário final (particular ou órgão público) do comando restritivo, mas sim a natureza jurídica da própria atividade desenvolvida pelo seu titular.

O Supremo Tribunal Federal já chegou a essa conclusão, no julgamento da ADI nº 3.151/MT, ao reconhecer a constitucionalidade da lei que instituiu uma taxa pelo exercício de fiscalização do Poder Judiciário, em relação à atividade notarial e de registro.

Doravante, o STF conferiu um sentido amplo ao poder de polícia, reconhecendo legitimidade ativa ao Poder Judiciário (que não integra a Administração Pública) e legitimidade passiva a um particular (apesar de estar no exercício de atividade pública delegada).

Assim, nas atividades notariais, há duas delegações pelo Poder Público: um serviço público exercido pelos particulares (o cartório extrajudicial não é órgão do Estado e não possui personalidade jurídica própria, sendo a delegação feita através de concurso aos tabeliães), e um poder de polícia atribuído ao Poder Judiciário, em face dos notários (artigo 236, *caput* e §1º, da CRFB/88).

Por conseguinte, a legitimidade ativa para o exercício do poder de polícia deve ser mais aberta, compreendendo não apenas a Administração Pública direta e as autarquias, mas também outros órgãos públicos *lato sensu* que exercem atividade administrativa típica de polícia.

Entretanto, o fato desses outros órgãos públicos também exercerem atividade de polícia administrativa não significa que o farão da mesma forma e com a mesma intensidade que aqueles originalmente concebidos para isso.

Em outras palavras, pode ser que esses outros órgãos, diferentes do Poder Executivo, mas que também desenvolvem atividades administrativas de polícia, não tenham liberdade para exercer essa função de forma natural e plena.

Isso ocorre porque o poder de polícia, na verdade, não se constitui em apenas um ato, mas sim em uma série de atividades, o que significa que a legitimidade para uma fase pode não significar para outra, ou para todas.

Impossível, portanto, esclarecer o tema da legitimidade ativa sem falar, ao menos brevemente, de cada fase do poder de polícia, tendo em vista que uma etapa difere bastante da outra, não apenas na atividade exercida, mas especialmente em quem a exerce.

Quando falamos em fases do poder de polícia tratamos justamente da sua forma de apresentação ao longo do tempo, ou seja, do seu ciclo, que vai desde a sua constituição até a efetiva implementação final.

Justamente por derivar da lei, nas palavras de Diogo de Figueiredo:

“A ordem de polícia, que inicia o ciclo de atuação de polícia e o valida, é o preceito legal, a satisfação da reserva constitucional (art. 5º, II) para que não se faça aquilo que pode prejudicar o interesse geral ou para que não se deixe de fazer alguma coisa que poderá evitar ulterior prejuízo público, portanto, se apresentando sob duas modalidades.

A primeira modalidade é, nitidamente, um preceito negativo absoluto, pelo qual são vedadas certas formas de exercício de atividades e de uso da propriedade privada, por serem consideradas incompatíveis com a boa ordem social. Nesta modalidade, impõem-se restrições ao exercício de liberdades, de direitos e de faculdades”. (MOREIRA NETO, 2003, p. 388).

Considerando, portanto, a regra de que ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, somente a lei pode criar restrições e limitações ao exercício de direitos e liberdades.

A liberdade é a regra, devendo a lei estabelecer, previamente, a impossibilidade do exercício de certa atividade, ou condicionamentos para a sua liberação.

Cabe frisar que, consoante Alexandre Santos de Aragão, lei deve ter o sentido amplo, uma vez que “é cada vez mais aceita a possibilidade de a Administração, independentemente de lei infraconstitucional, impor limites com base diretamente em ponderação de direitos fundamentais”. (MEDAUAR; SANTOS DE ARAGÃO, 2014, p. 109).

De acordo com Carlos Ari Sundfeld, “só existirá administração ordenadora se, quando, como e na medida em que o legislador, ao regulamentar a vida dos indivíduos, houver cominado à Administração um papel ativo em seu cumprimento”. (SUNDFELD, 2003, p. 21), o que significa que uma restrição (ordem de polícia) deve

emanar do Poder Legislativo, sendo inviável a criação de restrição nova por ato administrativo ou ato de delegatário de poder de polícia.

Após a edição do ato normativo em que se estabelece a restrição ao exercício de determinado direito ou liberdade, caso tenha sido prevista a possibilidade do particular, mediante certas condições, solicitar à Administração Pública que usufrua dessa prerrogativa, teremos o consentimento de polícia.

Nota-se que pode haver uma restrição absoluta imposta por lei, ou uma relativa, quando o cumprimento de determinadas condições possibilitar o seu desempenho, justamente onde se aplica o consentimento de polícia.

Segundo o professor Diogo de Figueiredo:

“A segunda modalidade é um preceito negativo com reserva de consentimento, pelo qual são vedadas, apenas em princípio, certas formas de exercício de atividades e de uso da propriedade privada, sem que a Administração, prévia e expressamente, avaliando casuisticamente as circunstâncias de fato, as consinta. Nesta modalidade, impõem-se condicionamentos ao exercício de liberdades, de direitos e de faculdades”. (MOREIRA NETO, 2003, p. 388).

Trata-se, aqui, da fase em que o particular solicita o ato de anuência para que possa fazer alguma coisa que seja controlada previamente pela Administração Pública, ou seja, quando o interessado terá que demonstrar que cumpriu com as exigências e condições impostas em lei para a compatibilização do exercício do direito controlado.

Em relação à legitimidade ativa, a atividade de consentimento pode ser delegada, desde que na ordem de polícia estejam previstas as condições, cabendo ao delegatário apenas cumprir aquilo que já foi decidido anteriormente pelo órgão competente.

Caso contrário, estaria o delegatário criando restrição nova, o que seria inconstitucional (artigo 5º, inciso II, da CRFB/88), pois o ato de consentimento se equivaleria a uma nova ordem.

Em vista disso, como o ato de delegação não envolve aquelas características próprias do Poder Público (coercitividade, autoexecutoriedade etc.), não há óbice para que um particular exerça alguma atividade de consentimento.

Após dado o consentimento, deve-se fiscalizar o correto cumprimento das respectivas condições, tanto daquelas que foram requisitos à ordem de polícia, como de eventuais previstas no próprio ato de consentimento. Evita-se, aqui, a existência de abuso pelo particular no uso da sua licença, autorização ou permissão.

Evidentemente, a fiscalização é ato proveniente da imperatividade e força cogente do Poder Público que emanou a ordem e criou as condições para o seu adimplemento, podendo, portanto, ser exercida de ofício, não sendo necessária a provocação do particular interessado.

Pelos mesmos motivos, a fiscalização é uma atividade vinculada e não discricionária. Não pode o seu titular examinar condições de oportunidade e conveniência para decidir se fiscaliza ou não. O exercício dessa atividade, portanto, é um dever para o seu titular, diretamente relacionado à tutela daquele interesse que está sendo protegido através da limitação imposta pelo poder de polícia.

Voltando ao tema da legitimidade ativa, mas fazendo uma relação com a fiscalização, como a titularidade sobre uma etapa do ciclo de polícia não pressupõe as fases anteriores, pode a lei conferir a legitimidade para um órgão consentir e para outro(s) fiscalizar(em).

Dessa forma, *v.g.*, não cabe ao Tribunal de Contas autorizar, previamente, todas as contratações da Administração Pública. Muito menos deve o Ministério Público conceder uma licença ambiental.

Todavia, esses órgãos públicos irão fiscalizar e, eventualmente, impor sanções no exercício de atividades de polícia administrativa, já que a própria Constituição os delegou essas funções.

A sanção de polícia é a última fase do ciclo, quando ocorre a aplicação da penalidade decorrente do não cumprimento dos limites impostos na ordem, no consentimento ou na fiscalização.

O exercício da função sancionadora deve ser sempre motivado e proporcional, o que significa que a pena deve ser graduada dependendo das condições fáticas e jurídicas do caso concreto.

A regra constitucional que determina o dever de fundamentação das decisões judiciais (artigo 93, inciso IX) se aplica às sanções de polícia administrativa. Em um Estado de Direito, onde a atividade sancionadora está eminentemente vinculada a uma previsão legal anterior, a motivação é o elo essencial entre a sanção (*nulla poena sine lege* – artigo 5º, inciso XXXIX, da CRFB/88) e sua eventual revisão, pois o conhecimento é elemento da defesa.

Outrossim, o dever de motivação pode ser extraído do artigo 37, *caput*, da Carta Magna, ao prescrever que a Administração Pública se submete, entre outros, aos princípios da legalidade, moralidade e publicidade.

Ora, seria impossível haver a imposição de uma sanção administrativa sem a previsão legal anterior, a fundamentação e a sua devida exposição.

Ao se constatar uma ilegalidade no exercício de uma fiscalização de polícia, a sanção pode enfrentar o dilema entre a aplicação de uma pena e a continuidade da empresa, que envolve tanto o interesse do particular e dos seus empregados, como dos cidadãos beneficiados direta ou indiretamente pela atividade. Nesse conflito,

não se deve escolher um dos lados, mas sim otimizar ambos, a fim de que possam conviver harmonicamente.

Logo, no que tange à fixação das penas, a proporcionalidade é a técnica de solução de conflitos entre princípios. Através dela, devem ser examinadas as condições especiais de importância de cada um dos princípios em jogo para se aferir a precedência de um sobre o outro, conferindo-se o peso individual deles no confronto.

A regra da proporcionalidade é justamente o mecanismo de ponderação de princípios que busca maximizá-los nos casos concretos, subdividida em três sub-regras, consecutivas e subsidiárias: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Por adequação se entende o meio com cuja utilização um objetivo pode ser fomentado, promovido ou alcançado, o que significa, para Virgílio Afonso da Silva, que “uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido”. (AFONSO DA SILVA, p. 36).

Esse primeiro estágio envolve, então, a premissa de se estabelecer o grau de não satisfação ou de prejuízo do princípio questionado. O foco é o princípio que supostamente traz algum tipo de restrição ou prejuízo para alguém, sem se examinar, por enquanto, o outro princípio que seria atingido.

Destarte, adequado é aquilo que se presta à finalidade pretendida, ou seja, se determinada medida consagra certo princípio, ela será adequada para esse princípio. Não se busca aferir o outro princípio em choque, mas somente aquele que a medida visava a proteger ou incentivar.

Já necessário é o ato estatal que limita um direito fundamental que não poderia ser promovido, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limitasse, em menor medida, o direito fundamental atingido.

Portanto, enquanto o exame da necessidade é eminentemente comparativo, o da adequação é absoluto e se esgota em si próprio. É da essência do exame da necessidade a comparação da medida em exame com outras eventualmente possíveis, a fim de se aferir se a escolha, ou melhor, se a restrição causada a um dos princípios, foi necessária, ou se existe outra alternativa menos invasiva.

Diferentemente da fase da adequação, em que o princípio protegido é isoladamente examinado, afere-se, na necessidade, a importância da satisfação do mesmo princípio (ou melhor, seu grau de benefício), mas aqui já comparando a medida com outras soluções teoricamente possíveis, mas que não acarretariam a mesma restrição ou prejuízo ao outro princípio em conflito.

No caso, se tanto uma suspensão temporária de uma atividade, como a sua interrupção permanente resolveriam o problema causado, ambas podem ser medidas adequadas, mas apenas a primeira seria necessária.

O exame da proporcionalidade em sentido estrito, por sua vez, consiste no sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva.

É a fase em que ocorre a verdadeira ponderação entre os princípios envolvidos no conflito, pois, até aqui, ainda não se atribuíam pesos a eles. Conforme Alexy, “as submáximas da adequação e da necessidade demandam uma otimização relativa às possibilidades fáticas. Não se trata aqui de ponderação, mas de impedir restrições em direitos fundamentais evitáveis sem custos para outros princípios”. (ALEXY, 2010, p. 26).

Para que uma medida seja desproporcional em sentido estrito, então, os motivos que a fundamentam devem ter peso menor do que o peso do direito fundamental restringido.

Transportando essas lições e retornando à rota da atividade sancionadora de polícia, havendo mais de uma pena possível, e sendo importante a permanência da empresa, a escolha deve recair sobre aquela que conciliar a repressão firme da ilegalidade e a continuidade da atividade, sem exageros que inviabilizem e fulminem o negócio, mas respeitando o maior dos interesses, ou seja, o interesse público e não os interesses do órgão público ou do empresário.

No que se refere à legitimidade, há uma orientação praticamente unânime da doutrina e da jurisprudência de que a sanção de polícia é fase restrita à Administração Pública, sendo vedada a sua delegação a particulares, diante da presença da supremacia do interesse público sobre o privado, da necessidade de utilização de meios coercitivos para a aplicação da pena, da autoexecutoriedade e da impossibilidade de um particular se sobrepor a outro para impor uma pena.

No entanto, outros órgãos públicos fora da Administração Pública também podem exercer sanção de polícia, como o Tribunal de Justiça, ao fiscalizar e punir a atividade notarial, o Tribunal de Contas, ao julgar os gastos públicos, e o Ministério Público, ao impor termos de ajustamento de conduta.

Aliás, aplicando os conhecimentos acima ao estudo da atividade do MP, ao invés da aplicação de uma pena, pode ser muito mais interessante a utilização da consensualidade na solução de conflitos, o que significa que, através da regra da proporcionalidade no exercício da atividade sancionadora de polícia, a própria sanção deve ceder espaço para que antes sempre se tente um ajustamento de condutas.

Inclusive, vale ressaltar a lição de Marcos Juruena, especialmente nos casos de atividades reguladas:

“É importante que no exercício da função regulatória mais vale prevenir o litígio e a solução do conflito que a sua preservação (durante um longo procedimento de apuração, nem sempre

bem conduzido ou concluído); assim, o órgão regulador pode, antes ou depois de lavrar o auto de infração, celebrar com as partes interessadas o que, genericamente, se denomina ‘acordo substitutivo’.

Assim, em qualquer fase do processo administrativo deve-se admitir a celebração de variedades de acordos substitutivos, com denominações específicas de compromisso de desempenho, acordo de cessação, acordo de leniência e outras variedades pactuais que importam em cessação de prática suspeita de investigação”. (VILLELA SOUTO, 2005, p. 74).

No mesmo sentido, Karlin Olbertz assevera que:

“Um exemplo de funcionamento da proporcionalidade na execução de medidas de repressão consiste na celebração de termos de ajustamento de conduta. Isso porque a Administração Pública, na avaliação do caso concreto, pode chegar à conclusão de que o meio mais eficaz para atingimento da finalidade jurídica não é a imposição de uma sanção afliativa e retributiva, mas a imposição de compromisso e de obrigações de recomposição do bem jurídico afetado”. (MEDAUAR; OLBERTZ, 2013, p. 55).

Nessa linha, nota-se, modernamente, um caminho de maior consensualidade na solução dos conflitos entre a Administração Pública e o particular, principalmente nas atividades reguladas, onde há uma busca permanente por interesses comuns entre o regulador e aquele que exerce a atividade, o que justifica ainda mais a celebração de termos de ajustamento de conduta ao invés de processos impositivos de penas.

Firmada a premissa de que a consensualidade obedece à proporcionalidade e de que o oferecimento do compromisso de ajustamento de conduta deve preceder à imposição de uma pena administrativa, embora no enunciado normativo da Lei da Ação Civil Pública tenha sido utilizado o verbo “poderão” (artigo 5º, §6º, Lei 7.347/85: os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial), caso seja viável a celebração de termo de ajustamento de conduta, a Administração deve e o fiscalizado pode solicitar a sua aplicação.

Trata-se, assim, de verdadeiro direito subjetivo do interessado, ao poder exigir a verificação de viabilidade do TAC. Claro que não existe o direito à celebração do ajustamento de conduta, mas a Administração também não pode decidir livremente pelo seu oferecimento ou não.

O TAC não pode ser imposto pelo órgão público, pois o compromissário tem a liberdade de aceitá-lo ou não. Ele pode tanto preferir discutir sua responsabilidade, como discordar das cominações, optando, assim, por se abster de firmar o compromisso.

Contudo, o compromissário, tendo interesse, pode sim requerer do órgão público que seja verificada a possibilidade de oferecimento de um TAC. Não pode exigir o TAC, pois requisitos e pressupostos devem estar presentes. Mas pode demandar pela decisão justificada sobre a sua aplicabilidade.

Ana Luiza de Andrade Nery afirma justamente que “inexiste discricionariedade pura, pois a escolha do melhor caminho e a fundamentação para isso torna o ato vinculado, desprovido, portanto, de discricionariedade” (NERY, p. 221).

Inclusive, vale fazer uma breve analogia entre o TAC e a transação penal, disposta no artigo 76, da Lei nº 9.099/1995:

“Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta”.

Da mesma forma que no TAC, na transação penal o acusado possui o direito subjetivo a que a proposta seja oferecida ou fundamentadamente negada, sendo que o verbo “poderá” também não exprime uma livre discricionariedade do Ministério Público. Tal lógica parece ser seguida pelo próprio Supremo Tribunal Federal, embora um pouco confuso na definição:

RE 776801/BA – Min. Roberto Barroso – Julgamento: 29/11/2013

(...) Preliminar de nulidade em face da ausência de proposta de transação penal. Razoável discricionariedade auferida ao MPF. Inexistência de direito subjetivo do réu à transação em todas as situações. Necessidade de preenchimento dos requisitos ensejadores da transação penal (...).

Ao falar em razoável discricionariedade, o acórdão trata de necessidade de fundamentação para se negar o oferecimento de proposta de transação, enquanto a expressão inexistência de direito subjetivo em todas as situações seria o equivalente a direito subjetivo desde que preenchidos os requisitos, ou direito subjetivo ao exame do cabimento do oferecimento da proposta.

Destarte, o verbo “poderão” expressa apenas a existência de mais de uma possibilidade de solução dos conflitos, sendo uma consensual e a outra impositiva (a sanção administrativa), mas não significa que o órgão público pode livremente

escolher qual irá adotar, tendo em vista que o termo de ajustamento de conduta sempre será a primeira alternativa, se for viável no caso concreto.

Com a autorização legal e a possibilidade fática e jurídica para a celebração de um termo de ajustamento de conduta, essa medida deve ser adotada preferencialmente, justamente por conciliar o atingimento dos interesses de todos os envolvidos, ou seja, da Administração, do favorecido com o consentimento e dos demais particulares atingidos direta ou indiretamente com a atividade regulada.

A sanção não precisa ser necessariamente aplicada, pois a obrigatoriedade é para o exercício do poder de polícia e não do poder de punir, sendo que firmar compromissos não significa deixar de punir.

Portanto, a discricionariedade do órgão público na verificação do interesse na celebração de um TAC não é ampla e absolutamente livre.

Isso não significa que o órgão público não tenha a possibilidade de verificar a adequação e a necessidade de um TAC àquele dano investigado, mas sim que eventual negativa na opção pelo acordo deve estar muito bem fundamentada, especialmente abordando a razão pela qual a via da sanção administrativa se faz, naquele caso, mais oportuna e conveniente do que o ajustamento da conduta.

Como já mencionado anteriormente, tratando-se de aplicação de uma sanção administrativa, o órgão público deve se pautar pela proporcionalidade, sendo, com isso, vedada a possibilidade meramente arbitrária e discricionária de se escolher pela pena em detrimento da solução conciliadora do TAC.

Ademais, se o TAC atinge a mesma finalidade do que a ação civil pública, mas em menor tempo e, consequentemente, com menor custo, a princípio não haveria interesse jurídico em se preferir a via judicial.

1.3. Conclusão

Com base no exposto, podemos concluir que o Ministério Público é um órgão público que exerce regulação estatal, conforme as palavras de Floriano de Azevedo Marques Neto:

“Meu entendimento do que seja regulação estatal é amplo e compreensivo das diversas modalidades de intervenção estatal em face (no e sobre) do domínio econômico. Tenho comigo, neste sentido, por regulação a atividade estatal mediante a qual o Estado, por meio de intervenção direta ou indireta, condiciona, restringe, normatiza ou incentiva a atividade econômica de modo a preservar a sua existência, assegurar o seu equilíbrio interno ou atingir determinados objetivos públicos como a proteção de hipossuficiências ou a consagração de políticas públicas. Neste sentido, entendo que o gênero regulação econômica (regulação

estatal contraposta à autorregulação interna ao domínio econômico) compreende vários instrumentos e atividades com lastro no texto constitucional como a de fiscalizar, planejar, coordenar, orientar, coibir condutas nocivas, regulamentar e fomentar atividades econômicas". (MARQUES NETO, 2005, p. 2).

Na mesma brilhante obra, que parece se adequar perfeitamente ao objetivo deste humilde trabalho, o professor Floriano ainda acrescenta que:

"(...) durante muito tempo a regulação estatal se manifestava ou pela atividade normativa (regulamentação de uma série de atividades econômicas) ou pela intervenção direta no domínio econômico (com a assunção pelo Estado, diretamente ou por ente seu, da exploração de atividade econômica, em regime público ou não, sem ou – preferencialmente com a assunção monopolística). Ou seja, o Estado assumia a produção de bens e serviços diretamente, interditando a exploração destas atividades aos particulares, ou se limitava a regrear, normatizar, a atividade destes particulares nos demais setores da ordem econômica.

(...) Portanto, a retirada do Estado da efetiva execução de algumas atividades e o trespasse de sua exploração a particulares (mediante o recurso a parcerias, abertura à competição ou a outorga de concessões e permissões), antes de implicar uma retirada da esfera pública desta área de atividade, importa na necessidade de fortalecimento da atuação pública.

Mais do que aumento da atividade regulatória indireta (para compensar a diminuição da regulação via intervenção direta), podemos identificar um outro processo de transformação da regulação estatal. Fruto da reestruturação do papel do Estado nas suas relações com a sociedade, verifica-se o surgimento de um novo padrão de atuação regulatória onde a imposição unilateral e autoritária de pautas, condutas e comportamentos dá lugar à articulação de interesses e ao estabelecimento de pautas regulatórias negociadas com os diversos interesses envolvidos numa atividade (operadores, usuários efetivos e usuários potenciais). Ganha lugar aquilo que se convencionou chamar de regulação reflexiva, na qual o Estado deixa de ser um adjudicador de direitos e passa a ser um mediador de interesses, sem perder a função de tutor das hipossuficiências sociais.

O novo papel do Estado, enquanto regulador, implica no abandono do perfil autoritário em favor de uma maior interlocução com a

sociedade. Enquanto na perspectiva do Estado liberal incumbe ao poder público assegurar as regras do jogo para livre afirmação das relações de mercado e no Estado social inverte-se este papel, passando a atividade estatal a prover necessidades coletivas, ao Estado contemporâneo são requisitadas funções de equalizador, mediador e árbitro ativo das relações econômicas e sociais. Mais que um mero garantidor de pré-condições normativas e menos que um produtor de utilidades públicas, o Estado hodierno assume um papel de “mediador ativo” de interesses” (MARQUES NETO, 2005, p. 3/4).

Aliás, ao abordar a mudança da atuação do Estado, Floriano destaca que “do ângulo organizacional, aparece a necessidade de novos órgãos e instrumentos de ação estatal. Afinal, para desempenhar este novo perfil de ação regulatória se fazem necessários instrumentos aptos a conferir ao regulador independência, autonomia, especialidade e capacitação técnica”, ou seja, requisitos que se alinham perfeitamente às características institucionais e funcionais do Ministério Público.

Outrossim, também podemos concluir que o Ministério Público é um órgão público que exerce poder de polícia em face dos particulares, na medida em que, como legitimado ativo da ação civil pública, pode defender, contra ato de qualquer tipo de pessoa, o meio ambiente, o consumidor, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a ordem econômica, a ordem urbanística, a honra e a dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, o patrimônio público e social, bem como a qualquer outro interesse difuso ou coletivo (artigos 1º e 5º, inciso I, da Lei nº 7.347/85).

Isto posto, como órgão do Estado que exerce funções de fiscalização, controle e sanção, e na medida em que exerce essas atividades tanto em face dos serviços públicos, como das atividades particulares, bem como que atua em todo o território nacional, em todas as esferas jurisdicionais (estadual, federal, trabalhista, militar e eleitoral) e em todas as áreas (ambiental, cultural, consumidor etc), podemos conferir ao Ministério Público, sem sombra de dúvida, o título de maior e mais importante regulador estatal do Brasil.

Referências

ALEXY, Robert. Principais Elementos de uma Teoria da Dupla Natureza do Direito. *Revista de Direito Administrativo*, Fundação Getúlio Vargas, vol. 253, 2010.

AFONSO DA SILVA, Virgílio. O Proporcional e o Razoável. *Revista dos Tribunais*, vol. 91, n. 798, 2002.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. Serviço Público e sua Feição Constitucional no Brasil – Direito do Estado – Novos Rumos – Direito Administrativo. Tomo 2, Editora Max Limonad, 2001.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. Editora Renovar, 2014.

BORGES, Alice Gonzalez. Ação Civil Pública e Defesa do Consumidor de Serviços Públicos. *Revista Interesse Público*, nº 27, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública. Comentários por Artigo*. 6ª edição. Editora Lumen Juris, 2006.

CLÈVE, Clémerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. Editora Revista dos Tribunais, 2000.

CINTRA DO AMARAL, Antonio Carlos. Distinção entre Usuário de Serviço Público e Consumidor. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 225, 2001.

CUÉLLAR, Leila. Serviço de Abastecimento de Água e a Suspensão do Fornecimento. *Revista de Direito Público da Economia*, ano 1, nº 3, 2003.

FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. Editora Malheiros, 5ª edição, 2013.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público, Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. Editora Lumen Juris, 2005.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva - A Efetividade da Tutela Coletiva Fora do Processo Judicial*. Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Editora Del Rey, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *Constituição e Serviço Público. Direito Constitucional - Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. Editora Malheiros, 1ª edição, 2003.

GRELLA, Fernando. A Transação na Esfera da Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos e a Posição do Ministério Público. *Revista Justitia* nº 55 (161), São Paulo, 1993.

GUERRA, Sérgio. *Discrecionabilidade, Regulação e Reflexividade*. Editora Fórum, 2013.

JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *Princípios Institucionais do Ministério Público*. Editora Lumen Juris, 2008.

MACHADO, Hugo de Brito. Custeio de Serviço Público de Uso Compulsório. *Revista Interesse Público*, nº 23, 2004.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Nova Regulamentação dos Serviços Públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, nº 1, 2005.

_____. Concessão de Serviço Público sem Ônus para o Usuário - Direito Público - Estudos em homenagem ao Professor Dalmo de Abreu Dallari. Editora Del Rey, 2004.

_____. Universalização de Serviços Públicos e Competição: O Caso da Distribuição de Gás Natural. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 223, 2001.

_____. Público e Privado no Setor de Saúde. *Revista de Direito Público da Economia*, ano 3, nº 9, 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Compromisso de ajustamento de conduta – evolução e fragilidades. Disponível em: <www.mazzilli.com.br>. Acesso em: 02 de setembro de 2014.

_____. *O Inquérito Civil*. Editora Saraiva. 3ª edição. 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. Editora Saraiva, 2001.

MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein; OLBERTZ, Karlin; SANTOS DE ARAGÃO, Alexandre; SCHWIND, Rafael Wallbach. *Poder de Polícia na Atualidade*. Editora Fórum, 2014.

MEDAUAR, Odete. Serviço Público. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 189, 1992.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. Renovar, 2003.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. Editora Forense, 2003.

_____. *Mutações do Direito Administrativo*. Renovar, 2000.

NERY, Ana Luiza de Andrade. *Compromisso de Ajustamento de Conduta - Teoria e análise de casos práticos*. Editora Revista dos Tribunais. 2012.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Regulação, Fiscalização e Sanção*. Editora Fórum, 2013.

REZENDE OLIVEIRA, Rafael Carvalho. *Serviços Públicos e o Código de Defesa do Consumidor (CDC): Limites e Possibilidades*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, nº 25, 2011.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta - Teoria e Prática*. 3ª edição. Editora Forense. 2011.

SANTOS DE ARAGÃO, Alexandre. *Agências Reguladoras*. Editora Forense, 2014.

_____. Alexandre. *Direitos dos Serviços Públicos*. Editora Forense, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. Editora Malheiros, 2012.

TÁCITO, Caio. *As Delegações Legislativas e o Poder Regulamentar. Temas de Direito Público*, Editora Renovar, 1997.

_____. *Conceito de Serviço Público. Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)*, 1º volume, Editora Renovar, 1997

VIEIRA DA SILVA, Viviane. *A Omissão no Poder de Polícia*. Editora Fórum, 2011.

VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Direito Administrativo Regulatório*. Editora Lumen Juris, 2005.

A Possibilidade de Negócios Jurídicos Processuais Atípicos em Matéria Probatória

Robson Renault Godinho*

“Cidadãos em uma democracia não são apenas destinatários, mas também autores de suas normas jurídicas”¹.

A história do estudo da autonomia científica do processo civil é também a história da hipertrofia dos poderes dos juízes e da atrofia da autonomia das partes.

Com efeito, ao menos nos países de tradição romano-germânica, a formação doutrinária do processualismo² coincidiu – e, em certa medida, foi derivada – com a reação ao “liberalismo” e, consequentemente, deu início ao que normalmente é denominado de publicismo do processo³.

* Pós-doutorado (UFBA). Doutor e Mestre em Direito Processual (PUC/SP). Promotor de Justiça (RJ).

¹ GÜNTHER, Klaus. Qual o conceito de pessoa de que necessita a teoria do discurso do direito? Reflexões sobre a conexão interna entre pessoa deliberativa, cidadão e pessoa de direito. Flavia Portella Püschel (trad.). *Teoria da Responsabilidade no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 31.

² Sobre o aspecto histórico do processualismo, vale transcrever excerto de importante trabalho de Daniel Mitidiero: “É com o Código Buzaid que sentimos, em toda a sua extensão, a força da invasão da cultura jurídica europeia sobre o processo civil brasileiro. [...] O processo civil nasce no final do século XIX, na Alemanha, profundamente influenciado pela pandectística. Isto irremediavelmente marca o direito processual civil com uma característica cientificista, que acaba por determinar sua neutralidade em relação à cultura. O programa alemão para ciência do processo é encampado pela doutrina italiana da primeira metade do século XX, daí aportando para o direito brasileiro. O Código Buzaid marca a consagração do Processualismo no Brasil, relevando na sua disciplina as lições da Escola Histórico-Dogmática italiana, de que tributário. Do ponto de vista estrutural, organiza-se de modo a propor como esquema padrão para tutela dos direitos o trinômio processual cognição-execução forçada-cautela. Ao lado desta estrutura, o Código Buzaid acaba tendo em conta a realidade social e os direitos próprios da cultura oitocentista, por força do neutralismo inerente ao Processualismo e por ter levado em consideração como referencial substancial o Código Bevilacqua, o que redundou na construção de um processo civil individualista, patrimonialista, dominado pelos valores da liberdade e da segurança, pensado a partir da ideia de dano e vocacionado tão somente à prestação de uma tutela jurisdicional repressiva” (O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de Processo*, nº 183 São Paulo: RT, maio de 2010, p. 185, 190/191).

³ Desenvolvi o tema mais aprofundadamente em dois trabalhos: *Convenções sobre o ônus da prova* – estudo sobre a divisão de trabalho entre as partes e os juízes no processo civil brasileiro. São Paulo: Tese de doutorado, PUC-SP, 2013. A autonomia das partes e os poderes do juiz entre o privatismo e o publicismo do processo civil brasileiro. *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Didier Jr.; Nalin; Ramos; Levy (coord.). Salvador: JusPodivm, 2013. Além dos trabalhos constantes dessa obra coletiva antes citada, podem ainda ser apontadas como referências importantes sobre essa temática: *Processo Civil e Ideologia*: um prefácio, uma sentença, dos cartas y quince ensayos. Juan Montero Aroca (coord.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. Veja-se, ainda, uma introdução à visão “garantista” do processo em “Crônica da Primeira Jornada Internacional sobre Processo Civil e Garantia”, subscrita por Adolfo Alvarado Velloso, Eugenia Ariano Deho, Franco Cipriani, Federico G. Dominguez, Luís Correia de Mendonça, Girolamo Monteleone e Juan Montero Aroca, publicada na *Revista de Processo*, nº 145. São Paulo: RT, março de 2007. GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo*, nº164. São Paulo: RT, outubro de 2008. TARUFFO, Michele. *La Giustizia Civile in Italia dal’ 700 a Oggi*. Bologna: Mulino, 1980. CIPRIANI, Franco. *Ideologie e Modelli del Processo Civile: saggi*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001. TARELLO, Giovanni.

Essa reação ao denominado liberalismo processual, entretanto, significou uma exclusão da autonomia das partes, como se, para evitar que o processo continuasse a ser “coisa das partes”⁴, fosse necessária uma reação radical transformando-o em

Storia della Cultura Giuridica Moderna: assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: il Mulino, 2010 (1976). *Dottrine del Processo Civile*: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile. Bologna: il Mulino, 1989. SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo*: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo. Coimbra: Coimbra, 2003. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios Jurídicos Processuais*: análise dos provimentos judiciais como atos negociais. Tese. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2011. DIDIER JR, Fredie. NOGUEIRA Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

⁴ Para uma visão do pensamento do processo como coisa das partes, em 1865, TARUFFO. *La Giustizia Civile in Italia dal 700 a Oggi*. Bologna: Mulino, 1980, p. 128/129 e 142/149). Colhe-se, na p. 188 da referida obra, este excerto que bem revela o pensamento que levou à “reação” publicista: “Il mutamento di indirizzo della dottrina che in questi anni si verifica non discende invero dall’assunzione esplicita di un’ideologia politica diversa da quella liberale, e tanto meno dei principi socialisti, bensì da un’evoluzione che si colloca essenzialmente sul piano della cultura giuridica, e solo indirettamente contiene implicazioni ideologiche. Il centro del problema è rappresentato dalla definizione della natura pubblicistica del processo civile, e dalla definizione del concetto del ‘diritto di azione’. [...] In ogni caso, la c. d. ‘pubblicizzazione’ del processo civile inverte e presuppone di fondo che erano alla base del codice del 1865 e della dottrina ottocentesca: il processo non è più esclusivamente un ‘affare delle parti’ ma un luogo in cui si esprime l’autorità dello Stato; esso non mira solo alla tutela di interessi privati, ma realizza l’interesse pubblico all’amministrazione della giustizia; il perno del processo non è più l’iniziativa delle parti, ma la funzione del giudice. In sintesi, il processo non è più visto come una forma in cui si esplica l’autonomia privata nell’esercizio dei diritti, ma come uno strumento che lo Stato mette a disposizione dei privati in vista dell’attuazione della legge”. E, na p. 191 da mesma obra, uma fundamental observação, mas pouco referida: “L’obiettivo della polemica di Chiovenda non è l’autonomia privata, né tanto meno la natura privatistica del diritto sostanziale, ma la degenerazione che essa produce in un sistema che a tale autonomia rimette integralmente l’andamento del processo, consegnando quest’ultimo in modo da farne non uno strumento di giustizia, ma un’arma vessatoria a disposizione di chi si giova del formalismo, dei tempi lunghissimi e dei costi elevati del processo”. Vejam-se, por exemplo, estas passagens de Barbosa Moreira: “Vale a pena recordar que, em época não muito distante – à qual vai a nossa dando a impressão de querer assemelhar-se por mais de um prisma –, o processo civil costumava ser visto como ‘coisa das partes’. Tal concepção, que prevaleceu na Europa até a primeira metade do presente século, ligava-se naturalmente à filosofia liberal individualista de que se impregnaram os sistemas políticos então dominantes, e encontrava alento numa peculiaridade do processo civil, como o concebiam e disciplinavam os países europeus: a de ter por exclusivo objeto litígios atinentes a relações jurídicas de direito privado – ao contrário, assinala-se, do que sucede entre nós. Daí a difundida convicção de que ele devia sujeitar-se à ‘soberania das partes’ – reflexo do princípio da autonomia da vontade, entendido em termos praticamente absolutos. À luz de certos aspectos da recente evolução histórica, não será de estranhar que a alguns sorria a ideia de ressuscitar essa moda” (Privatização do processo? *Temas de Direito Processual (sétima série)*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 12). “Enquanto se considerava o processo como ‘coisa das partes’, era natural que se entregasse a estas – ou, talvez mais exatamente, aos respectivos advogados – o comando do ritmo processual e a possibilidade de manejar a seu exclusivo critério outras alavancas importantes, como a colheita do material destinado a ministrar base à solução do litígio. Tal concepção foi denunciada e combatida ao longo de muitas décadas, por juristas informados com o amesquinhamento que ela impunha à função jurisdicional. [...] Outros tempos chegaram, e com eles a inevitável reação a tal modo de pensar. Começou a ser posto em realce o elemento publicístico do processo. [...] Dir-se-ia consolidada a mudança, e desnecessário qualquer esforço suplementar a seu favor. Eis senão quando o pensamento antigo ameaça querer ressuscitar. [...] Tentar de novo reduzir o juiz à posição de espectador passivo e inerte do combate entre as partes é anacronismo que não encontra fundamento no propósito de assegurar aos litigantes o gozo de seus legítimos direitos e garantias. Deles não de valer-se as partes e seus advogados, para defender os interesses privados em jogo. Ao juiz compete, sem dúvida, respeitá-los e fazê-los respeitar; todavia, não é só isso que lhe compete. Incumbe-lhe dirigir o processo de tal maneira que ele sirva bem àqueles a quem se destina servir. É o processo deve, sim, servir às partes; mas deve também servir à sociedade” (O processo, as partes e a sociedade. *Temas de Direito Processual (oitava série)*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 33/36 e 40). “Outra opção, menos áspera, pode basear-se na pecha, que se lança, de exacerbação do elemento publicístico no processo civil. Pois bem: à orientação contrária não cairá mal, nessa perspectiva, a denominação de *privatismo*. Sejam, porém, mais exatos: já que semelhante orientação nos remete à mentalidade dominante em tempos idos – e infelizmente, ao que tudo indica, reerguida da sepultura em

uma *coisa sem partes*. Entre esses extremos, é o momento de se compreender que há maturidade cultural suficiente para que o processo passe a ser uma *coisa com partes*, ou seja, as conquistas do publicismo não excluem o respeito ao autorregramento da vontade das partes.

O verdadeiro cisma existente entre o cidadão e o processo estatal deve encontrar alguma alternativa para ser superado, o que não será possível por meio da exclusão continuada da autonomia da parte no contexto processual⁵. A autonomia privada – não é exagerado afirmar – vem recebendo no processo civil estatal uma intolerância automática, uma resistência irrefletida ou uma indiferença constante, como se, ao iniciar o processo, as partes renunciassem à liberdade jurídica.

Nessa medida, o déficit democrático que se vê no processo civil não será sequer amenizado se o discurso persistir unicamente no protagonismo jurisdicional, assim como será agravado se houver uma exclusividade privatística dos rumos dos processos. Ou seja: nem uma exclusão das partes que pareça um autoritarismo estatal, nem uma exclusividade da vontade que se confunda com indiferença estatal.

O novo Código de Processo Civil pode ser um relevante marco nessa tentativa de equilíbrio entre o publicismo e o privatismo, promovendo mudanças estruturais na processualística, especialmente ao prever a cláusula geral que autoriza a formação de negócios jurídicos processuais⁶ atípicos (art. 190), além de aumentar o rol de

que parecia fazer –, numa época em que o processo civil era tido e havido como ‘coisa das partes’, tomamos a liberdade de chamar-lhe *neoprivatismo*, na esperança de que isso não desagrade aos seus ardorosos propagandistas” (O neoprivatismo no processo civil. *Temas de Direito Processual (nona série)*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 101). Verifica-se, nesses excertos ora transcritos, que a reação ao “privatismo” é bem mais forte do que a preocupação com a participação das partes do processo, que ainda parece figurar como uma ameaça a todas as conquistas, quase universais, acumuladas nessas décadas em que o processo, ao menos formalmente, consolidou-se como instituição de interesse público. Ao querer assegurar os benefícios decorrentes do publicismo, fecham-se os olhos para a incontestável realidade de que o processo se tornou um instrumento em que às partes se reserva o papel de incômodo ainda necessário, ao menos para, em regra, iniciá-lo e custeá-lo. A dificuldade em se trabalhar com o retorno da autonomia das partes, em conjunto com a autoridade judicial, resta patente nos trechos antes transcritos (Para exemplo mais recente dessa espécie de trauma cultural: FENOLL, Jordi Nieva. Imprecisiones privatistas de la ciencia jurisdiccional. *Revista de Processo*, nº 220. São Paulo: RT, junho de 2013).

⁵ Como afirmam DENTI e TARUFFO: “*il rapporto tra il cittadino e la giustizia deve ancora trovare un modo di essere che superi la separatezza e la condizione alienante che tuttora in larga misura lo caratterizzano [...] Probabilmente, una delle vie per superare questa frattura è quella di recuperare un più ampio spazio alla partecipazione popolare all'amministrazione della giustizia, sia nella fase organizzativa che nella fase propriamente giurisdizionale*” (La Giustizia Civile: lezioni introduttive. Bologna: Il Mulino, 2004, p. 43).

⁶ Registre-se que, no presente texto, somente tratarei de negócios jurídicos probatórios bilaterais. Assinale-se, ainda, que o conceito de negócio jurídico processual é complexo e comporta longa abordagem. Para este texto, limito-me a transcrever o conceito formulado por Fredie Didier Jr. e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, em cujo livro que escreveram em coautoria se encontra sólido desenvolvimento, com várias indicações bibliográficas: “fato jurídico voluntário em cujo suporte fático esteja conferido ao respectivo sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais” (*Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 59). Acrescente-se, também que normalmente se observa que no campo processual, há limitações evidentes à autonomia privada, mas isso, por si só, não afeta a existência dessa categoria de fato jurídico. Todas as categorias convivem com limitações mais ou menos amplas, que são fundamentais para conferir seus contornos conceituais, acrescentando-se que a amplitude da autonomia está diretamente relacionada com o grau de determinação da norma. O balizamento da autonomia privada molda o conceito de negócio jurídico processual, mas não o

negócios típicos e também prever o saneamento consensual (no campo probatório, por exemplo, foi prevista uma disciplina mais adequada das convenções sobre ônus da prova e também se previu a indicação consensual de perito arts. 373, §§ 3º e 4º, e 471, CPC, respectivamente; o art. 357, § 2º, prevê o saneamento consensual).

Evidentemente, a mudança legislativa não é suficiente para uma transformação cultural, mas não há dúvidas de que se trata de um pressuposto básico – e com importante carga simbólica – a existência de disposições legais que leve a sério a possibilidade de as partes regerem consensualmente o processo que protagonizam. A partir do momento em que o CPC conta com uma cláusula geral negocial, os acordos probatórios inserem-se na atipicidade decorrente da norma, não se restringindo, portanto, àqueles expressamente previstos pelo legislador.

Entre as diversas possibilidades de negócios processuais atípicos, o direito probatório apresenta ampla variedade e ao mesmo tempo imensa complexidade. Por envolverem a disposição sobre normas tradicionalmente consideradas cogentes, as convenções probatórias em geral recebem forte resistência doutrinária em sua admissibilidade⁷.

Chiovenda, por exemplo, manifestou-se contrariamente à inversão convencional do ônus da prova por entender que se interferiria na atividade própria do juiz, ou seja, a vontade das partes não poderia influir em atividade alheia, salvo autorização legal⁸. Esse entendimento é reproduzido por muitos autores que não concordam com a admissão de pactos probatórios, mas sem ressaltar que Chiovenda atribuía a possibilidade a uma autorização legal, que acabou ocorrendo posteriormente na Itália. Hernando Devis Echandía, por exemplo, em vigorosas páginas contra a possibilidade do que denomina de “contratos probatórios”, inicia sua exposição exatamente invocando Chiovenda, mas sem apontar a ressalva da necessária autorização legislativa e também sem informar a positivação ou

desnatura e sim o configura. Na realidade, a limitação maior ou menor do negócio jurídico é própria do direito privado também, cujos estudos modernos sobre o contrato empenham-se em demonstrar a incidência de balizamentos de variada ordem acerca dos negócios jurídicos.

⁷ Cf. RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O Ônus da Prova no Processo Civil*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 183/184. PEZZANI, Titina Maria. *Il Regime Convenzionale delle Prove*. Milano: Giuffrè, 2009, especialmente capítulos I e III (no terceiro capítulo, a autora dedica o item 5 ao exame desse argumento da cogência ou inderrogabilidade das normas sobre provas).

⁸ *Principios de Derecho Procesal Civil*. Jose Casais y Santaló. Tomo II. Madrid: Instituto Editorial Reus, s/d, p. 293. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 390; registre-se a conhecida ideia de Chiovenda, no sentido de que “na dúvida, as normas processuais devem se reputar cogentes” – ob. cit. Vol. 1, p. 74. Em sentido contrário ao de Chiovenda, defendendo a possibilidade de convenções probatórias em sentido amplo mesmo diante de ausência de autorização legislativa, em virtude da autonomia das partes, CARNELUTTI: *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Vol. II. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo (trad.). Buenos Aires: UTEHA, 1944, p. 478/481. Assim também LESSONA, mas com base em um individualismo exacerbado, típico de sua época: *Teoría General de la Prueba en Derecho Civil*. Vol. I. D. Enrique Aguilera de Paz (trad.). Madrid: Hijos de Reus, 1906, p. 220/226. Confram-se, ainda, as divergências teóricas entre ROSENBERG (*La Carga de la Prueba*. Ernesto Krotoschin (trad.). 2. ed. Montevideu/Buenos Aires, B de F, 2002, p. 109/112, 198 e 396) e MICHELLI (*La Carga de la Prueba*. Santiago Sentís Melendo (trad.). Bogotá: Temis, 2004, p. 216/221). Para uma notícia sobre a discussão no campo do processo penal: DEL COCO, Rosita. *Disponibilità della Prova Penale e Accordi tra le Parti*. Milano: Giuffrè, 2004.

concretização de tais acordos em diversas legislações, sendo que o autor também se prende a disposições de direito positivo como critério para a possibilidade de se firmar acordo em matéria probatória⁹. O fundamento básico contra os acordos em matéria probatória, portanto, centra-se na impossibilidade de se regular atividade alheia, interferindo nos critérios de julgamento.

A resistência aos acordos processuais em sentido amplo possui inegavelmente uma dimensão ideológica, na medida em que há que se depurar a atividade probatória para que o ato de julgar não receba outras interferências e seja proferido de maneira solipsista. Na realidade, os contratos ou acordos probatórios não servem para entorpecer a ação do julgador, nem para premiar a chicana e mentira processual¹⁰. Os contratos probatórios são acordos ou convenções processuais pelos quais as partes regulam o modo de produção da prova, podendo incidir sobre o ônus ou sobre os meios de prova¹¹. Trata-se de uma repercussão da autonomia privada no processo, indubitavelmente, mas não é algo a se rechaçar aprioristicamente e muito menos considerar por resolvido se houver consagração legislativa, já que se trata de uma questão estrutural e que deve ser analisada a partir de um modelo de processo compatível com a conformação constitucional.

É inegável que a celebração de negócios probatórios pelas partes afetará, em maior ou menor medida, a atividade do juiz, mas isso não é exclusividade ou algum tipo de efeito idiossincrático desse tipo de acordo. Na realidade, todo e qualquer negócio jurídico processual repercute inexoravelmente na atividade do juiz. Trata-se de uma consequência inerente e automática. Pense-se, por exemplo, na tradicional e conhecidíssima cláusula de eleição de foro. Não se discute sua viabilidade abstrata e, em essência, as partes estão não só escolhendo onde serão julgadas, como também excluem a possibilidade de julgamento em foro diverso. Igualmente nos acordos sobre aspectos procedimentais, como os relacionados a prazos, ordem de realização de atos processuais, entre outros, a atividade do juiz é afetada. A desistência e a renúncia também podem configurar negócios processuais e naturalmente atingem a atividade jurisdicional. No campo probatório, a já mencionada indicação consensual de perito – agora um negócio processual típico – é um exemplo claro de negócio que repercute na atividade judicial.

Os exemplos poderiam se multiplicar, mas a ideia que deve ser fixada é a inevitabilidade de um negócio processual afetar a atividade do juiz, o que, por si só, não atinge sua admissibilidade. Na medida em que a eficácia de um ato processual em sentido amplo se dará no contexto de um processo, a atividade jurisdicional será atingida. Isso vale para qualquer negócio processual e, por isso, não caracteriza uma nota distintiva dos acordos probatórios e, muito menos, constitui argumento válido para inadmiti-los aprioristicamente.

⁹ *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I. 5. ed. Bogotá: Temis, 2002, p. 489/496.

¹⁰ RANGEL, ob. cit., p. 181.

¹¹ RANGEL, ob. cit., p. 183.

Esse enfoque restritivo aos negócios probatórios pela doutrina se explica pela análise ideológica-cultural da destinação e da finalidade da prova, vista por muitos como exclusiva da atividade jurisdicional¹².

Entretanto, assim como o processo não é *coisa* das partes, também o processo e, especialmente, a prova tampouco são *coisas* do juiz.

Até a decisão final, o processo é composto por afirmações de fatos tendencialmente incertas, na medida em que cada postulante apresenta uma versão parcial (limitada e interessada) dos fatos. Evidentemente a conduta de uma das partes pode contribuir para dar razão à outra parte e, com isso, ensejar o conhecimento pleno e verdadeiro dos fatos, mas as afirmações sobre os fatos se mostram vinculadas à estratégia argumentativa, fazendo com que, por meio do contraditório, haja constantes “negações de verdade” entre as partes. O processo visa, portanto, a obter elementos para diminuir, até eliminar, esse estado de incerteza cognitiva. Provas e o procedimento em contraditório possibilitam, assim, a elaboração justificada de uma solução definitiva, com o afastamento daquela ignorância cognitiva até então presente. A admissão dessas provas, contudo, não é absoluta e conta com limitações normativas relacionadas a questões procedimentais, a vedações de meios de prova, impossibilidades materiais, ônus, presunções, relevância lógica e jurídica¹³.

A atividade probatória é, portanto, essencialmente limitada¹⁴, de modo que o estabelecimento de limitações consensuais é apenas mais uma possibilidade autorizada pelo ordenamento. O rechaço aos acordos probatórios enseja na realidade uma recusa a admitir o autorregramento da vontade no processo e revela a exacerbação do protagonismo judicial.

Ainda sobre a equivocada ideia de o juiz ser o destinatário da prova e integrar o elemento funcional do conceito de prova, Leonardo Greco corretamente identifica que a convicção do julgador como função ou finalidade da prova corresponde a uma concepção subjetivista de uma realidade objetiva – os fatos – e contribui para tornar o julgador “um soberano absoluto e incontrolável, por mais que a lei lhe imponha

¹² Lembre-se, inicialmente, do conceito formulado por Chiovenda, que historicamente vem recebendo as mais variadas adaptações, normalmente mais prolixas, sem qualquer ganho conceitual: “Provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo” (*Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. III. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 91). “Prova é a soma dos fatos produtores da convicção, apurados no processo” (SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e no Comercial*. Vol. 1. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 13). “Probar es aportar al proceso, por los medios y procedimientos aceptados en la ley, los motivos o las razones que prozcan el convencimiento o la certeza del juez sobre los hechos. Prueba judicial (en particular) es todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados en la ley, para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos” (ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I. 5. ed. Bogotá: Temis, 2002, p. 25). “Prueba judicial es aquella que se desarrolla en el proceso con la garantía de los derechos procesales y que forma convicción en el juez debido a que le há permitido verificar los hechos a que se refiere” (MORALES, Rodrigo Rivera. *La Prueba: Un análisis racional y práctico*. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 32).

¹³ Cf. TARUFFO, Michele. Elementos para um análisis del juicio de hecho. *Sobre las Fronteras*: escritos sobre la justicia civil. Beatriz Quintero (trad.). Bogotá: Temis, 2006, p. 213/252.

¹⁴ Para o estudo sobre as limitações probatórias, remeta-se ao excelente trabalho de GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão Racional e Limitações Probatórias*: enfoque comparativo entre os processos civil e penal. Tese de doutorado. São Paulo: USP, 2013.

exclusões probatórias, critérios predeterminados de avaliação ou a exigência de motivação. Há sempre uma enorme margem ineliminável de arbítrio, especialmente na avaliação das provas casuais ou inartificiais, como a prova testemunhal¹⁵.

Na realidade, já existem limitações probatórias decorrentes de ato de vontade com que se convivem na prática com desconcertante naturalidade: aquelas limitações decorrentes da vontade do juiz por se considerar o destinatário da prova. São comuns na prática forense frases que constroem as partes e que limitam a produção probatória, como “já estou convencido” ou “vou dispensar a prova ‘x’ porque já estou satisfeito”. Esse tipo de situação é uma limitação probatória por ato de vontade autoritária e descabida. Já a possibilidade de acordos probatórios é a concretização de um processo efetivamente participativo e democrático, em que são respeitadas a liberdade e a autonomia das partes.

Outro ponto que se costuma apontar como óbice à possibilidade de negócios probatórios está relacionado com o difícil tema da finalidade da prova e a busca da verdade¹⁶, mas essa questão também pode ser submetida ao que foi mencionado sobre a existência de limitações à atividade probatória que naturalmente afetam a cognição¹⁷.

A limitação negocial é apenas mais uma possibilidade que pode ser adotada livremente pelas partes se presentes os pressupostos previstos no art. 190, *caput* e parágrafo único, do novo CPC. O fato de se admitir uma “verdade negociada”¹⁸ deve ser entendido nesse contexto de limitação consensual à atividade probatória, não devendo causar maiores arrepios na medida em que se pode dispor sobre o próprio objeto do processo, limitando totalmente a cognição do juiz.

¹⁵ O conceito de prova. *Estudos de Direito Processual*. Coleção José do Patrocínio. Campos: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 440/441.

¹⁶ Cf., entre tantos, BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prueba y Verdad en el Derecho*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005. SUCAR, Germán. *Concepciones del Derecho y de la Verdad Jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2008. TARUFFO, Michele. *La Semplice Verità: il giudice e la costruzione dei fatti*. Bari: Laterza, 2009. Sobre esse importante estudo de Taruffo (também publicado em espanhol e português pela editora Marcial Pons), célebre tratadista da matéria, com diversos outros trabalhos publicados, foram escritos dois artigos que merecem consulta: CHIARLONI, Sergio. La verità presa sul serio. *Revista de Processo* nº 184. São Paulo: RT, junho de 2010. CAVALLONE, Bruno. In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo). *Rivista di Diritto Processuale, volume LXV (II serie)*. Padova: CEDAM, 2010, em que se analisa cada capítulo que compõe aquele livro. Resposta em TARUFFO: Contro la veriphobia. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone. *Rivista di Diritto Processuale, LXV, nº 5*. Padova, CEDAM, 2010. Sobre o tema, mas sem referências a esses trabalhos, PINTAUDE, Gabriel. Acerca da veriphobia processual. *Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. Daniel Mitidiero e Guilherme Rizzo Amaral (coord.). Maria Angélica Echer Ferreira Feijó (org.). São Paulo: Atlas, 2012.

¹⁷ Cf. OAKLEY, Hugo Botto. O pressuposto do processo denominado imparcialidade: requisito apenas jurídico ou também psicológico? *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Fredie Didier Jr., Glauco Gumerato Ramos, José Renato Nalini e Wilson Levy (org.). Salvador: JusPodivm, 2013, em que desenvolve o tema a partir de pesquisas efetuadas por Amos Tversky e Daniel Kahneman, cujos trabalhos básicos foram publicados no Brasil no livro *Rápido e Devagar*: duas formas de pensar. Cássio de Arantes Leite (trad.). São Paulo: Objetiva, 2012 (o livro é de autoria de apenas de Kahneman, mas aborda as pesquisas realizadas com Tversky e dois dos clássicos trabalhos de ambos estão nos Apêndices A e B do volume).

¹⁸ Trata-se de expressão que dá título a um texto de TARUFFO, em que se discutem os poderes instrutórios do juiz em caso de revelia (há recente tradução para o português desse texto, publicado no livro com outros trabalhos de Taruffo: *A Prova*. João Gabriel Couto (trad.). São Paulo: Marcial Pons, 2014, 251/272). Aqui a expressão está utilizada em sentido mais amplo, como decorrência de uma limitação negociada da atividade probatória.

A formação de negócios processuais probatórios necessariamente afetará os poderes instrutórios do juiz e esse ponto seguramente será fonte de intensas controvérsias, simetricamente ao que ocorre precisamente sobre a própria extensão de tais poderes¹⁹. Para quem entende que os poderes instrutórios do juiz apenas devem assumir um papel subsidiário e complementar às atividades das partes, necessariamente seu balizamento em virtude de negócios probatórios será natural e automático. Entender de modo diverso significará concluir que o consenso pode ser superado, o que reduzirá significativamente seu âmbito de incidência, deixando-o a critério de um ato de vontade estatal.

Adiro, pois, a recente posicionamento doutrinário, que bem sintetiza a ideia: “A parte pode expressamente dispor do seu direito de produzir determinada prova, seja unilateralmente, seja mediante acordo firmado com a parte adversária (pode ser que as partes resolvam firmar um acordo de, por exemplo, não realização de perícia; elas podem imaginar que não vale a pena aguardar pela produção dessa modalidade de prova para que o litígio alcance um desfecho). Pode ser, ainda, que uma das partes, sozinha, resolva expressamente abrir mão da perícia, ou de qualquer outro meio de prova. Não há *inércia*, mas *vontade manifestada*: não se quer a produção de determinado meio de prova”²⁰. Exemplificando: “a) se as partes acordarem no sentido de não ser produzida prova pericial, o juiz não pode determinar a produção desse meio de prova; b) se a parte renunciar a certo testemunho, o juiz não pode determinar a sua produção; c) se houver convenção sobre o ônus da prova, o juiz não pode decidir contra o que foi convencionado. O poder instrutório do juiz tem essa limitação, enfim”²¹.

Além desses exemplos mencionados no parágrafo anterior, podemos pensar nas seguintes possibilidades de acordos probatórios²² atípicos: excluir ou incluir meios de provas, permitir ou proibir determinadas provas atípicas, modificar aspectos procedimentais referentes a provas (como prazos e sequência de depoimentos), ampliar ou limitar a admissibilidade de meios de provas, ampliar ou limitar a inadmissibilidade de meios de provas, único meio, permuta de documentos, excluir presunções, hierarquizar provas. Pode-se cogitar, por exemplo, que as partes resolvam excluir algum meio de prova, como a prova testemunhal. É possível também pensar na eleição apenas de um meio de prova, excluindo-se, reflexamente, os demais, como um processo em que apenas se utilizaria prova

¹⁹ Os poderes instrutórios do juiz exigem longa abordagem que não cabem nas limitações inerentes a este texto. Sobre o tema, escrevi de modo um pouco mais aprofundado em trabalho específico, em que são mencionadas outras tantas referências bibliográficas: Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz: o processo não cabe no “Leito de Procusto”. *Revista de Processo* nº 235. São Paulo: RT, setembro de 2014.

²⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 90/91. Veja-se, ainda: YARSHALL, Flávio Luiz. O projeto de novo Código Comercial e a proposta de permuta de documentos entre as partes: “discovery” brasileira? *Processo Societário*. Flávio Luiz Yarshell e Guilherme Setogutti J. Pereira (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2012.

²¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria, ob. cit., p. 91.

²² Cf., sobre a discussão na doutrina italiana, PEZZANI, Titina Maria, ob. cit., especialmente capítulo IV.

documental. O testemunho por escrito é igualmente mais uma possibilidade, ou ainda o “autodepoimento”, ou o depoimento pessoal na presença da parte contrária etc. Já a exclusão convencional da ilicitude de uma prova ou a admissibilidade de um meio de prova que não seja racionalmente verificável, como uma carta psicografada²³, parece extrapolar o âmbito de validade do negócio probatório.

Registro, porém, que a brevidade deste texto e a complexidade do tema não permitem maiores desenvolvimentos sobre os limites dos acordos probatórios. Com efeito, o propósito deste texto é apenas tratar da possibilidade de negócios probatórios. Seus limites e também a análise mais pormenorizada de alguns negócios, além do exame do controle de validade, possibilidade de revogação ou modificação, participação do juiz e do membro do Ministério Público, entre outros, ficarão para desenvolvimento futuro em outros estudos.

Por ora, mais do que a preocupação com os limites dos negócios probatórios atípicos, afigura-se mais oportuna a manifestação sobre suas possibilidades, tendo em conta que serão imensas as iniciativas para seu amesquinhamento.

A autonomia das partes constitui um tema central na nova codificação processual civil e, sem qualquer pretensão leviana de tentar simplificar uma discussão tão densa e difícil, as convenções sobre o direito probatório encerram todo o simbolismo ideológico-cultural antes mencionado e, por isso, servirão de termômetro para a verificação efetiva do impacto do novo CPC.

²³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Carta psicografada como fonte de prova no processo civil. *Revista de Processo* nº 234. São Paulo: RT, agosto de 2014.



Detalhe da imagem da capa

Observatório Jurídico



O Estado e a Economia

Ives Gandra da Silva Martins*

Caos tributário, burocracia esclerosada e pesados encargos trabalhistas são as três barreiras que o Brasil precisa superar para equacionar o problema do baixo PIB e da alta inflação.

O Estado é sempre um mau empresário. A empresa estatal é, normalmente, um cabide de empregos para justificar salários mais elevados e acomodar aliados. Os burocratas e políticos do Executivo, via de regra, complementam seus vencimentos com cargos que assumem em conselhos criados para este fim e onde o que menos importa é a qualificação técnica dos que venham a ocupar as vagas de conselheiros.

Por esta razão, a empresa estatal raramente é eficiente e, quando o é, não poucas vezes, os detentores do poder de ocasião procuram retirar-lhe eficiência para projetos pessoais ou de política econômico-financeira, quando não como mera forma de conquistar aliados e alargar aspirações políticas.

A Petrobras e a Eletrobras são típicos exemplos de empresas que deixaram de lado seu objetivo empresarial, que, sem ser brilhante, era razoavelmente administrado, para se tornarem instrumentos de política financeira de governo no intento de controlar a inflação pelo equivocado caminho do ajuste de preços.

Desde o Código de Hamurabi que a repressão de preços para conter a inflação é um fracasso. O Editto Máximo, do Imperador Caio Deocleciano em 301, ostentou monumental insucesso desta forma de inibir a deterioração do valor da moeda pelo controle de preços. Alguns historiadores admitem que esse foi um dos fatores que o levaram à renúncia.

Argentina e Venezuela pagam o preço pelo caminho errado do controle de preços como forma de combater a inflação. Por essa razão, amargam-na na casa dos 25% ao ano, pelo menos.

Uma das formas de se combater a inflação é pelo controle da demanda, com aumento dos juros. Na “teoria do juro” de Irving Fischer, dizia ele que a melhor forma de se conter a impaciência de gastar é gerar a oportunidade de investir. Juros negativos geram a impaciência de consumo. Guardar dinheiro que se nivela ou fica abaixo da inflação é a melhor alavanca para o gasto. Embora a inflação de demanda seja consequência, não poucas vezes, de um mercado comprador maior que o vendedor, dá-se também quando estão nivelados os dois polos, mas a avalanche consumista está em alta.

* Advogado, professor emérito da Universidade Mackenzie, da escola de Comando e Estado-Maior do Exército e da Escola Superior de Guerra. É presidente do Conselho Superior de Direito da Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de São Paulo (Fecomercio).

A outra forma de combate à inflação é reduzir o custo da máquina administrativa. Stephen Benjamin Webb, no livro *"Hyperinflation and Stabilization in Weimar Germany"* (Oxford University Press, 1989), mostra que a pressão do Estado como gerador da inflação é que levou, mais do que os outros fatos, à hiperinflação alemã, estancada apenas pelo plano de marco forte, em 15 de novembro de 1923.

No Brasil, nenhum dos dois instrumentos tem sido utilizado, na era Dilma. O relaxamento das contas públicas, com maquiagem naquelas de 2012, para se ter a ilusão de que se atingira a meta fiscal, e a discussão, para 2013, de novas regras para flexibilizar o conjunto de metas que foram obtidas nos governos anteriores são elementos que sinalizam ao mercado que a inflação não está sob controle como apregoam os arautos do governo.

Acresce-se, na realidade brasileira, uma certa antipatia da presidente à palavra "lucro", que a levou, nos dois primeiros anos, a limitar a rentabilidade das empresas nas licitações federais, com desistência das mais conceituadas em participar dos certames, e a simpatia inequívoca aos governos do polo bolivariano, ao ponto de suportar, estoicamente, todas as ofensas e injúrias econômicas, sem reação.

Em vez de o Brasil negociar com as grandes potências, no nível de potência que adquiriu, prefere continuar a sofrer os agravos de seus parceiros, que são tanto mais agressivos, quanto mais passivas sentem as autoridades brasileiras. É de lembrar que, enquanto todos os países tentam, nos tratados bilaterais, implementar o comércio exterior, o Brasil, pela autopunição que se impôs ao aderir o Mercosul – de resto não respeitado por seus parceiros –, firmou apenas três acordos insignificantes, estando a perder, vergonhosamente, a maratona da competitividade mundial, por escassez de vontade e competência e excesso de decisões equivocadas.

Não sem razão, os dois primeiros anos do governo Dilma têm se caracterizado por um baixíssimo PIB e por uma altíssima inflação, que, no mês de março, superou o teto da meta estabelecida em 6,5% ante um ponto de equilíbrio de 4,5%.

Não deve ser esquecida, por outro lado, a face negra do império brasileiro, em que, dos 32 partidos existentes no Brasil, a presidente necessita do apoio da maioria para governar, o que obriga a concessões políticas cada vez maiores, reduzindo a eficiência do Estado a um aparelhamento para acomodação dos aliados e seus apaniguados. Não encontrei em nenhum filósofo a existência de 32 modelos políticos distintos, na sua concepção global.

Deve-se lembrar, também, o custo Brasil provocado pelo caos tributário e pela demagogia trabalhista, que gera, nos superencargos às empresas, desestímulo à produção e a busca de outros mercados, para investidores nacionais e estrangeiros.

Diziam os jornais da época, quando Marx fixou-se em Londres, já conhecido pelo seu mau humor contra as empresas e pelas suas teses revolucionárias de

liquidação dos capitalistas e do capital, que era “um bom cidadão para qualquer outro país que não aquele que no momento estivesse vivendo” (John Kenneth Galbraith, em *A era da incerteza*, Editora Thomson Pioneira, 1998).

Muitos desinteressam-se de aqui investir, pois seus interesses são preservados de melhor forma, em qualquer outro país que não no Brasil, apesar de toda nossa potencialidade.

O caos tributário está na superposição de tributos sob o mesmo ou semelhante fato gerador (circulação de bens), como IPI, ICMS, ISS, Cofins, PIS, Cides, Imposto de Importação e Imposto de Exportação, muito embora os dois últimos sejam típicos tributos regulatórios de mercado e de alavancagem à proteção da produção nacional.

A regionalização do ICMS, desde 1967, gerando uma guerra fratricida entre os Estados, que nem o próprio Supremo Tribunal Federal (STF), ao considerá-la inconstitucional, conseguiu atalhar até agora, foi um desastre. A proposta que levei, nas diversas audiências públicas no Congresso Nacional para federalizá-lo, com partilha da receita entre as entidades federativas, compactação com o IPI e ISS, deixando a arrecadação por conta dos Estados para que a redistribuam por ter melhor máquina de arrecadação, foi sempre rejeitada. Aos Estados interessa esse caos fiscal, em que a fraqueza do STF e a inoperância da União em políticas regionais, permitem que, há 25 anos, incentivos ilegais sejam concedidos, gerando uma fantástica descompetitividade entre as entidades federativas.

E as soluções apresentadas, mesmo aquelas que circulam no Parlamento, são insuficientes para equacionar o problema, sendo que as 12 propostas de emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias e resoluções que a nossa Comissão, nomeada pelo Senado, apresentou no dia 30 de outubro de 2012, continuam repousando, serenamente, nas gavetas do Senado!!! Foi completamente desperdiçado o trabalho dos 13 – Nelson Jobim (presidente), Everardo Maciel (relator), Bernard Appy, Bolívar Lamounier, Fernando Rezende, Ives Gandra Martins, João Paulo dos Reis Velloso, Luís Roberto Barroso, Manoel Felipe Rêgo Brandão, Marco Aurélio Marrafon, Michal Gartenkraut, Paulo Barros Carvalho e Sergio Roberto Rios do Prado – que, “*pro Bono*”, apresentaram vetores para uma solução.

Os encargos trabalhistas cada vez mais pesados impedem que ganhemos poder de concorrência, em relação aos países com encargos inferiores e, principalmente, perante os Bric’s (Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul) em que são menores e, muitas vezes, bem menores.

Por fim, essa visão de que cabe ao Estado controlar a economia, e não apenas dar condições de expansão para quem sabe atuar, que é a sociedade, torna o engessamento de suas virtualidades uma realidade negativa, com o Poder atuando mal e prejudicando mais do que auxiliando a “performance” dos agentes econômicos.

Na Economia, quando o Estado não atrapalha, já desempenha um excepcional papel. Quando atrapalha pouco, o país pode crescer. Quando atrapalha muito, o resultado são os dois anos de baixo PIB e alta inflação. Num país, em que a política do ministro da Fazenda resume-se em baixar o IPI, Cofins e PIS para controlar a inflação e mexer no IOF visando intervir na política cambial, sem, todavia, haver um planejamento a curto, médio e longo prazos para ganharmos competitividade empresarial, tecnológica e logística, a posição do Brasil é de retrocesso e de afastamento das demais nações, como alertou Christine Lagarde, presidente do Fundo Monetário Internacional (FMI).

Nesse particular, o governo Lula, que seguiu rigorosamente a política do governo Fernando Henrique Cardoso no que diz respeito à economia, com o tríplice controle (metas de inflação, câmbio flexível e superávit primário), foi muito mais pragmático que o governo Dilma, que, de rigor, sem o dizer expressamente, começa a abandonar os três fundamentos bem sucedidos da economia de 1994 a 2010.

Comparado ao pragmatismo de Lula, menos culto, mas mais sensível à realidade brasileira e mundial, o ideologismo de Dilma, mais culta, mas menos pragmática – e, neste particular, menos humilde que Lula –, tem estrangulado os caminhos que o Brasil seguiu e que outros países como México, Índia, China, Rússia, Chile e Colômbia têm seguido, apesar da crise mundial. Estamos assemelhando-nos aos modelos mal sucedidos da Venezuela e Argentina e perdendo terreno para os países retrocitados que, apesar de terem menos condições de desenvolvimento que o Brasil, dão saltos de qualidade e adaptação aos desafios da modernidade, que o estamento estatal brasileiro não permite dar, com as suas 3 fantásticas barreiras: caos tributário e carga superior a de nossos concorrentes; burocracia esclerosada e geradora de obrigações inúteis que entravam o desenvolvimento; e encargos trabalhistas maiores do que os de países emergentes que conosco concorrem.

Todas estas considerações objetivam mostrar que se não houver alteração do rumo da política governamental – parece haver alguma sinalização nesse sentido, como aumento da margem de lucro nas licitações federais –, certamente asseguraremos mais um ano de baixo PIB e volta da inflação, com o inconveniente de que o modelo de estímulo ao consumo parece dar sinais de esgotamento.

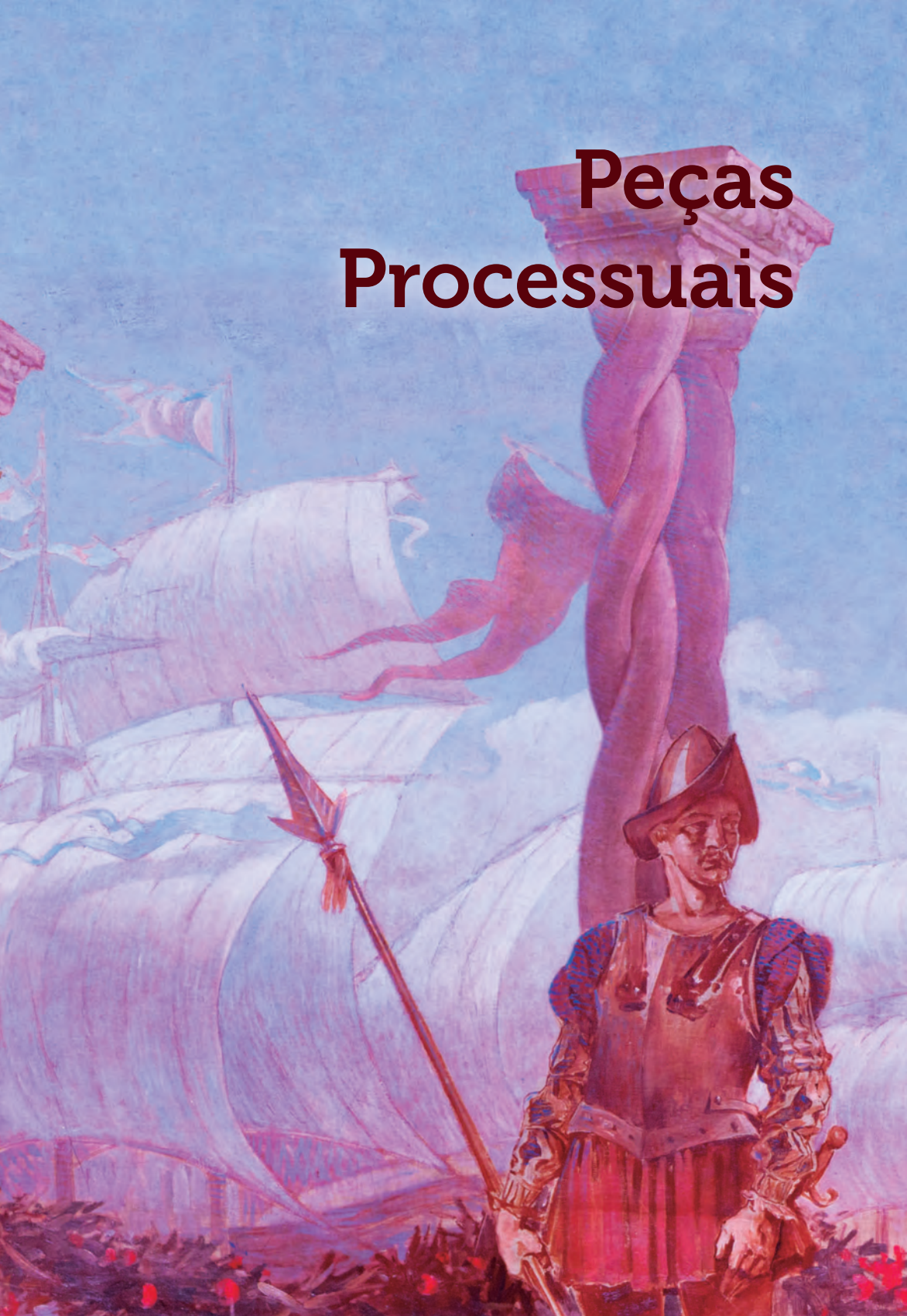
Creio que uma reforma tributária simplificadora e uma desburocratização das exigências sobre o cidadão, com redução da máquina administrativa, seria um bom começo para recuperar o poder de competitividade das empresas brasileiras, de mais a mais sufocadas pela complexidade de uma legislação tributária tão caótica, que termina por gerar autos de infração fantasmagóricos, e uma assustadora insegurança jurídica para qualquer que seja a operação de fortalecimento das empresas com fusões, incorporações, cisões ou criação de novas tecnologias, empreendimentos ou produtos.

Se não começarmos por cortar, significativamente, os nós górdios da nossa insuficiência governamental, da nossa burocracia, do nosso confuso sistema tributário e do peso da nossa legislação trabalhista – mais ideológica do que voltada ao interesse dos trabalhadores –, certamente veremos outros países passando-nos à frente, pois estaremos caminhando, a passos largos, para o avanço do retrocesso.



Detalhe da imagem da capa

Peças Processuais



Pareceres

• • •

Parecer. Consultoria Jurídica. Limitadores existentes para o aumento das despesas com pessoal em período imediatamente anterior ao término de mandato eletivo ou de investidura a termo certo. As restrições existentes na Lei Complementar nº 101/2002, Lei de Responsabilidade Fiscal, e na Lei nº 9.504/1997, que veicula a Lei das Eleições.

Emerson Garcia*

CONSULTORIA JURÍDICA DA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

1. Trata-se de consulta formulada pelo Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça, a respeito dos limitadores existentes para o aumento das despesas com pessoal em período imediatamente anterior ao término de mandato eletivo ou de investidura a termo certo.

2. Indicado o objeto de análise, cumpre ressaltar, desde logo, que o aumento da despesa pública, no período imediatamente anterior ao término do mandato eletivo do titular de qualquer estrutura estatal de poder, tem sido prática historicamente adotada na realidade brasileira. Assim agindo, o responsável pelo ato auferia evidentes benefícios de ordem política, que certamente influenciariam o processo eleitoral a ser deflagrado ao término do seu mandato. Em alguns casos, atos dessa natureza terão o evidente propósito de inviabilizar a administração subsequente, isso por ser-lhe transferido um pesado fardo financeiro.

3. Não é por outra razão que a ordem jurídica tem estabelecido restrições a esse tipo de conduta, de modo a preservar padrões mínimos de eficiência e impessoalidade no âmbito da Administração Pública. Busca-se, em última *ratio*, assegurar a preeminência do interesse público, não permitindo, dessa maneira, a sua preterição por interesses menos nobres.

4. As restrições existentes estão inseridas na Lei Complementar nº 101/2000, também conhecida como *Lei de Responsabilidade Fiscal*, e na Lei nº 9.504/1997, que veicula a *Lei das Eleições*, às quais faremos breve referência.

* Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Consultor Jurídico da Procuradoria-Geral de Justiça e Diretor da Revista de Direito. Consultor Jurídico da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Pós-Doutorando, Doutor e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Especialista em *Education Law and Policy* pela *European Association for Education Law and Policy* (Antuérpia – Bélgica) e em Ciências Políticas e Internacionais pela Universidade de Lisboa. Professor convidado de inúmeras instituições de ensino. Membro da *American Society of International Law* e da *International Association of Prosecutors* (Haia – Holanda).

5. Com o objetivo de apregoar a gestão responsável e preservar o equilíbrio econômico e financeiro da Administração Pública, foi editada a Lei Complementar nº 101/2000, parte integrante de um conjunto de medidas que compõem o denominado Plano de Estabilização Fiscal (PEF). Esse diploma normativo estabeleceu mecanismos de gestão dos recursos públicos, visando conter o *deficit* e estabilizar a dívida pública, possibilitando, com isso, a manutenção do equilíbrio que deve existir entre despesas e receitas públicas. Trata-se de lei complementar editada com amparo em diversos dispositivos do Capítulo II do Título VI da Constituição da República, em especial nos arts. 163, 165, § 9º, e 169, tendo estatuído normas gerais de direito financeiro e de finanças públicas com o fim precípua de: dispor sobre o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária anual; estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta, bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos; e impor limites para os gastos com pessoal, obrigando o Ministério Público e todos os Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluindo suas respectivas administrações diretas, fundos, autarquias, fundações e empresas estatais dependentes, a se enquadrarem na sistemática instituída.

6. A Lei de Responsabilidade Fiscal, no parágrafo único do seu art. 21, estabeleceu algumas vedações à contratação de despesas de pessoal, dispondo ser *“nulo de pleno direito o ato de que resulte aumento da despesa de pessoal expedido nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato do titular do respectivo Poder ou órgão referido no art. 20”*. À luz desse preceito, há de ser perquirido:

1. O que se entende por aumento de despesa?
2. Como esse aumento se torna operativo?
3. A quem é direcionada a vedação?

7. Observa-se, inicialmente, que o aumento referido pela norma é o nominal, não sendo admissível o estabelecimento de um paralelo, a partir de limites percentuais, entre a despesa com pessoal e a receita (v.g.: se em determinado mês a receita era de 100 e a despesa de pessoal de 5, observado o percentual de 5%, seria legítimo, no mês subsequente, caso a receita subisse para 200, o aumento da despesa de pessoal para 10).

8. Portanto, parece ser ilegítima, para os fins do art. 21, parágrafo único, a vinculação percentual entre receita e despesa com pessoal. São as seguintes as razões que invocamos: a) a remuneração dos servidores públicos é fixada em valores monetários (moeda), não em percentual da receita, logo, importará em aumento a majoração do valor nominal de sua remuneração; b) nos casos em que pretendeu vincular receita e despesa com pessoal em limites percentuais, a LRF o fez expressamente (arts. 71 e 72); c) admitindo-se que a despesa de pessoal deve flutuar em conformidade com a variação da receita, ter-se-á que admitir, além

da possibilidade de aumento, a sua necessária diminuição sempre que houver a correlata redução de receita, o que certamente não estará em harmonia com o princípio da irredutibilidade de vencimentos; d) a receita apresenta grande variação nos diferentes meses do exercício financeiro, o que, caso acarretasse idêntica variação da despesa com pessoal, inviabilizaria qualquer atividade de planejamento; e e) é evidente que a regra do art. 21, parágrafo único, da LRF, não obstante inserida em um diploma que não ostenta a condição de “lei eleitoral”, visa a preservar a moralidade administrativa, impedindo que seja inviabilizada a administração do sucessor, e a garantir a normalidade e a legitimidade da eleição, evitando que o administrador aufera dividendos políticos com o aumento da despesa com pessoal.

9. A vedação, por força do parágrafo único do art. 21, incide nos “cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato do titular do respectivo Poder ou órgão referido no art. 20”. Este último preceito faz menção aos Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo, incluindo o Tribunal de Contas, e o Ministério Público, qualquer que seja a esfera de governo em que inseridos. De modo simples e objetivo: alcança todas as estruturas estatais de poder e qualquer ato praticado com o fim de aumentar a despesa pública. E qual é a natureza desse ato?

10. Uma resposta satisfatória ao referido questionamento exige sejam estabelecidas algumas premissas.

11. A primeira delas reside no fato de a Lei Complementar nº 101/2000 apregoar a gestão financeira responsável no âmbito de estruturas de poder plenamente autônomas entre si, como o são os denominados Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo, bem como o Ministério Público e o Tribunal de Contas. Em outras palavras, cada uma dessas estruturas há de realizar a despesa pública com estrita observância dos balizamentos existentes. Esse aspecto torna-se bem nítido ao lembrarmos que o Supremo Tribunal Federal suspendeu, por unanimidade, até o julgamento final da ação, a eficácia do art. 9º, § 3º do referido diploma normativo (*No caso de os Poderes Legislativo e Judiciário e o Ministério Público não promoverem a limitação no prazo estabelecido no caput, é o Poder Executivo autorizado a limitar os valores financeiros segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias*), isso por aparente violação à autonomia dos referidos órgãos e ao princípio da separação dos poderes.¹

12. A segunda premissa é a de que, como a vedação deve ser concebida sob o prisma de cada estrutura estatal de poder, também a individualização do destinatário dessa vedação deve seguir o mesmo parâmetro. Em outras palavras, a vedação alcança o titular da respectiva estrutura.

13. A terceira premissa, desdobramento lógico e necessário da anterior, permite-nos afirmar que o lapso de vedação se estende pelos cento e oitenta dias imediatamente anteriores ao término do mandato do titular da respectiva estrutura estatal de poder, não a mandatário outro.

¹ Pleno, ADI nº 2.238-5, Rel. Min. Ilmar Galvão.

14. Fixadas as três premissas anteriores, é possível afirmar que, no âmbito de cada estrutura estatal de poder, é vedado ao respectivo titular a prática de qualquer ato que, no período indicado, resulte em aumento da despesa com pessoal. Em face da amplitude da vedação legal, estará à margem da juridicidade não só o ato administrativo que faça surgir ou aumente a despesa pública como também o ato tipicamente político, que dê origem a processo legislativo com idêntico desfecho.

15. Se a situação não apresenta maior complexidade em se tratando de ato administrativo, já que integralmente situado no âmbito interno de que cada estrutura estatal de poder, o mesmo não pode ser dito em relação aos atos praticados no âmbito do processo legislativo. Afinal, são evidentes as divergências em relação à possibilidade de uma lei fazer as vezes do ato a que se refere o parágrafo único do art. 21 da LRF. Em outras palavras, é possível afirmar que o exercício da função legislativa, de estatura essencialmente constitucional, foi objeto de limitação pela legislação infraconstitucional? Algo parecido com o disposto no art. 60, § 1º, da Constituição da República, que veda a promulgação de emenda constitucional na vigência de intervenção federal, estado de defesa ou de estado de sítio?

16. Analisando essa temática, o Superior Tribunal de Justiça, ao deparar-se com situação concreta na qual lei municipal aumentara o valor do subsídio a ser pago aos vereadores no exercício financeiro seguinte, decidiu que *"a LC n. 101/00 é expressa ao vedar a mera expedição, nos 180 dias anteriores ao final do mandato do titular do respectivo Poder, de ato que resulte o aumento de despesa com pessoal. (...) Nesse sentido, pouco importa se o resultado do ato somente virá na próxima gestão e, por isso mesmo, não procede o argumento de que o novo subsídio 'só foi implantado no mandato subsequente, não no período vedado pela lei'. Em verdade, entender o contrário resultaria em deixar à míngua de eficácia o art. 21, parágrafo único, da Lei de Responsabilidade Fiscal, pois se deixaria de evitar os riscos e de corrigir os desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas na próxima gestão"* (2ª T., REsp. nº 1.170.241/MS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 02/12/2010, DJe de 14/12/2010).

17. Em outra oportunidade, o Tribunal entendeu que a edição de lei complementar estadual, publicada antes de dois meses e dezessete dias das eleições estaduais, ao criar nova forma de cálculo do auxílio-família, implicou em aumento de despesa com pessoal, de modo a malferir o disposto no art. 73, inc. V, da Lei Eleitoral (Lei nº 9.504/97) e no art. 21, par. único, da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2002) – 6ª T., RMS nº 19.360/PB, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 10/11/2009, DJe de 30/11/2009.

18. Como se percebe, no entendimento do Superior Tribunal de Justiça, não seria possível a edição de lei, no período vedado pela LRF, que viesse a aumentar a despesa pública. A nosso ver, esse entendimento merece uma única ressalva, que não chegou a ser objeto de análise pelos referidos acórdãos. Trata-se da existência, ou não, de um liame entre o agente que titulariza a respectiva estrutura estatal de poder e o ato que importou em aumento de despesa nessa estrutura. Em outras palavras, fortes nas três premissas a que nos referimos, podemos concluir que a vedação é especificamente direcionada a esse agente, não a outro qualquer.

19. Voltando à temática afeta ao processo legislativo, é factível que, se o Procurador-Geral de Justiça, no exercício da iniciativa legislativa que a ordem constitucional outorgou ao Ministério Público, encaminha projeto de lei, ao Poder Legislativo, em período anterior aos cento e oitenta dias a que se refere o parágrafo único do art. 21, não haverá que se falar em injurídico aumento da despesa pública caso a respectiva lei seja promulgada nesse período. Afinal, como o projeto deve ser aprovado pelo Poder Legislativo e eventualmente sancionado pelo Poder Executivo, cujos titulares são estranhos à estrutura estatal de poder em que ocorrerá o aumento da despesa pública, não estão presentes os motivos que justificaram a própria existência da vedação legal, funcionalmente voltada à preservação da moralidade pública. Nesse caso, é importante ressaltar, uma vez mais, que o único ato praticado pelo Procurador-Geral de Justiça, que não possui qualquer participação no processo legislativo, antecedeu o período de vedação.

20. O outro rol de vedações existentes, este especificamente voltado aos detentores de mandato eletivo, o que apresenta relevância, para o Ministério Público, em relação ao processo legislativo que pode culminar com o aumento das despesas com pessoal, está previsto nos incisos V e VIII do art. 73 da Lei nº 9.504/1997, *verbis*:

“Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:

(...)

V – nomear, contratar ou de qualquer forma admitir, demitir sem justa causa, suprimir ou readaptar vantagens ou por outros meios dificultar ou impedir o exercício funcional e, ainda, *ex officio*, remover, transferir ou exonerar servidor público, na circunscrição do pleito, nos três meses que o antecedem e até a posse dos eleitos, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados:

- a) a nomeação ou exoneração de cargos em comissão e designação ou dispensa de funções de confiança;
- b) a nomeação para cargos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos Tribunais ou Conselhos de Contas e dos órgãos da Presidência da República;
- c) a nomeação dos aprovados em concursos públicos homologados até o início daquele prazo;
- d) a nomeação ou contratação necessária à instalação ou ao funcionamento inadiável de serviços públicos essenciais, com prévia e expressa autorização do Chefe do Poder Executivo;
- e) a transferência ou remoção *ex officio* de militares, policiais civis e de agentes penitenciários;

(...)

VIII – fazer, na circunscrição do pleito, revisão geral da remuneração dos servidores públicos que exceda a recomposição da perda de seu poder aquisitivo ao longo do ano da eleição, a partir do início do prazo estabelecido no art. 7º desta Lei e até a posse dos eleitos”.

21. O incisos V e VIII vedam as práticas de atos que vão produzir reflexos diretos na esfera financeira dos servidores públicos, o que, em rigor lógico, pode gerar um desequilíbrio na igualdade entre os candidatos no processo eleitoral. O primeiro preceito veda a conduta de *“readaptar vantagens”* nos três meses anteriores à eleição, enquanto o segundo proíbe a *“revisão geral da remuneração”*, desde que exceda a recomposição da perda do poder aquisitivo, a partir do período de convenções partidárias.

22. Uma primeira distinção entre os preceitos diz respeito à evidente distinção existente entre os conceitos de remuneração e de vantagem. De modo simples e objetivo, pode-se afirmar que remuneração é a contraprestação pecuniária devida pelo exercício da função pública, enquanto vantagem é qualquer acréscimo pecuniário devido sempre que presente a hipótese de incidência previsto no regime jurídico da categoria.

23. O inciso V veda a readaptação de qualquer acréscimo pecuniário percebido pelo servidor público juntamente com a sua remuneração. Por readaptação entende-se a inserção de qualquer alteração em sua hipótese de incidência, alargando ou restringindo as situações fáticas ou jurídicas que justificam o seu pagamento, bem como aumentando ou diminuindo o valor devido.

24. O inciso VIII, por sua vez, veda a *“revisão geral da remuneração”*. O exato alcance desse enunciado linguístico é identificado a partir da análise do art. 37, X, da Constituição da República, que, após a Emenda Constitucional nº 19/1998, passou a ter a seguinte vedação, *verbis*: *“a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices.”* Enquanto a remuneração e o subsídio são fixados e alterados por lei específica, o que permite a fixação de valores e de reajustes diferenciados, é assegurado aos servidores públicos, de todas as estruturas estatais de poder de cada ente da Federação, um referencial mínimo de isonomia, consubstanciado na revisão geral anual, momento em que todos serão aquinhoados com o mesmo percentual de reajuste.

25. A respeito da distinção entre reajuste de remuneração e revisão geral anual, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou da seguinte maneira, *verbis*:

“ADI: legitimação ativa: ‘entidade nacional de classe’ (CF, art. 103, IX): inteligência. Questão de legitimidade da autora da ADI 526 – FENASTRA, Federação Nacional de Sindicatos e Associações e os Trabalhadores da Justiça do Trabalho –, negada pelo Relator da ADI 433 (Ministro Moreira Alves) e, nela, ainda pendente de decisão, em razão de pedido de vista; votos agora proferidos na ADI 526, favoráveis e contrários à sua legitimação a título de ‘entidade de classe de âmbito nacional’ (CF, art. 103, IX); sustentação do exame da questão, na ADI 526, para julgamento conjunto com a ADI 433, sem prejuízo da decisão sobre a liminar requerida na primeira, visto que contida a matéria no pedido mais amplo da ADI 525, do Partido Socialista Brasileiro. II. Medida provisória: requisitos de ‘relevância e urgência’ (CF, art. 62): limites do exame jurisdicional: edição na pendência, em regime de urgência, de projeto de lei sobre matéria, de iniciativa presidencial. 1. A ocorrência dos pressupostos de relevância e urgência para a edição de medidas provisórias não estão de todo imunes ao controle jurisdicional, restrito, porém, aos casos de abuso manifesto, dado caráter discricionário do juízo político que envolve, confiado ao Poder Executivo, sob censura do Congresso Nacional (ADI 162, de 14.12.89). 2. A circunstância de a MP 296/91 ter sido baixada no curso do processo legislativo, em regime de urgência (CF, art. 64 e §§), sobre projeto de iniciativa presidencial abrangendo a matéria por ela regulada, não ilide, por si só, a possibilidade constitucional da sua edição. 3. Votos vencidos sobre a questão (Ministro Carlos Velloso, Paulo Brossard e Néri da Silveira). III. Revisão geral da remuneração dos servidores públicos, sujeita à isonomia (CF, arts. 37, X, e 39, § 1º), e reavaliação dos vencimentos de grupos ou cargos de atribuições e hierarquia diferenciadas: diferença. 4. O art. 37, X, da Constituição, corolário do princípio fundamental da isonomia, não é, porém, um imperativo de estratificação da escala relativa de remuneração dos servidores públicos existentes no dia da promulgação da Lei Fundamental: não impede, por isso, a nova avaliação por lei, a qualquer tempo, dos vencimentos reais a atribuir a carreiras ou cargos específicos, com a ressalva única da irredutibilidade. IV. Análise da hipótese de fraude aos arts. 37, X, e 39, § 1º, CF: distinção entre os casos dos arts. 2º a 6º e os art. 1º da MP 296/91. 5. Constitui fraude aos mandamentos isonômicos dos arts. 37, X, e 39 e § 1º da Constituição a dissimulação, mediante reavaliações arbitrárias, de verdade do simples reajuste monetário dos vencimentos de partes do funcionalismo e exclusão de outras. 6. Na MP 296/91, à primeira vista, os arts. 2º a 6º cuidam de autênticas reavaliações dos vencimentos reais de carreiras ou cargos diferenciados, que não se podem afirmar de logo desarrazoadas ou discriminatórias: exemplos significativos

(diplomatas, grupos DAS, cargos de natureza especial). 7. Séria é a suspeita de simulação de uma mera revisão da expressão monetária de vencimentos corroídos pela inflação, relativamente ao art. 1º da MP 296/91: aumento uniforme de 30% para todo o pessoal do Plano de Classificação de Cargos e aumento global dos militares: casos em que, sem prejuízos da necessidade de análise mais detida das alegadas distorções de suas respectivas posições anteriores no escalonamento geral dos vencimentos do serviço público federal, a generalidade do tratamento dispensado a grandes setores do pessoal dificilmente permitiria cogitar de especificidade de situações a impor reavaliações substanciais, com abstração da hipótese de tratar-se de simples correção da desvalorização da moeda. 8. Plausibilidade da alegação de que, tanto a regra de igualdade de índices na revisão geral (CF, art. 37, X), quanto as de isonomia de vencimentos para cargos similares e sujeitos a regime único (CF, art. 39 e § 1º), não permitem discriminação entre os servidores da administração direta e os das entidades públicas da administração indireta da União (autarquias e fundações autárquicas). V. A alternativa de tratamento da inconstitucionalidade da lei violadora de regras decorrentes do princípio da isonomia por exclusão ou não extensão arbitrárias do âmbito pessoal do benefício concedido: conseqüências sobre o juízo discricionário de suspensão liminar da lei impugnada. 9. A solução tradicional da prática brasileira – inconstitucionalidade positiva de lei indevidamente discriminatória –, tem eficácia fulminante, mas conduz à iniquidade contra os beneficiados, quando a vantagem não traduz privilégios, mas imperativo de circunstâncias concretas, como corrosão inflacionária de vencimentos, não obstante a exclusão arbitrária de outros setores em igualdade de situação: é o que resultaria da suspensão liminar da MP 296, com prejuízo do aumento imediato dos vencimentos da parcela mais numerosa do funcionalismo civil e militar, sem que resultasse benefício algum para os excluídos do seu alcance. 10. A solução oposta – inconstitucionalidade da mesma lei por omissão parcial na demarcação do âmbito do benefício –, jamais permitiria estender liminarmente o aumento de vencimentos aos não incluídos na MP 296, dado que ainda, na hipótese de decisão definitiva, a eficácia da declaração de inconstitucionalidade por omissão se restringe à sua comunicação pelo Tribunal ao órgão legislativo competente, para que a supra. 11. Conseqüente indeferimento da liminar, não obstante a relevância reconhecida, quanto ao art. 1º da MP 296/91, da arguição de inconstitucionalidade” (STF, Pleno, ADI-MC nº 525/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 12/06/1991, DJ de 02/04/2004).

“O inciso X do artigo 37 da Carta Federal autoriza a concessão de aumentos reais aos servidores públicos, *lato sensu*, e determina a revisão geral anual das respectivas remunerações. Sem embargo da divergência conceitual entre as duas espécies de acréscimo salarial, inexistente óbice de ordem constitucional para que a lei ordinária disponha, com antecedência, que os reajustes individualizados no exercício anterior sejam deduzidos da próxima correção ordinária. A ausência de compensação importaria desvirtuamento da reestruturação aprovada pela União no decorrer do exercício, resultando acréscimo salarial superior ao autorizado em lei. Implicaria, por outro lado, necessidade de redução do índice de revisão anual, em evidente prejuízo às categorias funcionais que não tiveram qualquer aumento. Espécies de reajustamento de vencimentos que são inter-relacionadas, pois dependem de previsão orçamentária própria, são custeadas pela mesma fonte de receita e repercutem na esfera jurídica dos mesmo destinatários. Razoabilidade da previsão legal” (STF, Pleno, ADI nº 2.726/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 05/12/2002, DJ de 29/08/2003).

“Se ao Governador e à Assembleia Legislativa do Estado pareceu que os ocupantes dos cargos excluídos da revisão geral haviam sido beneficiados inconstitucionalmente, pela lei anterior (nº 2.711, de 27/04/1989), a ponto de colocá-los em vantagem com relação aos exercentes de cargos de atribuições idênticas ou assemelhadas de outros Poderes, então o que podiam ter feito era propor, perante o STF, ação direta de inconstitucionalidade da norma, ou das normas daquela mesma lei, que houvessem violado o princípio da isonomia. O que não podiam era eliminar as vantagens decorrentes de tais normas, mediante a exclusão, dos mesmos servidores, do reajuste geral” (STF, Pleno, ADI nº 91/SE, Rel. Min. Sydney Sanches, j. em 21/09/1995, DJ de 23/03/2001).

26. Como se constata, o inciso VIII do art. 73 da Lei nº 9.504/1997 veda tão somente a revisão geral anual no período eleitoral, não a outorga de reajuste a certas categorias de servidores públicos. Como os conceitos de vantagem e de remuneração não apresentam uma relação de sobreposição, é evidente a impossibilidade de ser invocada, nesse caso, a vedação do inciso V do art. 73, que veda a readaptação de vantagens.

27. É o parecer, *sub censura*.

Rio de Janeiro, 25 de setembro de 2014.

EMERSON GARCIA
Promotor de Justiça

Parecer ministerial. Subprocuradoria-Geral de Justiça de Assuntos Institucionais e Judiciais. Arguição de Inconstitucionalidade da Resolução nº 45/2013, do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que proíbe a requisição de presos, na qualidade de parte, testemunha ou informante, por órgãos do Poder Judiciário a qualquer unidade de custódia, salvo para a realização de audiências.

Luiz Roldão de Freitas Gomes Filho*

ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Arguição de Inconstitucionalidade nº 0045114-69.2014.8.19.0000

Arguente: Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça

Paciente: Patrícia Assis de Jesus

Legislação: Resolução nº 45/13 do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Relator: Des. Jesse Torres Pereira Junior

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Direito Constitucional. Arguição de Inconstitucionalidade da Resolução nº 45/2013 do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que proíbe a requisição de presos, na qualidade de parte, testemunha ou informante, por órgãos do Poder Judiciário a qualquer unidade de custódia, salvo para a realização de audiências. Modalidade de controle difuso da norma (*incidenter tantum*). Cláusula de Reserva de Plenário prevista no artigo 97 da Carta Magna. Alegada violação aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Inexistência de inconstitucionalidade. Norma que não nega o direito do paciente de se entrevistar com o Defensor Público, mas veda tão somente a sua requisição pelo Poder Judiciário para tal fim. Encargo que compete à Defensoria Pública, que, nos dias atuais, reúne plenas condições de promovê-lo. Precedente desta Colenda Corte (Arguição de Inconstitucionalidade nº 0026804-15.2014.8.19.0000). Parecer do Ministério Público pela rejeição da presente Arguição, retornando os autos à 1ª Câmara Criminal para julgamento do *habeas corpus*.

* Procurador de Justiça Assistente da Assessoria de Atribuição Originária em Matéria Cível.

EGRÉGIO ÓRGÃO ESPECIAL,

1 – Trata-se de Arguição de Inconstitucionalidade da Resolução nº 45/13 do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, suscitada pela Egrégia Primeira Câmara Criminal no âmbito do *habeas corpus* impetrado pelo Dr. EDUARDO JANUÁRIO NEWTON em favor de PATRÍCIA ASSIS DE JESUS, apontando como autoridade coatora o Juízo da Vara Única da Comarca de Paracambi, que indeferiu o pleito formulado pela Defensoria Pública de requisição da paciente para apresentação nas dependências do referido órgão para entrevista prévia com o fim de oferecimento da defesa preliminar.

Sustenta o impetrante que a ausência de apresentação do paciente para entrevista privada com o Defensor Público tornou o exercício da defesa técnica uma mera formalidade.

Aduz que a despeito de a Emenda Constitucional nº 45/04 ter positivado o direito a razoável duração do processo, é importante destacar que o processo justo é composto por outras garantias fundamentais, dentre as quais a ampla defesa, o contraditório e a paridade de armas e que, no presente caso, a ausência de contato prévio com a paciente inviabiliza o gozo desses três outros componentes do processo justo.

Alega que a ausência de contato pessoal da paciente com seu Defensor Público inviabiliza, por completo, a possibilidade de rebater as teses acusatórias apresentadas na denúncia e influenciar a decisão judicial, que, no caso, poderia ser a absolvição sumária daquela.

Pede a concessão de liminar para que a paciente seja requisitada para entrevista pessoal e seja cassada a decisão que determinou a apresentação de defesa prévia, bem como assegurada a possibilidade de apresentação de nova resposta à acusação, desta vez precedida do contato entre paciente e seu Defensor Público Natural, devendo, portanto, ser anulada a decisão proferida pela autoridade coatora que designou audiência de instrução e julgamento para o dia 27 de maio de 2014. Caso a ordem venha a ser deferida após a realização da audiência, a título subsidiário, postula também pela anulação do mencionado ato processual.

Decisão, proferida pelo ilustre Desembargador Relator Antônio Jayme Boente, indeferindo a antecipação de tutela, dispensando as informações e determinando a abertura de vista à Procuradoria de Justiça (pasta 26).

Parecer do Ministério Público, na pasta 29, opinando pela denegação da ordem.

Decisão unânime, proferida pela Egrégia 1ª Câmara Criminal, instaurando o presente incidente e suspendendo o processo, com a remessa dos autos a esse colendo Órgão Especial (pasta 42).

Recebidos os autos nesta Colenda Corte, coube a relatoria ao Exmo. Sr. Desembargador Jesse Torres Pereira Junior (pasta 61), que conheceu da arguição em face dos artigos 99 e seguintes do RITJERJ e determinou a abertura de vista ao Ministério Público (pasta 64).

É o relatório, em suma.

2 – Consubstanciada em controle difuso ou incidental (*incidenter tantum*) e fulcrada no artigo 97 da Constituição Federal, a presente arguição envolve a análise acerca da inconstitucionalidade da Resolução nº 45/13 do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que proíbe a requisição de presos, na qualidade de parte, testemunha ou informante, por órgãos do Poder Judiciário a qualquer unidade de custódia, salvo para a realização de audiências.

Assim dispõe a Resolução:

“Art. 1º É vedada a requisição de presos, na qualidade de parte, testemunha ou informante, por órgãos do Poder Judiciário a qualquer unidade de custódia, salvo para realização de audiências.

§ 1º Os órgãos de segurança institucional do Tribunal de Justiça deverão informar à Corregedoria-Geral da Justiça e ao Juiz da causa a ocorrência de qualquer apresentação irregular de presos nas dependências do Poder Judiciário, para fins de adoção de providências disciplinares.

§ 2º Os oficiais de justiça, nos mandados de citação e notificação preliminar, deverão obrigatoriamente certificar sobre a vontade de o preso ser assistido por Defensor Público ou contar com o patrocínio de Advogado privado, caso em que, se possível, consignarão na certidão o nome e o número de inscrição do patrono na OAB.

Art. 2º Os atos de Citação, Notificação Preliminar, Intimações em geral e de quaisquer outras comunicações processuais ao indiciado, réu ou condenado preso serão realizados por Oficial de Justiça diretamente no estabelecimento prisional onde se encontre custodiado, sendo vedada a requisição para a formalização de tais atos em quaisquer das dependências do Poder Judiciário Estadual.

Parágrafo único. Os mandados de citação, notificação preliminar e de intimação deverão ser transmitidos por meio eletrônico diretamente para a Central de Cumprimento de Mandados da área em que se situar a unidade de custódia do preso, onde serão cumpridos, acompanhados das peças necessárias, independentemente da expedição de carta precatória, quando for o caso, e serão devolvidos pela mesma forma, conforme regulamentação a ser expedida pela Corregedoria-Geral de Justiça.

Art. 3º As entrevistas reservadas de presos com as Defesas, quer Defensoria Pública, quer advocacia privada, nos dias de audiência, serão realizadas somente nas dependências da carceragem, exceto aquelas que sejam necessárias durante o ato da Audiência.

Parágrafo único: É vedada qualquer apresentação de presos nos espaços dos fóruns fora das salas de audiências e de reconhecimento

Art. 4º As entrevistas de que trata o art. 3º deste Ato Normativo ocorrerão nos parlatórios já existentes, devendo ser observados todos os procedimentos de segurança inerentes àquelas dependências.

Parágrafo único. Eventuais dificuldades e impedimentos deverão ser relatados imediatamente à Presidência do Tribunal de Justiça pelo diretor do fórum para as providências cabíveis.

Art. 5º As audiências que envolvam a presença de presos, quer parte, testemunha ou informante, em qualquer órgão do Poder Judiciário, salvo hipóteses excepcionais, deverão ser marcadas com antecedência mínima de uma semana, de modo a que possam ser adotadas pelos órgãos competentes as providências de segurança que se fizerem necessárias.

Parágrafo único. Ato Conjunto da Presidência e Corregedoria estabelecerá as rotinas e critérios para avaliar a necessidade de harmonização de pautas de audiência.

Art. 6º A presença de público nas salas de audiência será limitada à sua capacidade, em condições de segurança, e de acordo com a avaliação do magistrado diante das circunstâncias do caso concreto.

§1º Durante o período de realização das audiências poderá ser limitada a presença de público nos corredores próximos, mediante solicitação do juiz que a presidir.

§2º Nas salas de audiência das varas criminais é vedada a presença de crianças, salvo quando necessária ao ato ou autorizada expressamente pelo juiz.

Art. 7º É vedada a realização de visitação aos presos em qualquer espaço dos prédios do Poder Judiciário.

Art. 8º Este Ato entra em vigor na data 07 de janeiro de 2014."

De acordo com a Suscitante, tem-se entendido que o que efetivamente existe é a garantia ao direito de entrevista reservada do réu preso com o seu defensor antes do interrogatório, não sendo razoável impor ao Juízo o ônus de fazer conduzir o réu às dependências forenses para que se realizem as entrevistas que se julguem necessárias, em momento outro que não aquele expressamente determinado na lei adjetiva, e que tal encargo (entrevista) competiria à Defensoria Pública que, como órgão estatal de assistência aos juridicamente hipossuficientes, deve prover os seus membros dos meios e recursos necessários ao bom desempenho do seu mister, no próprio estabelecimento penal onde se encontre custodiado o seu assistido, se for o caso.

Afirma que, acerca da temática, o Conselho Nacional de Justiça já dispôs, na Resolução n.º 108/2010, que a requisição de réu preso para comparecer em juízo para a simples comunicação de atos processuais não encontra previsão legal, atenta contra a segurança nos presídios e causa ônus desnecessário ao erário.

Aduz que o Tribunal de Justiça, através da Resolução TJ/OE/RJ n.º 45/2013, na mesma esteira, vedou a requisição de presos para outro fim que não o de comparecimento a audiências previamente designadas pelo Juízo.

Assinala que, devido a recentes dissídios verificados nos julgados deste Tribunal de Justiça e por ter sido a matéria arguida repetidamente pelo órgão estatal de assistência judiciária, o objeto da impugnação não é somente o ato da autoridade judiciária ora impetrada, mas, notadamente, o ato normativo que lhe serviu de fundamento, ou seja, a Resolução n.º 45/2013, do Órgão Especial, o que impõe a instauração do presente incidente e a suspensão do processo, remetendo-se os autos a esta Egrégia Corte para apreciação das questões formuladas pela Defensoria Pública e análise da constitucionalidade da Resolução referida, como se infere do acórdão constante da pasta 42, assim ementado:

“HABEAS CORPUS. Arguição de inconstitucionalidade. Cláusula de Reserva de Plenário. Constituição da República, artigos 97 e 93, inciso XI. Arguição de inconstitucionalidade de ato normativo do Poder Público, que deverá ser dirimida, no âmbito deste Tribunal de Justiça, pelo Egrégio Órgão Especial. Impetrante requer a requisição do paciente, na qualidade de réu preso, para entrevistar-se com seu Defensor. Argumentação no sentido de que a Resolução n.º 45/2013, do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, acarreta cerceamento de defesa e importa violação ao princípio do devido processo legal e seus corolários. Matéria que vem sendo arguida repetidamente pelo Órgão estatal de assistência judiciária. Dissídio entre as Câmaras Criminais. Relevância da questão, que extrapola o âmbito do processo e deixa de ser circunscrita às partes para causar interferência em diversos setores administrativos deste Tribunal e de outros órgãos estatais. Remessa do feito ao Egrégio Órgão Especial, com suspensão do julgamento.

São esses os fatos em questão.

No entender do Ministério Público, inexistente inconstitucionalidade na mencionada Resolução, que em nada viola os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

A Lei Complementar nº 80/1994¹, no artigo 4º, XVII, prevê como função institucional da Defensoria Pública a atuação nos estabelecimentos policiais, penitenciários e de internação de adolescentes, garantindo aos indivíduos ali recolhidos o pleno exercício de seus direitos e garantias fundamentais, *verbis*:

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

(...)

XVII – atuar nos estabelecimentos policiais, penitenciários e de internação de adolescentes, visando a assegurar às pessoas, sob quaisquer circunstâncias, o exercício pleno de seus direitos e garantias fundamentais;

Outrossim, o citado dispositivo normativo, no §11º, determina que os estabelecimentos a que se refere o inciso XVII devem reservar instalações adequadas ao atendimento jurídico dos presos e internos por parte dos Defensores Públicos, fornecendo-lhes apoio administrativo, prestando-lhes as informações solicitadas e assegurando-lhes o acesso à documentação dos presos e internos, aos quais é assegurado o direito de entrevista com os membros da Defensoria Pública.

No mesmo sentido é o artigo 108, inciso IV, daquele diploma legal, que atribui aos defensores públicos estaduais a atuação nos “estabelecimentos prisionais, policiais, de internação e naqueles reservados a adolescentes, visando ao atendimento jurídico permanente dos presos provisórios, sentenciados, internados e adolescentes, competindo à administração estadual reservar instalações seguras e adequadas aos seus trabalhos, franquear acesso a todas as dependências do estabelecimento independentemente de prévio agendamento, fornecer apoio administrativo, prestar todas as informações solicitadas e assegurar o acesso à documentação dos assistidos, aos quais não poderá, sob fundamento algum, negar o direito de entrevista com os membros da Defensoria Pública do Estado”.

Ao contrário de outros tempos, é cediço que, nos dias atuais, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro reúne plenas condições de dar efetividade à sua nobre missão institucional, estabelecendo e mantendo estrutura adequada nos estabelecimentos prisionais para contato com o preso, sem a necessidade de deslocá-lo às dependências do Poder Judiciário para tal fim.

¹ A Lei Complementar nº 80/1994 organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências.

A questionada Resolução nº 45/2013 do Órgão Especial do Tribunal de Justiça em momento algum nega o direito do paciente de se entrevistar com o Defensor Público, vedando tão somente a sua requisição pelo Poder Judiciário para essa finalidade, o que em nada viola os princípios da ampla defesa e do contraditório.

O ordenamento jurídico pátrio garante o direito de entrevista reservada do réu preso com o seu defensor antes do interrogatório (artigo 185, §5º, do Código de Processo Penal), e não a requisição ora pretendida.

Logo, não é razoável impor ao Juízo o ônus de fazer conduzir o acusado às dependências forenses para que se realizem as entrevistas, cabendo tal encargo à Defensoria Pública, que deve prover os seus membros dos meios e recursos necessários para o desempenho das relevantes funções junto às unidades prisionais.

A própria existência de um Defensor Público nos estabelecimentos penais, por si só, constitui um mecanismo de garantia e acesso à plena defesa dos réus, não havendo a mínima necessidade, seja por questões logísticas, financeiras ou relacionadas à segurança pública e institucional (vide o recente e lamentável episódio ocorrido no foro regional de Bangu), de promover o deslocamento de presos para as dependências judiciais a fim de que tenham contato com o seu defensor.

Ao contrário, impõe-se, sim, como bem fez a questionada Resolução, restringir ao máximo a circulação de detentos fora dos presídios, evitando-se o comprometimento da segurança institucional nos prédios do Poder Judiciário, riscos à segurança pública e ônus desnecessário ao erário.

Nessa toada, o Conselho Nacional de Justiça, ao editar a Resolução n.º 108, de 06/04/2010, dispôs que a requisição de réu preso para comparecer em juízo para a simples comunicação de atos processuais não encontra previsão legal, atenta contra a segurança nos presídios e causa ônus desnecessário ao erário.

Convém destacar a jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema (tirada do acórdão constante da pasta 42):

Quinta Turma – HC 227958/RJ, Relatora Ministra Laurita Vaz, data do julgamento 22/10/2013, DJe 05/11/2013.

“[...] 3. Hipótese em que se busca o reconhecimento do direito de entrevista pessoal dos Pacientes com o Defensor Público, com a finalidade de subsidiar a elaboração da defesa prévia. Contudo, as normas processuais penais não preveem a requisição do preso na situação descrita. Ao contrário, indicam que essa providência é medida excepcional. 4. A realização de entrevista com o preso constitui atribuição da Defensoria Pública que, considerando-a imprescindível para a defesa de seu patrocinado, deve adotar as providências necessárias para entrevistá-lo, não obstante o volume excessivo de trabalho atribuído aos defensores públicos. Aliás, é o entendimento que se infere do art. 108, parágrafo único, inciso IV, da Lei Complementar n.º 80/94. [...]”

Sexta Turma – HC 140455/RJ, Relator o Ministro Sebastião Reis Júnior, data do julgamento 07/11/2012, DJe 26/11/2012.

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. APRESENTAÇÃO DE DEFESA PRELIMINAR. REQUISICÃO DE RÉU PRESO PARA ENTREVISTA PESSOAL COM DEFENSOR PÚBLICO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. 1. A realização de entrevista pessoal para esclarecimento de situações de fato, úteis à formulação da defesa preliminar de réus presos, constitui atribuição da Defensoria Pública, cuja função consiste também em atuar diretamente nos presídios. Nesse passo, inexistente nulidade na ausência de requisição de réu preso para entrevista pessoal com o defensor público, com a finalidade de reunir informações para a apresentação de defesa preliminar. 2. Ordem denegada."

Por fim, ressalte-se que, em data recentíssima (04/08/2014), este Colendo Órgão Especial manifestou-se pela constitucionalidade da dita Resolução, nos autos da Arguição de Inconstitucionalidade nº 0026804-15.2014.8.19.0000, relatado pelo eminente Des. Nildson Araujo da Cruz, cuja ementa é a seguinte:

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESOLUÇÃO TJ/OE Nº. 45/2013, QUE VEDA REQUISICÕES, PELO JUIZ, DE RÉU PRESO PARA ENTREVISTA COM O DEFENSOR PÚBLICO ANTES DO OFERECIMENTO DA RESPOSTA INICIAL À ACUSAÇÃO. RELEVÂNCIA DA ENTREVISTA PESSOAL. ATRIBUIÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA QUE NÃO PODE SER TRANSFERIDA A OUTRAS INSTITUIÇÕES. RACIONALIZAÇÃO DO TRABALHO QUE SE IMPÕE, SEM QUE SE DESCONSIDEREM O DIREITO DO RÉU PRESO À AMPLA DEFESA E AOS PRINCÍPIOS DA ECONOMIA E CELERIDADE PROCESSUAIS. ART. 22, § 4º DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 6/1977. UNIDADE E INDIVISIBILIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA. VEDAÇÃO DA REQUISICÃO DO RÉU PRESO PARA ENTREVISTA PESSOAL COM O DEFENSOR PÚBLICO QUE NÃO IMPLICA CERCEAMENTO DE DEFESA. PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO QUE SE MANTÊM ÍNTEGROS. INCIDENTE QUE SE REJEITA.

É relevante que o réu preso tenha possibilidade de entrevistar-se com o defensor público antes do oferecimento da resposta inicial à acusação, não sendo suficiente à ampla defesa sua mera entrevista, antes do interrogatório, como previsto art. 185, § 5º, do Código de Processo Penal, pois aquela peça, verdadeira contestação, pode ensejar, se for o caso, sua absolvição sumária. Para viabilizar a referida entrevista do réu preso com o Defensor Público alguns juízes requisitavam sua apresentação ao fórum. Outros, não.

Todavia, a despeito da importância da entrevista pessoal do réu preso com seu defensor, impõe-se a racionalização do trabalho, compatibilizando-se o seu direito à ampla defesa com os princípios da economia e celeridade processuais e com a própria segurança social, que é dever do Estado e, ao mesmo tempo, direito e responsabilidade de todos.

O Estado, numa democracia, é garantidor de direitos e a Defensoria Pública o integra. Numa visão otimista, a Defensoria Pública patrocina cerca de 90% dos acusados, os presos são milhares e os respectivos processos estão espalhados pelas diversas comarcas deste Estado e não é razoável que a Defensoria Pública transfira a outras instituições atribuição que é sua, pleiteando ao Judiciário que requisite a apresentação de réu preso para ser entrevistado pelo encarregado de sua defesa. Aliás, não é excessivo ressaltar que a expedição de ofício requisitório deflagra operação de considerável grandeza e complexidade envolvendo viaturas, agentes de segurança penitenciária e policiais.

Da Lei Complementar Estadual, que regula a organização da Defensoria Pública deste Estado se extrai a solução para harmonizar o interesse social e a ampla defesa. É que em cada unidade prisional se faz presente um Defensor Público.

Basta existir entendimento entre o Defensor que oficia no processo e aquele que atua no estabelecimento prisional, o que é compatível com a racionalização do trabalho, com os princípios da economicidade e da ampla defesa, sabido que à Defensoria Pública também se aplicam os princípios da unidade e indivisibilidade, pelo que o patrocínio de um réu preso ou solto por integrante da referida Instituição não é *intuitu personae*.

Por conseguinte, não há inconstitucionalidade na Resolução TJ/OE nº. 45/2013. Por isso e por unanimidade fica rejeitado este incidente de inconstitucionalidade arguido de ofício pela E. Primeira Câmara Criminal deste Tribunal. (Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0026804-15.2014.8.19.0000. Relator: Des. Nildson Araujo da Cruz. Data do julgamento: 04/08/2014. Órgão Especial).

Inexiste, portanto, a mínima violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, ante a concreta possibilidade de realização da entrevista prévia com os presos por conta da própria Defensoria Pública, não havendo, em consequência, qualquer inconstitucionalidade na Resolução nº 45/2013 do Órgão Especial do Tribunal de Justiça.

3 – Face ao exposto, oficia o Ministério Público no sentido de ser **rejeitada** a presente Arguição Incidental de Inconstitucionalidade, retornando os autos à douta Primeira Câmara Criminal para prosseguir no julgamento do *habeas corpus* nº 0024864-15.2014.8.19.0000.

Rio de Janeiro, 05 de setembro de 2014.

LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES FILHO

Procurador de Justiça

Assistente da Assessoria de Atribuição Originária em Matéria Cível

De acordo.

CARLOS CÍCERO DUARTE JÚNIOR

Procurador de Justiça

Assessor-Chefe da Assessoria de Atribuição Originária em Matéria Cível

Aprovo.

ERTULEI LAUREANO MATOS

Subprocurador-Geral de Justiça

de Assuntos Institucionais e Judiciais, em exercício

Parecer ministerial. Subprocuradoria-Geral de Justiça de Assuntos Institucionais e Judiciais. Arguição de Inconstitucionalidade suscitada por órgão fracionário do Tribunal de Justiça com o objetivo de que seja apreciado o tema relativo à inconstitucionalidade do art. 147, § 5º da Lei nº 1.506/2000, do Município de Duque de Caxias, que garante o recebimento de pensão previdenciária até que o beneficiário complete 24 anos de idade, desde que comprovada a sua condição de estudante.

Veronica C. R. Antunes Zylberman*

ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade

Relator: Desembargador Ferdinando Nascimento

Arguente: E. 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Interessados: Município de Duque de Caxias e Renan Abreu de Moura

Processo n.º: 00019453-93.2012.8.19.0021

Parecer do Ministério Público

Direito Constitucional. Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade suscitado por órgão fracionário do Tribunal de Justiça com o escopo de que seja apreciado o tema relativo à inconstitucionalidade do art. 147, parágrafo 5º da Lei n. 1506/2000, do Município de Duque de Caxias, que garante o recebimento de pensão previdenciária até que o beneficiário complete 24 anos desde que comprovada a sua condição de estudante. Arguição de inconstitucionalidade da referida norma, por contrariar o comando advindo do parágrafo 12º do art. 40 da Constituição Federal, que disciplina que o regime jurídico dos servidores públicos observará os requisitos e critérios fixados para o regime geral da previdência social.

Lei Federal 9.717/98, que em seu art. 5º expressamente determina que os regimes próprios de previdência dos servidores públicos dos Entes de Direito Público “*não poderão conceder benefícios distintos dos previstos no Regime Geral de Previdência Social de que trata a Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991....*”.

* Promotor de Justiça Assistente da Assessoria de Atribuição Originária em Matéria Cível.

Benefício previsto em âmbito municipal que não encontra guarida no regime geral da previdência social. Servidor falecido quando já estava em vigor a Lei 9.717/98.

Incidente processual que merece ser conhecido e acolhido, consubstanciando questão prejudicial que deve vincular o órgão fracionário no julgamento do Recurso de Apelação interposto pelo Ente Político Municipal.

I – RELATÓRIO

Trata-se de Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade suscitado pela E. 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, nos autos da ação promovida por Renan Abreu de Moura em face do Município de Duque de Caxias, em que busca o interessado o recebimento de pensão previdenciária até que complete 24 anos, invocando a sua condição de estudante universitário e o disposto no art. 147, parágrafo 5º da Lei 1506/2000.

Encampando os argumentos veiculados pelo interessado, o Juízo de primeiro grau reconheceu o direito invocado na inicial determinando a manutenção do pagamento do benefício até que se complete 24 anos de idade, desde que mantida a condição de estudante (fls. 74/74v).

Inconformado, o Município de Duque de Caxias interpôs o Recurso de Apelação de fls. 76/81, salientando que o dispositivo legal em que se fundamentou a sentença contraria a disciplina do art. 5º da Lei 9.717/98, pois contempla benefício não previsto no regime geral da previdência social.

A E. 7ª Câmara Cível vislumbrou a inconstitucionalidade do art. 147, parágrafo 5º da Lei 1506/2000, dada a sua incompatibilidade com a regra do art. 40, parágrafo 12º da Constituição Federal (fls. 103/109).

Autos remetidos ao Ministério Público para manifestação.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Inicialmente, cumpre observar que estão presentes os requisitos legais para que se conheça do presente incidente processual, considerando o teor do v. Acórdão de fls. 103/109, em que se levantou a inconstitucionalidade do art. 147, parágrafo 5º da Lei 1506/2000. A hipótese, pois, encontra guarida na segunda parte do art. 481, *caput*, do Código de Processo Civil.

Ademais, o exame sobre o alegado vício de inconstitucionalidade do dispositivo legal em tela efetivamente consubstancia questão prejudicial do *meritum causae*, na medida em que configura antecedente lógico e necessário que condicionará a solução deste.

Destarte, emerge a competência do E. Órgão Especial para a apreciação do tema constitucional suscitado, cuja solução deverá vincular a E. 7ª Câmara Cível por

ocasião da retomada do julgamento do Recurso de Apelação interposto pelo Ente Municipal nos autos da ação ali em trâmite.

Quanto ao objeto do presente incidente, assiste inteira razão ao órgão fracionário suscitante, impondo-se o seu acolhimento.

Com efeito, o parágrafo 12º do art. 40 da CF/88, com a redação da EC 20/1998, disciplina que o regime jurídico dos servidores públicos observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral da previdência social.

Por sua vez, o art. 24, inciso XII da Constituição Federal disciplina que cabe à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre previdência social. No entanto, o parágrafo 1º do art. 24 da CF/88 expressamente determina que cabe à União Federal, no âmbito da competência concorrente, estabelecer as normas gerais.

Ainda, é importante registrar que a Lei Federal 9.717/98 em seu art. 5º expressamente determina que os regimes próprios de previdência dos servidores públicos dos Entes de Direito Público *“não poderão conceder benefícios distintos dos previstos no Regime Geral de Previdência Social de que trata a Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991....”*.

Desta forma, o art. 147, parágrafo 5º da Lei 1506/2000, ao permitir o pagamento de benefício por lapso temporal não previsto na regra geral da previdência social, data vênua, contraria as disposições da Lei 9.717/98 e também todo o arcabouço constitucional, que confere à União Federal competência para editar regra geral em matéria previdenciária e disciplina que o regime jurídico dos servidores públicos observará os requisitos e critérios fixados para o regime geral da previdência social (arts. 24, XII e 40, parágrafo 12º da CF/88).

De fato, como já salientado acima, a Lei Federal 9.717/98, em seu art. 5º, expressamente determina que os regimes próprios de previdência dos servidores públicos dos Entes de Direito Público *“não poderão conceder benefícios distintos dos previstos no Regime Geral de Previdência Social de que trata a Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991....”*.

Frise-se, mais uma vez, que o art. 40, parágrafo 12º da CF/88, com a redação da EC 20/1998, disciplina que o regime jurídico dos servidores públicos observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o Regime Geral da Previdência Social.

Ocorre que a previsão contida na legislação municipal no tocante ao pagamento da pensão até que o beneficiário complete 24 anos de idade não encontra guarida no Regime Geral da Previdência Social. Neste particular, é oportuno ressaltar que a Lei 8.213/91, que dispõe sobre os benefícios da previdência social, prevê em seu artigo 77, § 2º, inciso II, a cessação da pensão por morte ao filho quando completar 21 anos de idade, salvo se for inválido.

Este é o entendimento já consolidado no âmbito do STJ. Vejamos:

“ADMINISTRATIVO. PENSÃO POR MORTE. ESTUDANTE UNIVERSITÁRIA QUE NÃO EXERCE ATIVIDADE REMUNERADA. DIREITO À PRORROGAÇÃO DO RECEBIMENTO DA PENSÃO ATÉ OS 24 ANOS DE IDADE. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte dispõe que, para a concessão de benefícios não previstos no Regime Geral de Previdência Social, o dependente do segurado, ao tempo da edição da Lei n. 9.717/98, deveria reunir todos os requisitos previstos na lei estadual para receber a pensão por morte até os 24 anos de idade, quais sejam: ser universitário, não ter atividade remunerada e ser maior de 21 anos.

2. Apesar de a Lei Complementar Estadual n. 109/97 prever a possibilidade da prorrogação da pensão ao estudante que não tenha renda própria, com o advento da Lei n. 9.717/97, que fixou regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social, vedou em seu art. 5º, a concessão de benefícios distintos dos previstos no Regime Geral de Previdência Social, respeitando, entretanto, o direito adquirido daqueles que na época tinham mais de 21 anos e menor de 24 anos. Não é este o caso dos autos.

3. Quanto ao precedente colacionado, a existência de julgado divergente não altera a decisão, pois entendimento isolado trazido pela recorrente não suplanta aquele pacificado nesta Corte Superior.

Agravo regimental improvido”

(AgRg no AREsp 13145 / ES AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL 2011/0122516-4; Ministro HUMBERTO MARTINS; DJe 25/08/2011).

PREVIDENCIÁRIO. AGRADO INTERNO RECEBIDO COMO EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PENSÃO POR MORTE. LEI 9.717/98. PRORROGAÇÃO DE BENEFÍCIO. LEI ESTADUAL 109/97. BENEFÍCIOS DISTINTOS. VEDAÇÃO. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. AUSÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO. AGRADO DESPROVIDO.

I – A Lei Federal 9.717/98 fixou regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social, vedando em seu artigo 5º a concessão de benefícios distintos dos previstos no Regime Geral de Previdência Social, tendo a Lei Complementar Estadual 109/97, em seu artigo 6º, estendido o benefício aos filhos universitários menores de 24 (vinte e quatro) anos, sem remuneração.

II – Vedação de concessão de benefícios distintos dos previstos no Regime Geral da previdência social não permitiu a sua extensão aos universitários menores de 24 (vinte e quatro) anos.

III – Necessidade de comprovação dos requisitos para a concessão do benefício e a prorrogação do benefício até os 24 (vinte e quatro) anos: prova de estar cursando ensino superior; não exercer atividade remunerada e ser maior de 21 (vinte e um) anos.

IV – Considerando que o agravante só completou 21 (vinte e um) anos em 2004, quando já em vigor a Lei 9.717/98, não há direito adquirido à extensão da pensão por morte.

V – Embargos acolhidos tão somente para esclarecer o tema, sem atribuição de efeitos infringentes, mantendo a decisão exarada”

(AgRg no REsp 1136290 / ES AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2009/0074368-3; Ministro GILSON DIPP; DJe 22/11/2010)

Ademais, é oportuno lembrar que o servidor não tem direito adquirido a regime jurídico. Como de conhecimento, o regime jurídico estatutário é o conjunto de normas que disciplina a relação funcional entre o servidor público e a Administração, sendo a mesma regida pelo direito público.

Assim, não tem o servidor público direito à imutabilidade do regime anterior, que pode ser alterado por lei posterior sem que isso represente ofensa a direito adquirido.

Neste particular, a título de ilustração, colacionamos trecho da lição de **Celso Antonio Bandeira de Mello**¹:

“A relação jurídica que interliga o Poder Público e os titulares de cargo público, – ao contrário do que se passa com os empregados –, não é de índole contratual, mas estatutária, institucional.

Nas relações contratuais, como se sabe, direitos e obrigações recíprocos, constituídos nos termos e na ocasião da avença, são unilateralmente imutáveis e passam a integrar de imediato o patrimônio jurídico das partes, gerando, desde logo, direitos adquiridos em relação a eles. Diversamente, no liame da função pública, composto sob a égide estatutária, o Estado, ressalvadas as pertinentes disposições constitucionais impeditivas, **deterá o poder de alterar legislativamente o regime jurídico de seus servidores, inexistindo a garantia de que continuarão**

¹ *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros Editores, São Paulo, 14ª edição, p. 228/229.

sempre disciplinados pelas disposições vigentes quando de seu ingresso. Então, benefícios e vantagens, dantes previstos, podem ser ulteriormente suprimidos. Bem por isto, os direitos que deles derivem não se incorporam ao patrimônio jurídico do servidor (firmando-se como direitos adquiridos), do mesmo modo que nele se integrariam se a relação fosse contratual”.

Finalmente, cabe observar que o segurado faleceu em 2001, quando já estava em vigor a Lei 9.717/98 e após a alteração promovida pela EC 20/1998 na redação do parágrafo 12º do art. 40 da CF/88.

Desta forma, em vista de todo o acima aduzido, o Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade em exame merece total acolhida.

III – CONCLUSÃO

Isto posto, oficia o MINISTÉRIO PÚBLICO no sentido de que seja conhecido e acolhido o presente Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade, na forma acima preconizada, com o subsequente retorno dos autos ao órgão fracionário de origem para que se retome o julgamento do Recurso de Apelação interposto pelo Município de Duque de Caxias, partindo-se da premissa da existência de vício de inconstitucionalidade a macular o art. 147, parágrafo 5º Lei Municipal 1506/2000.

Rio de Janeiro, 16 de maio de 2013.

VERONICA C. R. ANTUNES ZYLBERMAN

Promotora de Justiça
Assistente da Assessoria de Atribuição Originária em Matéria Cível

De acordo.

CARLOS CÍCERO DUARTE JÚNIOR
Assessor-Chefe da Assessoria de Atribuição Originária em Matéria Cível

Aprovo.

SÉRGIO ROBERTO ULHÔA PIMENTEL
Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Institucionais e Judiciais

Peças

• • •

Ação Civil Pública ajuizada pela 1ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa da Ordem Urbanística da Capital. Construção de unidade educacional dentro de área definida como praça pública, em afronta à área definida no edital de licitação e em desconformidade com o desenho urbanístico do local. Pedido de Dano Moral Coletivo.

André Constant Dickstein*

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA VARA DE FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL – RJ

“A praça! A praça é do povo

Como o céu é do condor”

Castro Alves. Ano: 1864

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, com fundamento na Constituição da República, arts. 37, *caput*, 127, *caput* e 129, III, e na Lei Federal nº 7.347/85, arts. 1º, IV e VI, 2º, 5º e 21, e lastreado no Inquérito Civil URB nº 825 (cópia eletrônica, em anexo, com 219 laudas) vem promover a presente

AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO DE LIMINAR

em face de

1) MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO, pessoa jurídica de direito público, CGC/MF nº 042498733/0001-48, com sede na Rua Afonso Cavalcanti, nº 455, Centro, Rio de Janeiro-RJ;

2) RIO-URBE – EMPRESA MUNICIPAL DE URBANIZAÇÃO, empresa pública de capital fechado, tendo como única acionista a Prefeitura do Rio de Janeiro, CNPJ nº 31.066.178/0001-69, situada no Largo dos Leões 15 – Humaitá, Telefone: 2976-9204, E-mail: riourbe@pcrj.rj.gov.br;

3) CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT BRASIL S/A, pessoa jurídica de direito privado, CNPJ nº 10.220.039/0001-78, situada à Praia de Botafogo, nº 300, 11º andar, Rio de Janeiro-RJ, pelas seguintes razões de fato e de direito.

* Promotor de Justiça.

DOS FATOS

Nos autos do Inquérito Civil URB nº 825 (cópia eletrônica do IC, em anexo), restou apurado que a Rio-URBE e a construtora Odebrecht celebraram o Termo de Contrato nº 053/2014, resultante da Concorrência Pública nº 09/2013.

Decorre, pois, desse negócio jurídico a construção de um prédio destinado ao ensino infantil, equipamento denominado EDI – Espaço de Desenvolvimento Infantil¹, que reúne creche e pré-escola e que integra o rol de ações do Município do Rio de Janeiro para a área educacional.

Ocorre que a referida escola vem sendo implantada no seio da Praça Egídio Citarella, Campo Grande, em frontal violação à área definida no edital de licitação e em desconformidade com o desenho urbanístico do local, segundo consta do Projeto Aprovado de Loteamento (PAL) nº 26.663, datado do ano de 1967.

Veja-se que o PAL 26.663 institui a Praça Egídio Citarella, além de prever uma área contígua destinada à implantação de uma escola, conforme se extrai de fl. 09 do IC 825 (em anexo).

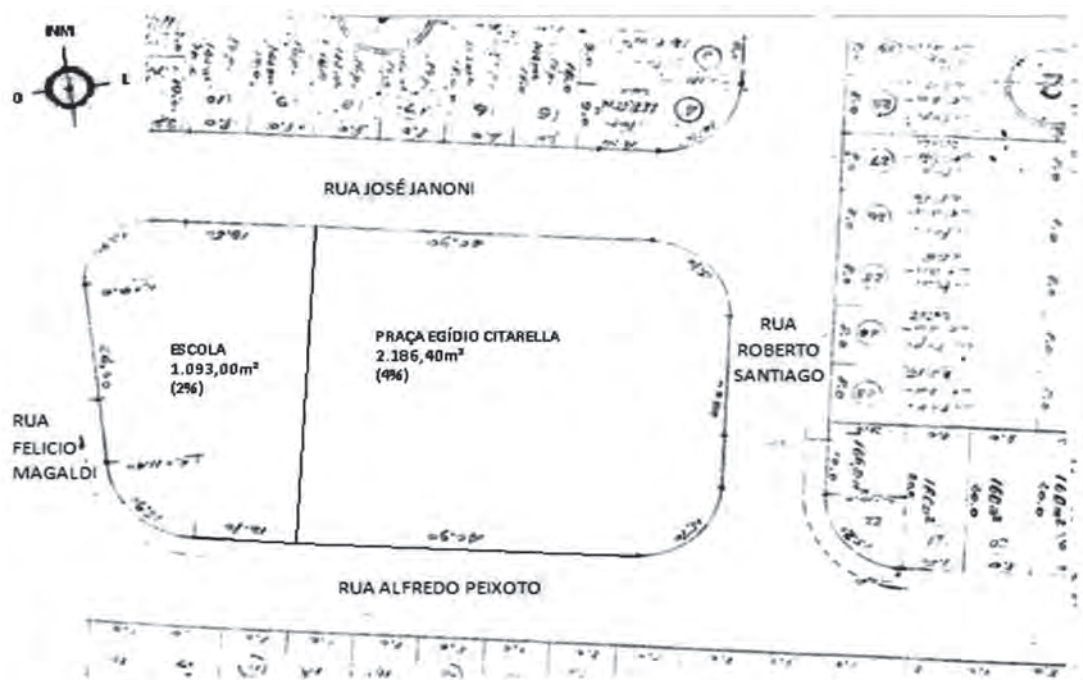


Figura 1: PAL 26.663. Praça Egídio Citarella – Campinho – Campo Grande

¹ <http://www.rio.rj.gov.br/web/sme/exibeconteudo?id=125527>.

Neste sentido, a Concorrência Pública nº 09/2013 previa a construção de uma unidade escolar na área definida pelo PAL para tanto: Rua Felício Magaldi, esquina com Rua Alfredo Peixoto (fl. 103, linha 9, do IC).



Fábrica de Escolas - construção de novas unidades



Lote 3

AP	CPE	CÓDIGO DO TERRENO	IDENTIFICAÇÃO	ENDEREÇO	BAIRRO
5	8	08.24.01	EDI Praça Pintor Auguste Pettit	Rua Ribamar, 65	Realengo
5	8	08.24.03	EDI Rua Pedro Nava	Rua Pedro Nava, esquina com Rua Jose Emirio de Moraes - Praça José Mauro de Vasconcelos	Realengo
5	8	08.24.07	EDI Rua São Dagoberto (antigo FNDE - 30 EDIs)	Rua São Dagoberto	Realengo
5	9	09.02.01	EDI Rua da Anta, 5	Rua da Anta, 5 - acesso Rua Jaguatirica	Campo Grande
5	9	09.02.06	CA-PRI Rua Santa Rosa	Rua Santa Rosa, 36 - acesso pela Rua Daniel Jacintho	Santíssimo
5	9	09.02.08	Demolição da EM Tenente Góes Monteiro e construção de CA-PRI E GIN	Estr. Sete Riachos, 2.206	Santíssimo
5	9	09.02.09	Demolição da E.M. Samuel Wainer e construção de EDI	Rua Jornalista Samuel Wainer, S/Nº	Santíssimo
5	9	09.02.10	EDI Estrada Prof. Daltro Santos (antigo FNDE - 30 EDIs)	Est. Prof. Daltro Santos, nº 400 - lote do PAL 45.888	Campo Grande
5	9	09.09.01	EDI Rua Felício Magaldi (antigo FNDE - 30 EDIs)	Rua Felício Magaldi, esquina com Rua Alfredo Peixoto	Campo Grande
5	9	09.10.02	EDI Rua Murilo Alvarenga	Rua Murilo Alvarenga s/nº - esquina com Rua 22	Inhoaíba
5	9	09.10.03	CA-PRI Rua Gentil de Ouro, esquina com rua Murilo de Alvarenga	Rua Gentil de Ouro, esquina com rua Murilo de Alvarenga	Campo Grande

Figura 2: Documento integrante da Concorrência Pública nº 09/2013, que descreve o local de construção da escola, de acordo com o PAL: Rua Felício Magaldi, esquina com Rua Alfredo Peixoto.

Sucedo que, como nenhuma escola tivesse sido ali implantada, a área que lhe era reservada pelo PAL veio a abrigar um campo de futebol, hoje em péssimo estado de conservação (v. fotografias do campo às fls. 168/172 do IC anexo). Então, sob a alegação de acolher a demanda popular pela preservação do campo de futebol, os réus determinaram e já iniciaram as obras de construção da escola no meio da praça pública, em desconformidade com o edital de licitação e com o PAL 26.663. Eis a imagem do projeto em execução (v. tb. fl. 147 do IC anexo):



Figura 4 – Projeto – Versão 2 Atual – Espaço de Desenvolvimento Infantil – EDI – Jardim Campinho – Praça Egidio Citarella – Campo Grande (a planta foi invertida de acordo com o note).

O PAL N.º 26.663 e a CONCORRÊNCIA PÚBLICA N.º 09/2013

O chamado Projeto Aprovado de Loteamento (PAL) é um ato jurídico formal disciplinado pela Lei Federal nº 6.766/79, por meio do qual o poder público estabelece o desenho urbanístico oficial a ser implantado em determinada localidade.

Segundo Hely Lopes Meirelles:

“Como procedimento ou atividade de repartição do solo urbano ou urbanizável, o *loteamento* sujeita-se a cláusulas convencionais e a normas legais de duas ordens: civis e urbanísticas. (...) as normas urbanísticas são as constantes da legislação municipal e objetivam assegurar ao loteamento os equipamentos e condições mínimas de habitabilidade e conforto, bem como harmonizá-lo com o Plano Diretor do Município, para a correta expansão de sua área

urbana. Por isto, tratando-se de propriedade urbana, **o projeto e a planta do loteamento devem ser previamente aprovados pela Prefeitura**, ouvidas, quanto ao que lhes disser respeito, as autoridades sanitárias (...). A aprovação de loteamento é ato da alçada privativa da Prefeitura, atendidas as prescrições da União, os preceitos sanitários do Estado e as imposições urbanísticas do Município (...). **Após aprovação pela Prefeitura, o loteamento deverá ser registrado no Registro de Imóveis competente**, sendo passível de *impugnação* por terceiros e de levantamento de *dúvida* pelo oficial de Registro (...). O registro do loteamento produz, dentre outros, os seguintes efeitos imediatos: legitima a divisão e as vendas de lotes; torna imodificável unilateralmente o plano de loteamento e o arruamento; transfere para o domínio público do Município as vias de comunicação e as áreas reservadas constantes do memorial e da planta, independentemente de qualquer outro ato alienativo (...). **As alterações e o cancelamento do loteamento registrado só poderão ser feitos na forma e condições estabelecidas na Lei 6.766/1979, arts. 23 e 28.**”

(*Direito de Construir*. 11ª edição. São Paulo: Malheiros Ed., 2013, p. 135/138)

É fácil perceber, portanto, que a aprovação de um loteamento traduz-se num procedimento regrado, culminando com a edição de ato administrativo que consagra o chamado PAL.

Nesta esteira, **o PAL 26.663 constitui um ato jurídico perfeito (CR/88, art. 5º, XXXVI) e a sua desconstituição só se pode realizar, por meio do devido processo legal.**

A este propósito, a lei federal de regência dispõe:

Lei n.º 6.766, de 19 de dezembro de 1979.

CAPÍTULO V

Da Aprovação do Projeto de Loteamento e Desmembramento

Art. 17. Os espaços livres de uso comum, as vias e **praças**, as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, **constantes do projeto e do memorial descritivo, não poderão ter sua destinação alterada pelo loteador**, desde a aprovação do loteamento, salvo as hipóteses de caducidade da licença ou desistência do loteador, sendo, neste caso, observadas as exigências do art. 23 desta Lei.

CAPÍTULO VI

Do Registro do Loteamento e Desmembramento

Art. 23. O registro do loteamento **só poderá ser cancelado:**

I – por decisão judicial;

II – a requerimento do loteador, com anuência da Prefeitura, ou do Distrito Federal quando for o caso, enquanto nenhum lote houver sido objeto de contrato;

III – a requerimento conjunto do loteador e de todos os adquirentes de lotes, com anuência da Prefeitura, ou do Distrito Federal quando for o caso, e do Estado.

Art. 28. **Qualquer alteração ou cancelamento parcial do loteamento registrado dependerá** de acordo entre o loteador e os adquirentes de lotes atingidos pela alteração, bem como da aprovação pela Prefeitura Municipal, ou do Distrito Federal quando for o caso, **devendo ser depositada no Registro de Imóveis, em complemento ao projeto original com a devida averbação.**

Sucedem que, no caso em exame, **os réus deram início às obras no interior da Praça Egídio Citarella, sem qualquer procedimento formal de alteração do PAL 26.663.**

A teor da Lei do Plano Diretor da Cidade, trata-se, pois, de *parcelamento irregular do solo*, porquanto executado “em discordância com o projeto aprovado” (Lei Complementar, nº 111/2011, art. 234, §1º).

Ademais, sobre violar a ordem urbanística da cidade, tal agir certamente fere o **ato jurídico perfeito**, a **segurança jurídica**, a **boa-fé** e a **confiança** nas relações entre a sociedade civil e o poder constituído (CR/88, art. 5º, *caput* e XXXVI; CC, arts. 187 e 422).

No caso, o desrespeito ao PAL 26.663 ocasiona **insegurança jurídica** e **quebra da confiança**, porquanto representantes da comunidade local têm indagado o que realmente sobrar da Praça Egídio Citarella; se a área remanescente de praça será de tamanho suficiente para abrigar as atividades da comunidade; se a área remanescente de praça será urbanizada para a população; se o campo de futebol assume o *status* jurídico de praça pública por sub-rogação de fato ou de direito; se no futuro o poder público poderá vir a suplantar de inopino as áreas remanescentes de praça, tal como ora procede.

Segundo o Código Civil, “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela **boa-fé** ou pelos bons costumes” (art. 187).

Por outro lado, a Concorrência Pública nº 09/2013 estabeleceu, como de rigor, a construção da escola na área que lhe é destinada pelo PAL 26.663, isto é, à Rua Felício Magaldi, esquina com Rua Alfredo Peixoto (fl. 103, linha 9, do IC).

Quem o diz é a própria construtora Odebrecht: “a intervenção da CNOB naquela área decorre da execução das obras previstas no ‘Termo de Contrato nº 053/2014 de Obras ou de Serviços de Engenharia’ (doc. 3), resultante da **Concorrência Pública nº 009/2013**, promovida pela Empresa Municipal de Urbanização – RIO-URBE (doc. 4), **cujo Cronograma Físico-Financeiro (doc. 5) definiu previamente as áreas em que seriam instaladas as Unidades Escolares**” (fl. 25 do IC).

Destarte, a conduta dos réus também importa em violação ao instrumento convocatório da Concorrência Pública nº 09/2013, já que não houve qualquer procedimento formal de alteração do respectivo edital no que se refere à localização das obras (CR/88, art. 37, XXI; Lei Federal nº 8.666/93, art. 3º).

Neste particular, o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de assentar: “Administração Pública. Princípio da segurança jurídica. Boa-fé. **Proteção à confiança**. O dever de **boa-fé** da Administração Pública exige o **respeito incondicional às regras do edital** (...). Isso igualmente decorre de um necessário e incondicional respeito à **segurança jurídica** como princípio do Estado de Direito”.²

A PRAÇA PÚBLICA E SUA TUTELA LEGAL

A praça pública é o palco fundamental da vida comunitária de uma cidade. A filósofa Hannah Arendt assinala a importância da existência desse espaço público para o desenvolvimento do ser humano:

“A própria liberdade, portanto, exigia um lugar onde as pessoas pudessem se reunir – **a ágora, a praça ou a polis**, o espaço político propriamente dito. (...) Sófocles nos revela pela boca de Teseu, o fundador lendário e por isso o porta-voz de Atenas, o que permitia ao comum dos mortais, jovens e velhos, suportar o fardo da vida: era a polis, o espaço dos atos livres e das palavras vivas dos homens, capaz de conferir esplendor à vida [...]”³

No mesmo sentido, o prof. Nelson Saldanha pontua:

“Todo o traçado urbano que a praça concentra é público, pois a consagração do fenômeno urbano significa no fundo a consolidação da vida pública. (...). E mais: talvez o principal

² RE 598099, Relator: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/08/2011. O precedente refere-se ao direito de nomeação de candidato aprovado em concurso público, embora as considerações sobre o agir estatal sejam adequadas à presente demanda.

³ ARENDT, Hannah. *Sobre a Revolução*. São Paulo: Companhia das Letras Ed., 2011, p. 59 e 351.

na praça seja o próprio espaço, em função do qual se dispõem árvores e/ou monumentos;”

“(…) a permanência de uma distinção entre *vida privada* e *vida pública*, que idealmente tem um sentido de equilíbrio e complementaridade possui uma **importância substancial para a existência humana**. (...) O que vemos, nestes momentos, é a necessidade de o homem dispor de um viver particular, que é individual e familiar a um tempo (...) e de um viver social e político, público e institucional, concernente aos afazeres de profissional e de cidadão.”⁴

Não por acaso, a ordem jurídica afirma a praça pública como um **bem de uso comum do povo**, elevando-a à condição de **patrimônio público inalienável**:

Constituição da República

Art. 216. Constituem **patrimônio cultural brasileiro** os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

IV – as obras, objetos, documentos, edificações e **demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais**;

Código Civil

Art. 99. São bens públicos:

I – os de **uso comum do povo**, tais como rios, mares, estradas, ruas e **praças**.

Art. 100. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são **inalienáveis**, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar.

Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro

Art. 235 – As áreas verdes, **praças**, parques, jardins e unidades de conservação são **patrimônio público inalienável**, sendo **proibida sua concessão ou cessão, bem como qualquer atividade ou empreendimento público ou privado que danifique ou altere suas características originais**.

⁴ SALDANHA, Nelson. *O jardim e a praça – Ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1986, p. 17 e 25/26.

Art. 236 – Os bens imóveis do domínio municipal, conforme sua destinação, são de uso comum do povo, de uso especial ou dominical.

§ 5º – A **desafetação de bens de uso comum do povo dependerá de prévia aprovação das comunidades circunvizinhas ou diretamente interessadas**, nos termos da lei.

Plano Diretor da Cidade do Rio de Janeiro

(Lei Complementar nº 111/2011)

Art. 19. As calçadas, **praças**, praias, parques e demais espaços públicos são **bens de uso comum do povo afetados à circulação de pessoas e à convivência social**, admitidos outros usos em caráter excepcional e precário.

Art. 180. Entende-se por Áreas Verdes e Espaços Livres o conjunto formado:

I – por espaços públicos ou privados do Município, com ou sem cobertura vegetal remanescente, possuindo ou não bens arquitetônicos, sob regimes diferenciados de proteção e conservação em função de seus atributos naturais, paisagísticos, históricos e culturais, tais como:

e) **praças**.

Como se vê, a ordem jurídica pátria faz da *praça pública* um *bem comum especialmente protegido*, o que justifica plenamente a presente demanda na tutela da Praça Egidio Citarella.

O **direito de participação popular na construção da cidade traduz-se em direito fundamental do cidadão**, porquanto ancorado no exercício da cidadania e da defesa do meio ambiente (CR/88, arts. 1º, II e § único, e 225, *caput*).

Neste sentido, o Estatuto da Cidade aduz expressamente que:

Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001.

CAPÍTULO I

DIRETRIZES GERAIS

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I – garantia do direito a **idades sustentáveis**, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à

infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;

II – **gestão democrática** por meio da **participação da população** e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;

IV – **planejamento** do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente.

E diz mais o Estatuto da Cidade:

CAPÍTULO IV DA GESTÃO DEMOCRÁTICA DA CIDADE

Art. 43. Para garantir a **gestão democrática da cidade**, deverão ser utilizados, entre outros, os seguintes instrumentos:

I – órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual e municipal;

II – **debates, audiências e consultas públicas**;

III – conferências sobre assuntos de interesse urbano, nos níveis nacional, estadual e municipal;

IV – iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano.

Art. 45. Os organismos gestores das regiões metropolitanas e aglomerações urbanas incluirão **obrigatória e significativa participação da população** e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade, de modo a garantir o controle direto de suas atividades e o pleno exercício da cidadania.

Por sua vez, a Constituição do Estado do Rio de Janeiro dispõe que:

Art. 231 – O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para as áreas urbanas de mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.

§ 6º – O projeto de plano diretor e a lei de diretrizes gerais previstos neste artigo regulamentarão, segundo as peculiaridades locais, as seguintes normas básicas dentre outras:

II – condicionamento da desinfetação de bens de uso comum do povo à prévia aprovação das populações circunvizinhas ou diretamente interessadas.

Em igual sentido, a Lei Orgânica do Município incumbe o poder público de “garantir a **participação da comunidade local** organizada e o acompanhamento de técnicos especializados **nos projetos de praças, parques e jardins**” (art. 473).

Mais ainda, a Lei Orgânica do Município dispõe:

Título I

DOS PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Capítulo I – Dos Princípios Fundamentais

Art. 3º – A soberania popular se manifesta quando a todos são asseguradas condições dignas de existência, e será exercida:

V – pela participação nas decisões do Município;

VI – pela ação fiscalizadora sobre a administração pública.

No caso em exame, entretanto, os demandados entenderam de promover a construção de um prédio no meio da praça Egídio Citarella, em desconformidade com o PAL, em desconformidade com o edital de licitação e à inteira revelia da comunidade local. Vale dizer: **os réus alijaram a comunidade local do direito fundamental de participar da formulação, da execução e do acompanhamento do projeto em curso sobre a praça pública Egídio Citarella.**

Conforme restou apurado no inquérito civil em anexo, a comunidade local não foi informada das intervenções pretendidas na localidade, não foi consultada formalmente sobre a alteração da Praça Egídio Citarella e tampouco foi atendida em suas reivindicações (fls. 10/16, 138/140, 141/148 e 166/167 do IC).

Segundo consta, a comunidade local foi surpreendida com o abrupto fechamento da praça com tapumes, o que motivou expressivo abaixo-assinado dirigido à Subprefeitura de Campo Grande, solicitando esclarecimentos a respeito da interdição parcial da praça (fls. 10/16 do IC).

No mesmo sentido, confirmam-se as declarações prestadas perante o Ministério Público por cidadãos da comunidade (fls. 166/167 do IC):

“ATA DE REUNIÃO

IC URB n.º 825

Em 26 de janeiro de 2015, compareceram ao gabinete do Ministério Público os representantes da comunidade local, o Sr.

Victor José de Oliveira Cunha, o Sr. Derival Tavares de Lima e a Sra. Neusa Lopes de Souza Fernandes, e os representantes da Rio-URBE – Empresa Municipal de Urbanização, Sr. Luiz Paulo Leite Hedi (Diretor de Obras Escolares) e o Dr. Marcos Antônio Corrêa (Assessor Jurídico – OAB/RJ 108.974), ocasião em que se estabeleceram os seguintes entendimentos sobre as intervenções na Praça Egídio Citarella, em Campo Grande.

Pelos representantes da comunidade, foi dito: que a comunidade jamais foi consultada sobre as intervenções na Praça Egídio Citarella; que houve ao menos três tentativas de reunião com a Subprefeitura, sem que jamais se tenham prestado as informações precisas sobre a intervenção na praça; que, de início, sequer havia placa informativa sobre a obra, embora a área da praça já estivesse cercada por tapumes; que em reunião com a Subprefeitura o projeto em execução foi apresentado à comunidade na tela de um telefone celular; que em nenhuma reunião com a Subprefeitura foram apresentadas as plantas e o PAL que hoje constam do inquérito civil; que só agora a comunidade está tendo acesso pleno às plantas do empreendimento; que os brinquedos da praça foram arrancados para a obra; que as crianças da comunidade batiam nos tapumes, pedindo que se parasse a retirada dos brinquedos;”

“ATA DE REUNIÃO

IC URB n.º 825

Em **05 de fevereiro de 2015**, compareceram ao gabinete do Ministério Público os representantes da comunidade local, o Sr. Victor José de Oliveira Cunha, o Sr. Carlos Henrique da Silva e a Sra. Neusa Lopes de Souza Fernandes, e o representante da Subprefeitura de Campo Grande, Sr. Armando José Teixeira Santoro (matrícula 60/294812-3), ocasião em que se estabeleceram os seguintes entendimentos sobre as intervenções na Praça Egídio Citarella, em Campo Grande. (...)

Pelos representantes da comunidade, foi dito: que a comunidade nunca foi consultada para a intervenção na praça; que um dia a praça foi fechada por tapumes; que a ação da Prefeitura foi muito rápida; que a partir daí a comunidade foi cobrar explicações da Subprefeitura; que só após o início das intervenções foram atendidos pela Subprefeitura; que, na primeira reunião com o próprio Armando e com o pessoal da Odebrecht, foi dito que a praça seria inteiramente ocupada pela escola, restando apenas

as árvores do entorno; que não foi apresentado qualquer projeto nessa reunião; que houve inconformismo com essa informação de ocupação da praça; que, em razão desse inconformismo, foi marcada uma segunda reunião com a Subprefeitura e Odebrecht; que na segunda reunião também não foi apresentado qualquer projeto; que na segunda reunião foi informado um novo projeto, em que se recuaria a área da escola, para preservar um pedaço da praça; que na segunda reunião também foi dito que a praça remanescente ficaria cercada e sob a responsabilidade da escola; que os moradores haveriam de ter autorização da escola para ingressar na praça; que a segunda reunião com a Subprefeitura foi feita já com a placa da obra instalada no local; que, nas reuniões com a comunidade, não foi apresentado o PAL do local; que tampouco se apresentaram os projetos da escola à comunidade; que, na segunda reunião, o projeto da escola foi apresentado apenas no telefone celular do engenheiro, não sendo possível o seu exame adequado pela população; que foi pedido que o projeto fosse enviado por e-mail, mas isto não foi atendido; que em reunião com a Subprefeitura foi dito expressamente que o campo de futebol não interessava à comunidade; que nas reuniões não houve demanda pela manutenção do campo de futebol; (...) que em uma das reuniões foi dito por uma assistente social da Odebrecht que a palavra final do projeto era do Sr. Armando; que essa mesma assistente social disse à comunidade que, se não houvesse concordância com a obra, o assunto deveria ser levado à Justiça; que, por tal razão, a comunidade veio ao Ministério Público.”

Por importante, registre-se que tais fatos foram confirmados pelo representante da Subprefeitura de Campo Grande, que assim declarou perante o Ministério Público:

“ATA DE REUNIÃO

IC URB n.º 825

Em **05 de fevereiro de 2015**, compareceram ao gabinete do Ministério Público os representantes da comunidade local, o Sr. Victor José de Oliveira Cunha, o Sr. Carlos Henriques da Silva e a Sra. Neusa Lopes de Souza Fernandes, e o representante da Subprefeitura de Campo Grande, Sr. Armando José Teixeira Santoro (matrícula 60/294812-3), ocasião em que se estabeleceram os seguintes entendimentos sobre as intervenções na Praça Egídio Citarella, em Campo Grande. **Pelo representante da Subprefeitura, foi dito:** (...) que foram

realizados um atendimento na Subprefeitura e duas reuniões no local; que o projeto da escola foi inteiramente alterado, pois de início ocuparia toda a praça; que, em razão de o projeto ter sido inteiramente alterado, não foi possível apresentá-lo à comunidade na reunião; que as reuniões com a comunidade foram informais; que não há qualquer registro das reuniões ou das consultas feitas à comunidade; que, quando a comunidade foi à Subprefeitura levar o abaixo-assinado para preservação da praça, o próprio declarante já anunciou que iria no dia seguinte ao local para uma reunião com a comunidade; que a partir das duas reuniões realizadas com a comunidade, o declarante extraiu a vontade da maioria e transmitiu essa demanda local para a Rio-URBE, para que adequasse o projeto a essa demanda; que não tem documentos sobre o trabalho de consulta popular feito no passado; (...) que a segunda reunião com a comunidade foi realizada quando a praça já estava cercada por tapumes; que não sabe dizer se houve consulta popular prévia para a obra entrar em operação; que na segunda reunião o engenheiro responsável levou o projeto no seu próprio celular; que o declarante não tinha o projeto impresso para apresentar nas reuniões; que foi explicar os projetos à comunidade; que o declarante foi ao local buscar a interlocução com a comunidade; que da Subprefeitura de Campo Grande apenas o declarante esteve presente ao local; que tratou diretamente com a RIO-URBE, para transmitir as suas convicções; que, neste caso específico, essa interlocução com a Rio-URBE se fez de modo verbal em reunião;”

Ademais, veja-se que a própria Rio-URBE confirma que a escolha do local das obras, em desconformidade com o PAL em com o edital de licitação, se deu a partir de “consulta popular” não documentada e transmitida por mera comunicação verbal:

“ATA DE REUNIÃO

IC URB n.º 825

Em **26 de janeiro de 2015**, compareceram ao gabinete do Ministério Público os representantes da comunidade local, o Sr. Victor José de Oliveira Cunha, o Sr. Derival Tavares de Lima e a Sra. Neusa Lopes de Souza Fernandes, e os representantes da Rio-URBE – Empresa Municipal de Urbanização, Sr. Luiz Paulo Leite Hedi (Diretor de Obras Escolares) e o Dr. Marcos Antônio Corrêa (Assessor Jurídico – OAB/RJ 108.974), ocasião em que se estabeleceram os seguintes

entendimentos sobre as intervenções na Praça Egídio Citarella, em Campo Grande. (...) **Pela Rio-URBE, foi dito:** (...) que a decisão do exato local de implantação da escola compete à Rio-URBE; que a Rio-URBE consultou a Subprefeitura e esta informou não haver óbice à implantação da escola na área ociosa da praça; que a consulta à população sobre a viabilidade da obra compete à Subprefeitura; que, no caso, a Rio-URBE recebeu da Subprefeitura a informação de que a população local, consultada em reuniões, não se opunha à obra naquele local; que essa informação da Subprefeitura à Rio-URBE não é documentada; que se trata de comunicação verbal, via telefone; que, originalmente, foi feito um projeto para implantação da escola, de acordo com a área prevista no PAL para tal; que, no entanto, por razões de demandas locais aferidas pela Subprefeitura e, em agosto/setembro de 2014, repassadas pela mesma à RIO-URBE, decidiu-se implantar a escola no novo local adjacente onde hoje se fazem as obras; que reafirma que a decisão do exato local de implantação da escola compete à Rio-URBE, a partir das informações que lhe são transmitidas pela Subprefeitura; que o Subprefeito local em agosto/setembro de 2014 era o Sr. João Ramos; que o Sr. João Ramos é o Subprefeito atual; que essas informações que lastrearam a definição da área da escola em implantação foram prestadas à Rio-URBE pelo assessor do Subprefeito, o Sr. Armando;”

Como se vê, resta demonstrado que a comunidade local esteve sempre desinformada sobre as intervenções no local, sobre a alteração do PAL e sobre a descaracterização da praça pública. Ademais, está reconhecido pelo próprio poder público que a “consulta popular” se deu concomitantemente às obras, de maneira informal e não documentada.

Ora, tais circunstâncias inviabilizam por completo a regular participação popular assegurada no ordenamento jurídico, o que configura o agir ilícito dos réus.

Na mesma esteira, a negativa de acesso ao projeto executivo das obras, mesmo após abaixo-assinado de solicitação (fls. 10/16 do IC), configura violação ao **direito fundamental de informação** do cidadão (CR/88, art. 5º, XIV e XXXIII; CERJ, art. 261, §1º, XIII e XIV; Lei Federal nº 12.527/2011, art. 6º, I).

A este propósito, percebe-se que, nem mesmo após a instauração de inquérito civil pelo Ministério Público, os réus se dignaram de apresentar o projeto em sua integralidade, visto que o prédio da escola terá mais de um pavimento, e as plantas apresentadas perante o MP referem-se apenas ao nível térreo da edificação. Ou seja, mesmo perante o Ministério Público, a desinformação persiste.

Ocorre que, no dizer de Édis Milaré, o “direito de participação pressupõe o direito de informação”.⁵

Afinal, “o direito de informação é um dos postulados básico do regime democrático, essencial ao processo de participação da comunidade no debate e nas deliberações de assunto do seu interesse direto”.⁶

Sobre o tema, Odete Medauar assinala também o seguinte⁷:

“Na palavra de Helio Saul Mileski, no **controle social**, ‘aliado do controle oficial’, o cidadão é o ‘executor do controle’, daí ligar-se a **participação** e à **transparência**. A transparência facilita a participação e também o controle da atividade administrativa. Um dos meios de efetivação da transparência e do controle se encontra no acesso a informações relativas a atuações, planos, projetos, orçamentos e despesas. A Lei Federal 12.527, de 18.11.2011, regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º e em outros dispositivos da Constituição Federal, enunciando, entre as diretrizes dos procedimentos aí previstos, o ‘desenvolvimento do controle social da administração pública’ (art. 3º. V).”

É evidente, portanto, que a Administração Pública há de ancorar-se em *procedimentos públicos, transparentes, visíveis, luminosos*, tal como impõem a CR/88 (arts. 37, *caput*, e 225, §1º, IV) e a Lei Federal nº 6.938/81 (art. 10, §1º).

No entanto, está claro (fls. 138/140 do IC) que a Rio-URBE praticou o ato administrativo de determinar a construção de um prédio no meio da praça pública, em desconformidade com o PAL e em desconformidade com o edital de licitação, fazendo-o sob fundamento não escrito e não documentado, o que torna o seu ato obscuro e ilegal, segundo a Lei Orgânica do Município:

Capítulo III – Dos Atos Municipais

SEÇÃO I – DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 154 – Os órgãos de qualquer dos Poderes Municipais obedecerão aos princípios, da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e interesse coletivo, sujeitando às penas da lei os que descumprirem ou contribuírem para tal.

Art. 155 – **A explicitação das razões de fato e de direito será condição de validade dos atos administrativos expedidos pelos**

⁵ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 8ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais Ed, 2013, p. 275.

⁶ MILARÉ, Édis. Ob. cit., p. 217.

⁷ MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. 2ª edição. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais Ed., 2012, p.176.

órgãos da administração direta, indireta e fundacional, excetuados aqueles cuja motivação a lei reserve à discricionariedade da autoridade administrativa, que, todavia, fica vinculada aos motivos na hipótese de os enunciar.

DA VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL ADMINISTRATIVO

Como as sabe, os atos públicos devem guiar-se segundo o devido processo legal, sob pena de invalidade. É o que dispõem a Constituição da República (arts. 5º, II, LIV, e 37, *caput*), a Constituição do Estado do Rio de Janeiro (arts. 16, 25, 77) e a Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro (arts. 154, 155, §1º).

Na lição de Carlos Ari Sundfeld: “é regra no Direito Administrativo a exigência de um procedimento como condição de legitimidade do agir estatal”.⁸

Ao seu turno, Celso Antônio Bandeira de Mello assevera:

“Com efeito, no Estado de Direito, os cidadãos têm a garantia não só de que o Poder Público estará, de antemão, cifrado unicamente à busca dos fins estabelecidos em lei, mas também de que tais fins só poderão ser perseguidos pelos modos adrede estabelecidos para tanto. E no *modus procedendi*, é, em suma, na escrupulosa adscrição ao *due process of law*, que residem as **garantias dos indivíduos e grupos sociais. Não fora assim, ficariam todos e cada um inermes perante o agigantamento dos poderes de que o Estado se viu investido como consecutário inevitável das necessidades próprias da sociedade hodierna. Em face do Estado contemporâneo – que ampliou seus objetivos e munuiu-se de poderes colossais –, a garantia dos cidadãos não mais reside sobretudo na prévia delimitação das finalidades por ele perseguíveis, mas descansa especialmente na prefixação dos meios, condições e formas a que se tem de cingir para alcançá-los. É dizer: a contrapartida do progressivo condicionamento da liberdade individual é o progressivo condicionamento do ‘*modus procedendi*’ da Administração.”⁹**

Neste sentido, a processualidade do agir estatal tem a função última de garantia, porquanto, de um lado, permite ao cidadão aferir se o Estado se move de acordo com a lei e, de outro, permite ao cidadão o exercício do contraditório e da ampla defesa em face do Estado.

⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. *A importância do procedimento administrativo*. In Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo. Vol. 3. Nov/2012 DTR/2013/113.

⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 13ª edição. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Ed., 2001, p.435/436.

No caso em exame, entretanto, os réus vêm suprimindo área de praça, edificando em desconformidade com o PAL e em desconformidade com o edital de licitação, sem transparência, sem informações públicas, sem a participação popular e contra a vontade da comunidade.

A propósito, relembre-se que, segundo a Rio-URBE e a Subprefeitura de Campo Grande, o local da obra teria sido decidido em razão da vontade popular diagnosticada na comunidade, diagnóstico este feito de maneira informal e não documentada (fls. 138/140, 166/167 do IC anexo).

Significa dizer que **os fundamentos da alteração fática do PAL 26.663 e do desvio do edital de licitação são não escritos e não documentados, etéreos e insindicáveis, portanto.**

Para Lúcia Valle Figueiredo, “sem motivação não há possibilidade de aferir-se a justiça ou a injustiça de decisão, porque não saberemos se a decisão é boa ou má”.¹⁰

Ademais, “no Estado Democrático de Direito, a motivação integra, de maneira inarredável, ainda que possa não estar explícita, o devido processo legal em seu sentido material. É sua pedra fundamental”.¹¹

Ora, na hipótese dos autos, está provado que o agir dos réus se fez em desconformidade com o PAL 26.663 e com o edital de licitação, sem transparência, sem informação pública, sem a participação da comunidade e contra a vontade dessa mesma comunidade. Neste sentido, confirmam-se os depoimentos de representantes da comunidade (fls. 138, 166/167 e 176 do IC anexo):

“ATA DE REUNIÃO

IC URB n.º 825

Em **26 de janeiro de 2015**, compareceram ao gabinete do Ministério Público os representantes da comunidade local, o Sr. Victor José de Oliveira Cunha, o Sr. Derival Tavares de Lima e a Sra. Neusa Lopes de Souza Fernandes, e os representantes da Rio-URBE – Empresa Municipal de Urbanização, Sr. Luiz Paulo Leite Hedi (Diretor de Obras Escolares) e o Dr. Marcos Antônio Corrêa (Assessor Jurídico – OAB/RJ 108.974), ocasião em que se estabeleceram os seguintes entendimentos sobre as intervenções na Praça Egidio Citarella, em Campo Grande.

Pelos representantes da comunidade, foi dito: que a comunidade jamais foi consultada sobre as intervenções na Praça Egidio Citarella; que houve ao menos três tentativas de reunião com a Subprefeitura, sem que jamais se tenham

¹⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *O devido processo legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento*. In Revista Trimestral de Direito Público. 11/5. São Paulo: Malheiros Ed., 1995.

¹¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Estado de direito e devido processo legal*. In Revista Trimestral de Direito Público. 15/35. São Paulo: Malheiros Ed., 1996.

prestado as informações precisas sobre a intervenção na praça; que, de início, sequer havia placa informativa sobre a obra, embora a área da praça já estivesse cercada por tapumes; que em reunião com a Subprefeitura o projeto em execução foi apresentado à comunidade na tela de um telefone celular; que em nenhuma reunião com a Subprefeitura foram apresentadas as plantas e o PAL que hoje constam do inquérito civil; **que só agora a comunidade está tendo acesso pleno às plantas do empreendimento**; que os brinquedos da praça foram arrancados para a obra; que as crianças da comunidade batiam nos tapumes, pedindo que se parasse a retirada dos brinquedos;”

“ATA DE REUNIÃO

IC URB n.º 825

Em **05 de fevereiro de 2015**, compareceram ao gabinete do Ministério Público os representantes da comunidade local, o Sr. Victor José de Oliveira Cunha, o Sr. Carlos Henrique da Silva e a Sra. Neusa Lopes de Souza Fernandes, e o representante da Subprefeitura de Campo Grande, Sr. Armando José Teixeira Santoro (matrícula 60/294812-3), ocasião em que se estabeleceram os seguintes entendimentos sobre as intervenções na Praça Egídio Citarella, em Campo Grande. (...)

Pelos representantes da comunidade, foi dito: que a comunidade nunca foi consultada para a intervenção na praça; que um dia a praça foi fechada por tapumes; que a ação da Prefeitura foi muito rápida; que a partir daí a comunidade foi cobrar explicações da Subprefeitura; que só após o início das intervenções foram atendidos pela Subprefeitura; que, na primeira reunião com o próprio Armando e com o pessoal da Odebrecht, foi dito que a praça seria inteiramente ocupada pela escola, restando apenas as árvores do entorno; que não foi apresentado qualquer projeto nessa reunião; que houve inconformismo com essa informação de ocupação da praça; que, em razão desse inconformismo, foi marcada uma segunda reunião com a Subprefeitura e Odebrecht; que na segunda reunião também não foi apresentado qualquer projeto; que na segunda reunião foi informado um novo projeto, em que se recuaria a área da escola, para preservar um pedaço da praça; que na segunda reunião também foi dito que a praça remanescente ficaria cercada e sob a responsabilidade da escola; que os moradores haveriam de ter autorização da escola para ingressar na praça; que a segunda reunião com a Subprefeitura foi feita já com a placa da obra instalada no local; que, nas reuniões

com a comunidade, não foi apresentado o PAL do local; que tampouco se apresentaram os projetos da escola à comunidade; que, na segunda reunião, o projeto da escola foi apresentado apenas no telefone celular do engenheiro, não sendo possível o seu exame adequado pela população; que foi pedido que o projeto fosse enviado por e-mail, mas isto não foi atendido; que em reunião com a Subprefeitura foi dito expressamente que o campo de futebol não interessava à comunidade; que nas reuniões não houve demanda pela manutenção do campo de futebol; (...) que em uma das reuniões foi dito por uma assistente social da Odebrecht que a palavra final do projeto era do Sr. Armando; que essa mesma assistente social disse à comunidade que, se não houvesse concordância com a obra, o assunto deveria ser levado à Justiça; que, por tal razão, a comunidade veio ao Ministério Público;”

“TERMO DE OITIVA

Em **12 de fevereiro de 2015**, compareceu espontaneamente ao gabinete do Ministério Público a Sra. **ROSEANE PAMPLONA DE MIRANDA, Presidenta da Associação de Moradores e Amigos do Conjunto Residencial Almirante Paulo Moreira (AMACRAPM)**, ocasião em que declarou o que segue sobre as intervenções na Praça Egidio Citarella, em Campo Grande: que a AMACRAPM reúne em torno de **5000 moradores**, em 29 blocos, com 31 apartamentos em cada bloco, perfazendo um total de 899 apartamentos; (...) que, no entanto, os representantes da construtora Odebrecht jamais esclareceram à declarante o projeto que viria a ser executado; que **ficou sabendo pela sua manicure** Andréa da realização de reuniões entre a Subprefeitura e os moradores do entorno da praça; que jamais soube com antecedência e jamais foi convidada para tais reuniões, embora seja a Presidenta de uma associação que reúne aproximadamente 5000 moradores da comunidade; que, quando já fechada a praça com tapumes e arrancados os seus brinquedos, bancos e demais equipamentos, a declarante pediu àqueles representantes da construtora Odebrecht que comparecessem ao local, para prestar esclarecimentos sobre a obra; que a declarante demandou esses esclarecimentos em razão do movimento iniciado por outros moradores na defesa da praça; que, na ocasião, os representantes da construtora Odebrecht esclareceram que seria feita uma escola, preservando-se o campo de futebol; que, no entanto, não foi apresentado qualquer projeto pertinente à obra; que tampouco foi apresentado o PAL do local; que, assim, a declarante

jamais teve conhecimento de que a área oficialmente destinada à escola pelo PAL era aquela onde se situa irregularmente o campo de futebol; que a declarante também não foi esclarecida de que havia dois projetos em discussão, um respeitando a área da praça e outro desfigurando a mesma; que, ao tempo em que se reuniu com os representantes da construtora Odebrecht, as obras já tinham se iniciado e sequer havia placa informativa no local; **que, portanto, tudo isto se deu num ambiente de completa desinformação da comunidade; que apenas a partir da atuação do Ministério Público é que a declarante e a comunidade que representa puderam entender de verdade o que a Prefeitura e a construtora Odebrecht fazem no local; que, hoje, conhecendo o projeto em execução, a declarante e a AMACRAPM vem se opor ao projeto e solicitar que a Praça Egídio Citarella seja devolvida à comunidade no seu desenho oficial;**”

É fácil perceber, portanto, que a conduta dos réus e a decisão do local da obra se fez em manifesta violação ao devido processo legal administrativo, porquanto **descumpridas formalidades legais** pertinentes ao dever de informação, de transparência, de fundamentação, de publicidade e de participação popular.

Ademais, **o objeto da atuação administrativa é ilegal**, na medida em que contempla a edificação em bem de uso comum do povo, em manifesta violação ao PAL 26.663, ato jurídico perfeito, e em manifesta desconformidade com o edital de licitação.

Finalmente, está provado que a decisão do local da obra se fundamenta em **motivo inexistente**, porquanto, ao contrário do que sustentam a Rio-URBE e a Subprefeitura de Campo Grande, a vontade popular devidamente documentada se põe contra a edificação na Praça Egídio Citarella e a favor do respeito ao PAL 26.663.

Destarte, o agir dos réus é manifestamente inválido, nulo de pleno direito, nos termos da Lei de Ação Popular:

LEI Nº 4.717, DE 29 DE JUNHO DE 1965.

Art. 2º São **nulos** os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

- a) incompetência;
- b) **vício de forma;**
- c) **ilegalidade do objeto;**
- d) **inexistência dos motivos;**
- e) desvio de finalidade.

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

- a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;
- b) o **vício de forma** consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;
- c) a **ilegalidade do objeto** ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;
- d) a **inexistência dos motivos** se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido.

Ademais, estando provadas tais irregularidades, todo o agir estatal, visto em seu aspecto processual, revela-se maculado.

Neste sentido, Samira Hamud Morato de Andrade afirma que o processo administrativo “é o conjunto de atos sucessivos e interligados. Assim, a preterição dos atos preparatórios ou a sua realização sem observância da norma legal que disciplina o processo administrativo pode levar à **nulidade do ato final**, uma vez que se trate de requisitos de legalidade do ato principal”¹².

DA RESPONSABILIDADE CIVIL SOLIDÁRIA E OBJETIVA

A obra em comento integra o Programa Fábrica de Escolas do Amanhã, de responsabilidade da Prefeitura Municipal e os recursos para a sua execução são oriundos da Secretaria Municipal de Educação (fl. 139 do IC).

A esdrúxula “consulta popular” que, segundo se alega, lastreia a decisão do local da obra coube à Subprefeitura de Campo Grande (fl. 166 do IC).

Por sua vez, a efetiva escolha do local da obra coube à Rio-URBE, assim como a licitação, a contratação e a fiscalização da mesma (fl. 139 do IC).

Finalmente, a construtora Odebrecht é diretamente responsável pela obra irregular, em desconformidade com o PAL e com o edital de licitação, com supressão de área de praça, sem transparência e publicidade, à revelia da participação popular e contra a vontade da comunidade (fls. 167 e 176 do IC).

Destarte, não há dúvidas sobre a responsabilidade civil solidária e objetiva dos demandados, a teor do Código Civil, art. 942, *caput* e § único, e da Lei Federal nº 6.938/81, art. 14, §1º.

¹² MORATO DE ANDRADE, Samira Hamud. *O princípio do devido processo legal e o processo administrativo*. In Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo. Vol. 1. Nov/2012, p.1143.

DANO MORAL COLETIVO

A conduta ilícita dos réus tem o condão de ferir um bem de uso comum do povo, de relevância sociocultural inequívoca. A descaracterização da Praça Egidio Citarella, em desconformidade com o PAL e com o edital de licitação, sem consulta popular e contra a vontade da comunidade cerceia o uso, gozo e fruição do bem de uso comum do povo. Mais ainda, tem-se por cerceada a própria cidadania dos moradores da comunidade, aliados do processo de construção da cidade. Destarte, resta inequívoco o dano moral coletivo, a merecer justa reparação, conforme a valorosa lição de ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS:

“Devemos considerar que tratamento aos chamados interesses difusos e coletivos origina-se justamente da importância destes interesses e da necessidade de uma efetiva tutela jurídica. Ora, tal importância somente reforça a **necessidade de aceitação do dano moral coletivo**, já que a dor psíquica que alicerçou a teoria do dano moral individual acaba cedendo lugar, no caso de dano moral coletivo, a um sentimento de desapareço e de perda de valores essenciais que afetam negativamente toda uma coletividade”.¹³

Na mesma linha, o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA admite o cabimento do instituto do dano moral coletivo, sendo certo cuidar-se de dano *in re ipsa*, isto é, ínsito à própria ofensa:

AMBIENTAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROTEÇÃO E PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE. COMPLEXO PARQUE DO SABIÁ. OFENSA AO ART. 535, II, DO CPC NÃO CONFIGURADA. CUMULAÇÃO DE OBRIGAÇÕES DE FAZER COM INDENIZAÇÃO PECUNIÁRIA. ART. 3º DA LEI 7.347/1985. POSSIBILIDADE. **DANOS MORAIS COLETIVOS. CABIMENTO.**

(....)

4. O dano moral coletivo ambiental atinge direitos de personalidade do grupo massificado, sendo desnecessária a demonstração de que a coletividade sinta a dor, a repulsa, a indignação, tal qual fosse um indivíduo isolado.

(....)

(REsp 1269494/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJe 01/10/2013).

¹³ RAMOS, André de Carvalho. *Revista do Consumidor*. N.º 25. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 82.

• • •

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. INSCRIÇÃO INDEVIDA. INDENIZAÇÃO. **DANO MORAL. DANO IN RE IPSA.**

(...)

A jurisprudência deste Pretório está consolidada no sentido de que, na concepção moderna do ressarcimento por dano moral, prevalece a responsabilização do agente por força do simples fato da violação. (grifos nossos)

(REsp 851522/SP; Rei. Min. Cesar Asfor Rocha; Quarta Turma, julgado em 22.05.2007).

ESCLARECIMENTO NECESSÁRIO

É bom que se diga expressamente: a indignação externada pela comunidade e a presente ação civil pública jamais se dirigiram à construção da unidade escolar. A presente demanda, na esteira dos anseios da comunidade, visa a garantir a construção da escola em conformidade com o PAL e com o edital de licitação, de tal modo que a Praça Egídio Citarella e a escola, possam coexistir, harmoniosamente, rigorosamente de acordo com o desenho urbanístico oficial do bairro, inscrito no PAL 26.663.

AS INADEQUAÇÕES DO PROJETO EM EXECUÇÃO

Analisando o projeto em execução pelos réus, o Grupo de Apoio Técnico do MPRJ (GATE), emitiu o Parecer GATE n.º 052/2015 (fls. 194/215 do IC anexo), que atesta diversas inadequações, a saber:

- O projeto não está sendo realizado na área designada para uso educacional indicada no **PAL 26.663**;
- O projeto está sendo implantado em outra localização em relação ao gravame do **PAL 26.663** como também distinto do que foi definido por ocasião da **Concorrência 009/2013**;
- No caso, a localização da área destinada à implantação de escola, prevista originalmente no PA 26.663 é, sem sombra de dúvida, a mais adequada à implantação de uma edificação. Situada à oeste da Praça, aquela situação permite a exposição de toda a Praça Egídio Citarella à **luz solar** durante a maior parte do dia, em especial à exposição do **sol matutino**, essencial para a metabolização de uma série de elementos e vitaminas no organismo tanto de crianças, quanto de idosos, incluindo as mulheres que depois de certa idade passam a ficar mais sujeitas à osteoporose pela falta de fixação do cálcio no organismo;

- Na versão atual do projeto, a edificação escolar de 3 pavimentos impedirá a **incidência do sol matutino no local** destinado à quadra de futebol, e reduzirá a exposição da área reservada às crianças e aos idosos e demais usuários a um período menor do que o possível na implantação original;
- Outro aspecto que podemos abordar se refere à **fragmentação definitiva do espaço** de uso público comum que ocorrerá com a implantação da EDI Jardim Campinho no centro da Praça Egídio Citarella. A implantação da versão atual da EDI – Jardim Campinho, no centro da Praça Egídio Citarella **fragmentará indelevelmente**, as possibilidades de renovação e reinvenção deste espaço público que existe na comunidade há quase meio século, condenando-o a **duas frações** na realidade **desintegradas e incomunicáveis** entre si;
- Nada impede aos gestores públicos de realizar audiência pública para apresentação, discussão técnica, registro às demandas locais e apropriação correta no projeto de arquitetura. O fato de existir, por uma questão de ganhos de escala, uma Fábrica de Escolas baseada em Projetos-Padrão, não exige os arquitetos responsáveis pela implantação de **ajustar o Projeto aos condicionantes físico – ambientais e sociais do terreno específico**.

Portanto, ainda que o projeto pudesse ser implantado no seio da Praça Egídio Citarella, há inúmeras inadequações técnicas a merecerem reparo. Aliás, tais questões poderiam ter sido prevenidas pelos réus, se o projeto fosse levado à discussão pública. Infelizmente, no entanto, o projeto foi sempre subtraído do crivo popular e, só agora, se faz possível abordá-lo nas suas questões intrínsecas e na sua sinergia com a praça.

TUTELA LIMINAR

O tema aqui enfrentado não é novo e o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA já teve a oportunidade de tecer as seguintes considerações sobre o mesmo:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRAÇAS, JARDINS E PARQUES PÚBLICOS. DIREITO À CIDADE SUSTENTÁVEL. ART. 2º, INCISOS I E IV, DA LEI 10.257/01 (ESTATUTO DA CIDADE). DOAÇÃO DE BEM IMÓVEL MUNICIPAL DE USO COMUM À UNIÃO PARA CONSTRUÇÃO DE AGÊNCIA DO INSS. DESAFETAÇÃO. COMPETÊNCIA. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA

150/STJ. EXEGESE DE NORMAS LOCAIS (LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE ESTEIO/RS).

1. O Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul ajuizou Ação Civil Pública contra o Município de Esteio, em vista da desafetação de área de uso comum do povo (praça) para a categoria de bem dominical, nos termos da Lei Municipal 4.222/2006. Esta alteração de *status* jurídico viabilizou a doação do imóvel ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, com o propósito de instalação de nova agência do órgão federal na cidade.

2. **Praças, jardins, parques e bulevares públicos urbanos constituem uma das mais expressivas manifestações do processo civilizatório**, porquanto encarnam o ideal de qualidade de vida da cidade, realidade físico-cultural refinada no decorrer de longo processo histórico em que a urbe se viu transformada, de amontoado caótico de pessoas e construções toscas adensadas, em ambiente de convivência que se pretende banhado pelo saudável, belo e aprazível.

3. Tais espaços públicos são, modernamente, objeto de disciplina pelo planejamento urbano, nos termos do art. 2º, IV, da Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade), e concorrem, entre seus **vários benefícios supraindividuais e intangíveis**, para dissolver ou amenizar diferenças que separam os seres humanos, na esteira da generosa acessibilidade que lhes é própria. Por isso mesmo, fortalecem o sentimento de comunidade, mitigam o egoísmo e o exclusivismo do domínio privado e viabilizam nobres aspirações democráticas, de paridade e igualdade, já que neles convivem os multifacetários matizes da população: abertos a todos e compartilhados por todos, mesmo os “indesejáveis”, sem discriminação de classe, raça, gênero, credo ou moda.

4. Em vez de resíduo, mancha ou zona morta – bolsões vazios e inúteis, verdadeiras pedras no caminho da plena e absoluta explorabilidade imobiliária, a estorvarem aquilo que seria o destino inevitável do adensamento –, os espaços públicos urbanos cumprem, muito ao contrário, **relevantes funções de caráter social** (recreação cultural e esportiva), político (palco de manifestações e protestos populares), **estético** (embelezamento da paisagem artificial e natural), **sanitário** (ilhas de tranquilidade, de simples **contemplação** ou de **escape** da algazarra de multidões de gente e veículos) e **ecológico** (refúgio para a biodiversidade local). Daí o **dever não discricionário do administrador de instituí-los e conservá-los adequadamente**, como elementos

indispensáveis ao direito à cidade sustentável, que envolve, simultaneamente, os interesses das gerações presentes e futuras, consoante o art. 2º, I, da Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade).

(...)

7. De toda sorte, registre-se, em *obiter dictum*, que, embora seja de inequívoco interesse coletivo viabilizar a prestação de serviços a pessoas de baixa renda, **não se justifica**, nos dias atuais, que praças, jardins, parques e bulevares públicos, ou qualquer área verde municipal de uso comum do povo, sofram desafetação para a edificação de prédios e construções, governamentais ou não, tanto mais ao se considerar, nas cidades brasileiras, a insuficiência ou absoluta carência desses lugares de convivência social. Quando realizada sem critérios objetivos e tecnicamente sólidos, maldotada na consideração de possíveis alternativas, ou à míngua de respeito pelos valores e funções nele condensados, a desafetação de bem público transforma-se em **vandalismo estatal**, mais repreensível que a profanação privada, pois a dominialidade pública encontra, ou deveria encontrar, no Estado, o seu primeiro, maior e mais combativo protetor. Por outro lado, é **ilegítimo, para não dizer imoral ou improbo**, à Administração, sob o argumento do “estado de abandono” das áreas públicas, pretender motivar o seu aniquilamento absoluto, por meio de desafetação. Entender de maneira diversa corresponderia a atribuir à recriminável omissão estatal a prerrogativa de inspirar e apressar a privatização ou a transformação do bem de uso comum do povo em categoria distinta. Finalmente, **tampouco há de servir de justificativa a simples alegação de não uso ou pouco uso do espaço pela população**, pois a finalidade desses locais públicos não se resume, nem se esgota, na imediata e efetiva utilização, bastando a simples disponibilização, hoje e sobretudo para o futuro – um investimento ou poupança na espera de tempos de melhor compreensão da centralidade e de estima pela utilidade do patrimônio coletivo.

Assim, em tese, poderá o Ministério Público, se entender conveniente, ingressar com Ação Civil Pública contra o Município recorrido, visando obter compensação pelo espaço verde urbano suprimido, de igual ou maior área, no mesmo bairro em que se localizava a praça desafetada.

(REsp 1135807/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/04/2010, DJe 08/03/2012).

Pois bem.

Às fls. 103 (linha 9), 138/140, 166/167, 176 e 194/215 do IC anexo, resta cabalmente provado nos autos: (i) que os réus estão edificando em área de praça pública, em desconformidade com o PAL e em desconformidade com o edital de licitação; (ii) que a comunidade local foi alijada do direito de conhecer o projeto e de opinar sobre o mesmo; (iii) que a comunidade local é contra a supressão da Praça Egídio Citarella e contra a alteração do PAL 26.663; (iv) que a comunidade local reclama a construção da escola em área própria reservada pelo PAL 26.663; (v) que a Administração Pública desviou-se do instrumento convocatório da licitação e do PAL, determinando a edificação em área de praça, por meio de decisão não escrita, não documentada e, afinal, inexistente; (vi) que o projeto em execução apresenta inadequações intrínsecas como, por exemplo, o fato de segmentar a praça em duas partes incomunicáveis entre si e de prejudicar a insolação da manhã para crianças e idosos; (vii) que não há garantias formais do que será feito na área remanescente de praça e na área onde existe um campo de futebol em péssimo estado de conservação.

Por outro lado, também está provado que a obra se encontra em andamento e que, em breve estará concluída, tornando-se um fato consumado e irreversível (fls. 114/117, 123/133, 138/140, 166/167 e 176 do IC).

Assim, presentes os requisitos legais (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), faz-se plenamente cabível na hipótese a **tutela de urgência**, com esteio na Lei Federal nº 7.347/85, art. 12, para que se determine, liminarmente, a imediata paralisação das obras no local, sob pena de crime de desobediência e de multa diária, e sem prejuízo de outras providências previstas no art. 461, do Código de Processo Civil.

Ademais, requer-se, liminarmente, seja designada audiência pública (*public hearing*), para que a comunidade local possa ter uma oportunidade séria e formal de conhecer o projeto e de participar das decisões que o cercam, notadamente, sobre a sua localização e sobre a interação do prédio escolar com a praça.

PEDIDOS

Pelo exposto e provado, requer o Ministério Público:

- 1) A distribuição da presente ação;
- 2) *Inaudita altera pars*, o deferimento da medida liminar e sua posterior confirmação em sentença, para o fim de determinar a imediata paralisação das obras no local, sob pena de crime de desobediência e de multa diária, e sem prejuízo de outras providências previstas no art. 461, do Código de Processo Civil;
- 3) A citação dos demandados;
- 4) O deferimento de medida liminar, para o fim de se determinar

a realização de audiência pública (*public hearing*), a ser presidida por esse d. Juízo, para que a comunidade local possa ter uma oportunidade séria e formal de conhecer o projeto e de participar das decisões que o cercam, notadamente, sobre a sua localização e sobre a interação do prédio escolar com a Praça Egídio Citarella;

5) A condenação dos demandados a construir a escola, de conformidade com o PAL 26.663 e sob os influxos da gestão democrática da cidade;

6) A condenação dos demandados a devolver a integralidade da praça Egídio Citarella ao seu *status quo ante*;

7) A condenação dos demandados na obrigação de pagar indenização de dano moral coletivo, em valor a ser prudentemente fixado por esse d. Juízo e a ser revertido para o Fundo de Direitos Difusos de que trata a Lei Federal nº 7.347/85, art. 13;

8) Subsidiariamente, caso a escola se construa afinal na área da praça Egídio Citarella, requer-se a condenação dos réus a (8.1.) realizarem ajustes no projeto, sob os influxos da participação popular, visando a mitigar os seus impactos negativos; e (8.2.) compensarem a descaracterização da Praça Egídio Citarella, por meio da entrega, em prazo a ser prudentemente fixado por esse d. Juízo, de praça pública inteiramente urbanizada, de igual ou maior área, na mesma localidade de Jardim Campinho, no bairro de Campo Grande, Rio de Janeiro-RJ;

9) A inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII);

10) A condenação dos Réus nos ônus sucumbenciais, os quais deverão ser revertidos para o Fundo Especial do Ministério Público, criado pela Lei Estadual nº 2.819, de 07.11.97, e regulamentado pela Resolução GPGJ nº 801, de 19.03.98.

Para a comprovação dos fatos aqui narrados, e sem prejuízo da inversão do ônus da prova requerido, pleiteia-se a produção de todas as provas que se fizerem pertinentes, notadamente a testemunhal, a documental, além do depoimento pessoal dos representantes legais dos réus, bem assim a juntada de documentos novos e tudo o mais que se fizer mister à completa elucidação e demonstração cabal dos fatos articulados na presente.

Para fins declarados de prequestionamento, pede-se o exame expresse de toda a matéria jurídica aqui ventilada.

Diante dos mandamentos estabelecidos pela legislação adjetiva, dá-se à causa o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

O Ministério Público receberá intimações pessoais na 1ª Promotoria de Tutela Coletiva da Ordem Urbanística da Capital, sediada na Rua Rodrigo Silva, nº 26, 7º andar, Centro, Rio de Janeiro, na forma legal.

Rio de Janeiro, 27 de fevereiro de 2015.

ANDRÉ CONSTANT DICKSTEIN
Promotor de Justiça

Contrarrrazões. Subprocuradoria-Geral de Justiça de Assuntos Institucionais e Judiciais. Recurso Extraordinário interposto pela Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro na ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada pelo Procurador-Geral de Justiça, que impugnou o Decreto que disciplina a redução da base de cálculo do ICMS incidente na importação de malte, cevada e lúpulo por estabelecimento do contribuinte que firmar termo de acordo com o Estado do Rio de Janeiro.

Sérgio Roberto Ulhôa Pimentel*

EXMO. DESEMBARGADOR TERCEIRO VICE-PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, representado, por delegação da atribuição, pelo Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Institucionais e Judiciais, nos autos da Representação de Inconstitucionalidade n. 0005085-11.2013.19.0000, oferece suas

Contrarrrazões

ao **RECURSO EXTRAORDINÁRIO** interposto pela Procuradora-Geral do Estado do Rio de Janeiro, conforme razões em anexo.

Termos em que,

P. juntada.

Rio de Janeiro, 06 de novembro de 2013.

Sérgio Roberto Ulhôa Pimentel

Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Institucionais e Judiciais.

• • •

EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 0005085-11.2013.8.19.0000

Recorrente: Procuradora-Geral do Estado do Rio de Janeiro

Recorrido: Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

* Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Institucionais e Judiciais.

RAZÕES DO RECORRIDO

I – Breve relato do processo

O Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro representou pela inconstitucionalidade do Decreto n. 41.860, de 11 de maio de 2009, sendo o pedido julgado procedente na forma do v. acórdão de fls. 78/88.

A Procuradora-Geral do Estado do Rio de Janeiro, às fls. 98/106, interpôs Recurso Extraordinário sustentando que a questão constitucional suscitada no presente recurso oferece repercussão geral, vez que cuida-se aqui de matéria que envolve a discussão sobre o cabimento da ação direta de inconstitucionalidade contra Decreto que regulamenta lei. Alega, ainda, que todos os pontos foram expressamente prequestionados na presente Representação, sendo expressamente enfrentados pelo v. acórdão recorrido. Defende que o Decreto impugnado é meramente regulamentar, razão pela qual não pode se submeter ao controle concentrado de constitucionalidade. Salaria que o Decreto em referência apenas regulamentou a Lei Estadual 4.321/04, que concentra várias regras sobre a concessão, fiscalização, cassação e revogação de incentivos fiscais no âmbito do Estado do Rio de Janeiro. Ressalta que o Decreto 41.860/09 não é autônomo e não poderia ter sido objeto de impugnação mediante ação direta. Também ressalta que a argumentação da inicial se fundamenta na tese de que o regime instituído pelo Decreto representa benefício fiscal e por tal razão deveria ser celebrado na forma da Lei Complementar 24/75. Ressalta que na hipótese o exame sobre a hipotética contrariedade do Decreto em relação à Constituição Estadual depende de prévio juízo de valor sobre a sua incompatibilidade com a Lei Complementar 24/75. No entanto, ressalta que a inconstitucionalidade passível de controle é aquela que se revela de forma direta. Também ressalta que a iniciativa contida no Decreto não tem o condão de prejudicar outros Estados da Federação, nem outros importadores de cerveja ou lúpulo. Aduz que na hipótese deve-se levar em consideração os princípios da soberania econômica, da livre concorrência, da redução das desigualdades regionais e sociais e da busca do pleno emprego. Por fim, salienta que o incentivo do Decreto 41.860/09 estimula a utilização das estruturas portuárias do Estado, fora da região metropolitana, fomentando o desenvolvimento da indústria cervejeira e incrementando a prosperidade no território estadual, razão pela qual deve o mesmo ser chancelado pelo Poder Judiciário.

II – Da tempestividade das Contrarrazões

De plano, impõe-se registrar a tempestividade da presente resposta, eis que os autos foram encaminhados à Procuradoria-Geral de Justiça no dia 01 de novembro de 2013, sexta-feira (fl. 110).

Assim, o termo *ad quem* do prazo de quinze dias para ofertar as contrarrazões é o dia 04 de novembro do corrente, segunda-feira, findando-se o mesmo no dia 18 do mesmo mês.

III – Preliminarmente: Da ausência de requisitos de admissibilidade recursal

Antes ainda de se adentrar no exame da pretensão recursal propriamente dita, impõe-se ressaltar, em linha de preliminar, que falta ao Recurso Extraordinário indispensáveis requisitos de admissibilidade.

Inicialmente, verifica-se que o Recurso extremo em questão é desprovido de regularidade formal, na medida em que não observou a norma do art. 541 do Código de Processo Civil, que determina que as respectivas razões recursais contenham a exposição do fato e do direito; a demonstração do cabimento do recurso interposto; e as razões do pedido de reforma da decisão recorrida.

À evidência, não é bastante que a parte recorrente faça alusão nominal a tais itens, sendo imperativo que se detalhem os argumentos pertinentes a cada qual deles, a fim de que se tenha por atendida a referida exigência de regularidade formal.

Ademais, além do vício acima indicado, o requisito afeto à existência de repercussão geral também não se afigura presente *in casu*.

Note-se que o recorrente deixou de apresentar as razões de fato e de direito pelas quais haveria relevantes questões sociais e jurídicas (art. 543-A, § 1º, CPC) a exigirem a necessidade de reexame da matéria pelo Supremo Tribunal Federal.

Ora, imprescindível que o recorrente oferecesse fundamentadamente as razões de fato e de direito sustentadoras da alegação de existência de repercussão geral. No entanto, o recorrente limitou-se a aduzir que a hipótese abrange discussão afeta ao cabimento da ação direta de inconstitucionalidade contra decreto que regulamenta lei, o que caracterizaria a repercussão geral da questão constitucional versada no presente Recurso.

Ocorre que o inciso II do art. 541 do Código de Processo Civil, ao exigir “a demonstração do cabimento do recurso interposto”, obriga o recorrente a discorrer fundamentadamente sobre o fato processual do cabimento.

A simples indicação da violação de certas normas constitucionais não supre a exigência da norma processual de fundamentação das razões de fato e de direito que demonstrem a repercussão geral.

Não pode, evidentemente, o Supremo Tribunal Federal admitir fato, a repercussão geral, que nem mesmo a parte se interessou em demonstrar de forma efetiva. Não parece razoável, pois, concluir pela presença dos interesses referidos no artigo 543-A, § 1º, do CPC, para o fim de ensejar o juízo positivo de admissibilidade do Recurso Extraordinário, apenas porque a parte recorrente é uma pessoa jurídica de direito público.

Vale dizer, as questões ventiladas no Recurso em tela de forma alguma transcendem aos interesses subjetivos da parte recorrente.

Data venia, a se prescindir de um critério exegético mais rigoroso na formulação dos contornos definidores da repercussão geral, restará frustrada, em última análise, a própria finalidade perseguida pelo Poder Constituinte Derivado ao instituir, com a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, o referido requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário.

Como de conhecimento, o propósito do legislador constituinte foi o de desafogar o Supremo Tribunal Federal, retirando de sua pauta o exame de controvérsias que, apesar de importantes para as partes litigantes (entre as quais se incluem as Fazendas Públicas municipais, estaduais e federal), já não têm o mesmo impacto para os interesses mais cruciais da sociedade brasileira, genericamente considerada, e que constituem o próprio pilar em que a mesma se funda.

Por fim, cabe ressaltar mais uma vez que não é suficiente para caracterizar a repercussão geral a circunstância de ser a parte recorrente uma pessoa jurídica de direito público, nem tampouco o fato de a matéria agitada no Recurso guardar alguma relação com o Erário.

Assim, *data venia*, espera o Ministério Público seja reconhecida a falta de indeclináveis requisitos de admissibilidade recursal, de modo a que seja inadmitido o Recurso Extraordinário interposto.

IV – Do mérito

Ad argumentandum, para o caso de restar superada a preliminar de não conhecimento do Recurso acima suscitada, na hipótese de exame da pretensão recursal propriamente dita, a mesma é manifestamente infundada.

De fato, atentando-se para os termos do *decisum* alvejado, nele não se vislumbra qualquer violação a alguma norma da Constituição da República.

Ao revés, o acórdão recorrido, ao acolher a pretensão de declaração de inconstitucionalidade do Decreto 41.860/09, restaurou o império da ordem jurídica, diante das ofensas perpetradas a princípios e normas basilares da Carta Constitucional Fluminense.

Como bem detalhado na vestibular, na manifestação ministerial de fls. 58/65 e no v. acórdão recorrido, ao contrário do que defende o Recorrente, o Decreto 41.860/09 não é meramente regulamentar, apresentando natureza nitidamente autônoma.

O Decreto 41.860/09 ostenta autonomia existencial, pois concede benefício fiscal à margem de qualquer lei ou convênio que o autorize. Ou seja, o Decreto 41.860/09 não tem função meramente regulamentar, pois efetivamente disciplina a redução da base de cálculo do ICMS incidente na importação de malte, cevada e lúpulo por estabelecimento do contribuinte que firmar Termo de Acordo com o Estado do Rio de Janeiro. Trata-se, pois, de decreto autônomo, sendo suscetível de controle concentrado de constitucionalidade.

Ademais, os vícios que maculam o Decreto 41.860/09 restaram cabalmente evidenciados à luz das disposições da Constituição Estadual.

O Decreto 41.860/2009 reduz a base de cálculo do ICMS incidente na importação de malte, cevada e lúpulo por estabelecimento do contribuinte que firmar Termo de Acordo com o Estado do Rio de Janeiro, *“de tal forma que a incidência do imposto resulte no percentual de 3% (três por cento), sendo que 1% (um por cento) será destinado ao Fundo Estadual de Combate à Pobreza e às Desigualdades Sociais instituído pela Lei n. 4056, de 30 de dezembro de 2002”*.

Ou seja, o Decreto 41.860/2009 altera a base de cálculo do tributo nas operações que indica, promovendo modificação que se reflete na carga tributária.

Ocorre que, como de conhecimento, o direito tributário é essencialmente regido pelo princípio da legalidade, estampado no art. 196, I da Constituição Estadual (que reproduz mandamento contido no art. 150, I da Carta Federal).

Por força do princípio da legalidade, nenhum tributo será instituído ou aumentado, a não ser através de lei. Apenas a lei, diga-se, em sentido formal, pode criar ou majorar tributo, salvo nas hipóteses expressamente ressalvadas no próprio texto constitucional (como, por exemplo, no que toca à possibilidade de alteração de alíquota do imposto de importação mediante decreto).

Discorrendo sobre o princípio da legalidade tributária, **Hugo de Brito Machado**¹ esclarece que:

“Criar um tributo é estabelecer todos os elementos de que se necessita para saber se este existe, qual é o seu valor, quem deve pagar, quando e a quem deve ser pago. Assim, a lei instituidora do tributo há de conter: a) a descrição do fato tributável; b) a definição da base de cálculo da alíquota, ou outro critério a ser utilizado para o estabelecimento do valor do tributo; c) o critério para a identificação do sujeito passivo da obrigação tributária; d) o sujeito ativo da relação tributária, se for diverso da pessoa jurídica da qual a lei seja expressão de vontade”.

Da lição acima colacionada, verifica-se que apenas a lei, em seu sentido estrito, pode definir a hipótese de incidência do tributo em todos os seus aspectos, ou seja, em todos os seus elementos identificadores e essenciais.

Assim, em virtude do comando advindo do princípio da legalidade – repita-se, expressamente insculpido na Constituição Estadual (art. 196, I) – sob o argumento de exercer a sua função regulamentar, o decreto não pode trazer novos elementos no que toca aos dados identificadores do tipo tributário. Neste sentido é o lúcido magistério de **Roque Antonio Carraza**², *in verbis*:

“Laboram, em equívoco, portanto, os que sustentam que o Chefe do Poder Executivo, no que tange à tributação, pode terminar a obra do legislador, regulamentando tudo o que ele apenas descreveu com traços largos. Na verdade, a faculdade regulamentar serve para ressaltar alguns conceitos menos claros contidos na lei, mas não para agregar-lhes novos componentes ou, o que é pior, para defini-los do nada. Entendimento contrário viola o princípio da legalidade em sua própria essência”.

¹ *Curso de Direito Tributário*; São Paulo, Malheiros Editores, 27ª edição, 2006, p. 57/58.

² *Curso de Direito Constitucional Tributário*; São Paulo, Malheiros Editores, 21ª edição, 2005, p. 247.

O magistério acima colacionado amolda-se com perfeição à hipótese em exame, visto que o Decreto 41.860/09, ao arrempio de todo o arcabouço constitucional em matéria tributária, assumiu contorno eminentemente autônomo ao disciplinar elemento identificador de tributo, qual seja, a sua base de cálculo. De fato, a alteração da base de cálculo produz reflexos diretos na carga econômica do tributo, pois modifica um de seus elementos essenciais e identificadores.

A base de cálculo é a expressão econômica do fato gerador do tributo; é, pois, elemento essencial na identificação do tributo, sobre a qual se aplica a alíquota para ter-se como resultado o valor final correspondente³.

Desta forma, em virtude da natureza da base de cálculo do tributo, de elemento essencial e identificador, não se pode admitir a sua alteração por meio de decreto, como efetivado na hipótese em tela.

Assim, apesar do que defende o Recorrente, o que se constata é que o Decreto 41.860/09 exorbitou em sua função regulamentar, desrespeitando o princípio da reserva legal, expressamente previsto na Constituição do Estado do Rio de Janeiro (art. 196, I).

Ademais, não se pode olvidar que a disciplina mediante decreto, e não por lei formal, também implica em direta violação ao valioso “Princípio da Separação de Poderes” (art. 7º da Constituição do Estado), que consubstancia mecanismo de extrema importância na ordem constitucional, constituindo pilar intransponível no Estado Democrático de Direito.

De outro giro, cabe ressaltar que o art. 155, parágrafo 2º, XII, “g” da CF determina que cabe à lei complementar regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.

Assim, em matéria de ICMS, as isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos ou revogados nos termos dos convênios celebrados e ratificados pelos Estados. Note-se que segundo o magistério de **Luiz Emygdio F. Da Rosa Jr.**⁴, a redução de base de cálculo se inclui entre os benefícios fiscais referidos no dispositivo constitucional acima indicado.

A regra constitucional em exame busca evitar a guerra fiscal entre os Estados, impedindo que os Entes, visando atrair mais contribuintes para seus territórios, extrapolem na concessão unilateral de vantagens fiscais quanto ao ICMS.

Importante registrar que a Constituição do Estado do Rio de Janeiro, em seu art. 199, parágrafo 11º, VII, expressamente disciplina, em relação ao ICMS, que deve ser observada a lei complementar federal no que toca à concessão e revogação de isenções, incentivos e benefícios fiscais, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal.

Assim, é certo que a concessão de benefício fiscal – como efetivado *in casu* através da redução de base de cálculo do ICMS – não pode ser efetivada de forma unilateral, isolada, mediante decreto.

³ Definição de Hugo de Brito Machado, obra citada, p. 155.

⁴ *Manual de Direito Financeiro e Tributário*, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 17ª edição, p. 1061.

Desta forma, em vista da impossibilidade de as unidades federadas concederem benefícios fiscais em matéria do ICMS, à margem de convênios que os autorizem, é flagrante a presença de vícios de inconstitucionalidade a macular o Decreto 41.860/2009, como declarado no acórdão recorrido.

Ainda, importante ressaltar que a leitura atenta do acórdão recorrido demonstra que o reconhecimento dos vícios de inconstitucionalidade que maculam o referido diploma prescindia do exame de quaisquer outras normas ou princípios que não fossem aqueles consagrados na própria Constituição Estadual.

Destarte, resulta inequívoco que o controle da legitimidade do Decreto 41.860/09 efetivou-se apenas à luz da própria Carta do Estado do Rio de Janeiro.

Finalmente, oportuno registrar que por melhores que tenham sido as intenções do Decreto 41.860/09 no tocante ao fomento da indústria cervejeira do Estado, tão ressaltadas pelo Recorrente, o fato é que, evidentemente, a inovação da ordem jurídica não pode divorciar-se da basilar sistemática posta pelo Poder Constituinte.

Desta forma, não se vislumbra outra alternativa senão a de se expelir do ordenamento jurídico estadual o Decreto 41.860/09, tal como já entendeu – de modo irretocável – a Corte Fluminense.

Diante do exposto, é inevitável a conclusão de que as razões recursais são insubsistentes e não merecem acolhida.

VI – Conclusão

Isto posto, espera o Ministério Público não seja sequer conhecido o Recurso Extraordinário interposto, ou então, não sendo esse o entendimento, *ad argumentandum*, que se lhe negue provimento.

Rio de Janeiro, 08 de novembro de 2013.

VERONICA C. R. ANTUNES ZYLBERMAN

Assistente da Assessoria de Atribuição Originária em Matéria Cível

De acordo.

CARLOS CÍCERO DUARTE JÚNIOR

Assessor-Chefe da Assessoria de Atribuição Originária em Matéria Cível

Aprovo.

SÉRGIO ROBERTO ULHÔA PIMENTEL

Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Institucionais e Judiciais



Detalhe da imagem da capa

Jurisprudência

Os acórdãos estampados correspondem integralmente às publicações oficiais dos julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.



Supremo Tribunal Federal

• • •

Jurisprudência Criminal

• • •

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* 118.006 SÃO PAULO

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

RECTE.(S): LUIZ CARLOS COSTA DE SOUZA

ADV.(A/S): FERNANDO FARIA JUNIOR

RECDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

EMENTA

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Processual Penal. Júri. Homicídio qualificado. Artigo 121, § 2º, II, c/c o art. 29, do Código Penal. Leitura pelo Ministério Público, nos debates, de sentença condenatória de corrêu proferida em julgamento anterior. Alegação de sua utilização como argumento de autoridade, em prejuízo do recorrente. Nulidade. Não ocorrência. Sentença que não faz qualquer alusão a sua pessoa nem a sua suposta participação no crime. Inaptidão do documento para interferir no ânimo dos jurados em desfavor do recorrente. Peça que não se subsume na vedação do art. 478, I, do Código de Processo Penal. Possibilidade de sua leitura em plenário (art. 480, *caput*, CPP). Inexistência de comprovação de que o documento, de fato, foi empregado como argumento de autoridade e de que houve prejuízo insanável à defesa (art. 563, CPP). Recurso não provido.

1. O art. 478, I, do Código de Processo Penal veda que as partes, nos debates, façam referência a decisão de pronúncia e a decisões posteriores em que se tenha julgado admissível a acusação como argumento de autoridade para beneficiar ou prejudicar o acusado.

2. Esse dispositivo legal não veda a leitura, em plenário, da sentença condenatória de corrêu, proferida em julgamento anterior, a qual é admitida pelo art. 480, *caput*, do Código de Processo Penal.

3. A sentença, ademais, é desprovida de aptidão para interferir no ânimo dos jurados, como argumento de autoridade e em prejuízo do recorrente, uma vez que não faz qualquer alusão a sua pessoa nem a sua suposta participação no crime.

4. Ausente a comprovação de que o documento, de fato, foi empregado como argumento de autoridade e que houve prejuízo insanável à defesa (art. 563, CPP), não há nulidade a ser reconhecida.

5. Recurso não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência da Senhora Ministra Rosa Weber, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 10 de fevereiro de 2015.

MINISTRO DIAS TOFFOLI – Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por Luiz Carlos Costa de Souza contra o acórdão mediante o qual a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça não conheceu do HC nº 198.574/SP, Relator o Ministro **Jorge Mussi**.

Aduz o recorrente que, em 26/8/08, foi condenado pelo Tribunal do Júri da Comarca de Guarulhos/SP à pena de 14 (catorze) anos de reclusão e que esse julgamento seria nulo, por violação do art. 478, I, do Código de Processo Penal, uma vez que, em plenário, o representante do Ministério Público, utilizando-a como argumento de autoridade, procedeu à leitura da sentença condenatória, proferida em julgamento anterior, do corréu Rogério Dionysio, “inclusive rogando para que os Senhores Jurados [a] lessem em sua companhia” (anexo 2, fl. 99).

Segundo o recorrente, a leitura dessa sentença

“se coaduna perfeitamente com o dispositivo do Art. 478 do CPP. **Pois que a sentença é sem sombra de dúvida decisão posterior que julgou admissível a acusação**, demonstrando, destarte, que os Senhores Jurados como leigos que são, acabaram por serem induzidos a erro, e condenaram o Recorrente somente com base nestes argumentos.

(...)

Por mais que o legislador não tivesse colocado inserido no dispositivo infraconstitucional a frase: leitura de sentença do Corrêu, por uma singela interpretação concluímos que a menção: **“às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação** é sim uma explanação da leitura de sentenças de julgamento que ocorrem de Corrêus, quando da ocorrência de cisão em julgamento, o que se amolda perfeitamente ao vertente caso”.

Ao ver do recorrente,

“(…) [a] leitura de peças e sua indicação é amparad[a] pelo artigo 480 do CPP. Contudo, ler decisão que admitiu e ratificou a acusação, como na espécie uma sentença, é sim violar o dispositivo do artigo 478 do Diploma Processual Penal, afinal, é vedado utilizar como argumento de autoridade!”.

Ante o exposto, requer o provimento do recurso e a concessão da ordem de ***habeas corpus***, de modo que seja cassada sua condenação e determinada sua submissão a novo julgamento pelo Tribunal do Júri.

Após contrarrazões, o recurso foi recebido e encaminhado ao Supremo Tribunal Federal.

O Ministério Público Federal, em parecer do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. **Mario José Gisi**, opinou pelo não conhecimento do recurso ou, caso dele se conheça, pelo seu não provimento.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Como exposto, trata-se de recurso ordinário em ***habeas corpus***, interposto por Luiz Carlos Costa de Souza contra o acórdão mediante o qual a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça não conheceu do HC nº 198.574/SP, Relator o Ministro Jorge Mussi.

Transcrevo a ementa desse julgado:

“HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Nos termos do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, nas hipóteses descritas de forma taxativa nas suas alíneas “a”, “b” e “c”.

2. Com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, necessária a racionalização da utilização do *habeas corpus*, o qual não deve ser admitido para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico.

3. Em se tratando de direito penal, destinado a recuperar as mazelas sociais e tendo como regra a imposição de sanção privativa de liberdade, o direito de locomoção, sempre e sempre, estará em discussão, ainda que de forma reflexa. Tal argumento, entretanto, não pode mais ser utilizado para que todas as matérias que envolvam a *persecutio criminis in iudicio* até a efetiva prestação jurisdicional sejam trazidas para dentro do *habeas corpus*, cujas limitações cognitivas podem significar, até mesmo, o tratamento inadequado da providência requerida.

4. Tendo em vista que a impetração aponta como ato coator acórdão proferido por ocasião do julgamento de apelação criminal, contra a qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.

5. Como o *writ* foi impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial desta Corte Superior de Justiça, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

HOMICÍDIO QUALIFICADO (ARTIGO 121, § 2º, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL). APONTADA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 478 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. LEITURA DA SENTENÇA QUE CONDENOU CORRÉU PELA PRÁTICA DO MESMO DELITO. AUSÊNCIA DE ÓBICE LEGAL. NULIDADE INEXISTENTE.

1. De acordo com o artigo 478 do Código de Processo Penal, as partes não podem fazer referências, durante os debates, *‘à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado’*, bem como *‘ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo’*.

2. A sentença condenatória proferida contra corréu não consta dos incisos I e II do artigo 478 da Lei Processual Penal, inexistindo óbice à sua menção por quaisquer das partes.

3. O *caput* do artigo 480 do Código de Processo Penal prevê a possibilidade de leitura de peças processuais pelas partes, podendo a acusação, a defesa e os jurados, a qualquer momento e por intermédio do Juiz Presidente, pedir que o orador indique a folha dos autos onde se encontra o trecho lido ou citado.

4. Desse modo, não se pode afirmar que a leitura pelo membro do Ministério Público do édito repressivo prolatado contra corréu tenha se dado em dissonância com o que prevê a legislação processual penal pertinente, não se vislumbrando a ocorrência da eiva indicada pelos impetrantes.

5. *Habeas corpus* não conhecido.”

Contra essa decisão, insurge-se o recorrente.

O presente recurso foi interposto tempestivamente.

A despeito de não ter conhecido do *habeas corpus*, o Superior Tribunal de Justiça analisou a questão de fundo (alegada nulidade do julgamento pelo Tribunal do Júri), razão por que sua reapreciação, nesta sede, não importa supressão de instância.

O recorrente, condenado pelo Tribunal do Júri, como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, II, c/c o art. 29, *caput*, do Código Penal, à pena de 14 (catorze) anos de reclusão, em regime inicial fechado, insiste no reconhecimento da nulidade desse julgamento, pelo fato de a acusação, em plenário, ter lido anterior sentença condenatória de corréu.

Sem razão, contudo.

Diversamente do que sustenta o recorrente, houve-se com acerto o Superior Tribunal de Justiça ao assentar que

“Pela letra do artigo 478 do Código de Processo Penal, as partes não podem fazer referências, durante os debates, ‘à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado’, bem como ‘ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo’.

Na hipótese em tela, ‘pelo Dr. Defensor do corréu Luiz Carlos foi requerido que constasse em ata que o Representante do Ministério Público, durante sua explanação, leu os depoimentos tomados

quando do julgamento em plenário de Rogério Dionysio (Fls. 289, 291, 292, 295 e 299)' (e-STJ fl. 167).

Dentre as peças lidas pelo órgão ministerial, estaria a sentença que condenou o corréu Rogério Dionysio à pena de 14 (catorze) anos de reclusão pela prática do crime de homicídio qualificado (e-STJ fls. 143/144).

Ora, o édito repressivo prolatado contra corréu não consta dos incisos I e II do artigo 478 da Lei Processual Penal, inexistindo óbice à sua leitura por quaisquer das partes.

Aliás, o próprio *caput* do artigo 480 do Código de Processo Penal estabelece a possibilidade de leitura de peças processuais pelas partes, podendo a acusação, a defesa e os jurados, a qualquer momento e por intermédio do Juiz Presidente, pedir que o orador indique a folha dos autos onde se encontra o trecho lido ou citado.

Confira-se:

'Art. 480. A acusação, a defesa e os jurados poderão, a qualquer momento e por intermédio do juiz presidente, pedir ao orador que indique a folha dos autos onde se encontra a peça por ele lida ou citada, facultando-se, ainda, aos jurados solicitar-lhe, pelo mesmo meio, o esclarecimento de fato por ele alegado.'

Desse modo, não estando a sentença condenatória do corréu dentre as decisões cuja referência é proibida, havendo a previsão, na própria legislação processual penal, de leitura de peças dos autos pelas partes, e inexistindo a comprovação de que o órgão acusatório tenha utilizado o édito repressivo prolatado contra um dos acusados como argumento de autoridade, correta a conclusão da Corte de origem, que assim se manifestou sobre o ponto:

'Quanto à preliminar arguida por ambos os defensores, razão alguma lhes assiste.

A leitura do conjunto probatório colhido nos autos não é vedada. Todos os depoimentos, laudos e decisões constantes dos autos podem ser lidos aos Senhores Jurados, pois fazem parte dos autos e a eles têm os juízes leigos pleno acesso.

O que a lei veda é a tentativa de, tanto acusação quanto defesa, fazerem uso de tais documentos, lendo-os aos jurados 'como argumento de autoridade, que beneficiem ou prejudiquem o acusado', como expressamente dispõe o inciso I, do artigo 478, do Código de Processo Penal.

Ou seja, tentem persuadir os jurados a acolher determinada tese não pelo conteúdo do documento constante dos autos, mas diante da fonte de onde o mesmo emana, autoridade, juiz ou desembargador. (...)

Infere-se da Ata de Julgamento que o combativo Defensor requereu que constasse, apenas, que o representante da Justiça Pública fez a 'leitura de folha dos autos', sem nada especificar se com argumento de autoridade ou não.

Daí porque, não demonstrada a contaminação da vontade dos Senhores Jurados, nem prejuízo daí decorrente, rejeito a preliminar invocada.” (e-STJ fls. 204/205)” (anexo 2, fls. 78/87).

Não se vislumbra, portanto, a alegada nulidade do julgamento em razão da leitura, em plenário, da sentença condenatória do corréu Rogério, proferida em julgamento anterior.

Nos termos do art. 480, *caput*, do Código de Processo Penal, as peças constantes dos autos podem ser lidas pelas partes, vedando-se apenas que a decisão de pronúncia e as decisões posteriores que julgaram admissível a acusação sejam utilizadas como argumento de autoridade para beneficiar ou prejudicar o acusado (art. 478, I, CPP).

Anterior sentença condenatória de corréu não se subsume no conceito de “decisões posteriores que julgaram admissível a acusação”, o qual compreende o acórdão confirmatório da pronúncia, bem como os *habeas corpus* e recursos especial e extraordinário decididos, respectivamente, pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal.

Como bem observado pelo Ministério Público Federal em seu parecer,

“(...) a defesa não logrou comprovar que a leitura da sentença condenatória prolatada em desfavor do corréu foi empregada como argumento de autoridade, de modo tal que produzisse insanável prejuízo à defesa, circunstância que, per si, obsta a declaração do vício procedimental e a imposição de eventual sanção de nulidade (art. 563, CPP)”.

Nesse particular, observo que, de acordo com a ata de julgamento da sessão do Júri, a defesa do recorrente limitou-se a sustentar a tese de sua não participação no homicídio (anexo 1, fl. 15).

Ora, a anterior sentença condenatória do corréu Rogério Dyonisio não faz qualquer alusão ao ora recorrente ou a sua suposta participação no crime. Seu relatório, aliás, nem sequer menciona o nome do recorrente (anexo 1, fls. 11/12).

Essa sentença, portanto, não tinha aptidão para interferir no ânimo dos jurados em desfavor do ora recorrente, como argumento de autoridade.

A situação, portanto, é bem diversa daquela que o art. 478, I, do Código de Processo Penal procura tutelar, qual seja, o impedimento de que a decisão de pronúncia ou quaisquer outras que a ela se refiram sejam esgrimidas nos debates como argumento de autoridade para prejudicar ou beneficiar o acusado, por conterem juízos de valor a respeito da materialidade do crime, dos indícios de autoria e da existência de qualificadoras.

Em suma, não há vício que tenha comprometido a imparcialidade do julgamento pelo Conselho de Sentença, juiz natural da causa (art. 5º, XXXVIII, d, CF).

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso.

É como voto.

EXTRATO DE ATA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* 118.006

PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI

RECTE.(S): LUIZ CARLOS COSTA DE SOUZA

ADV.(A/S): FERNANDO FARIA JUNIOR

RECDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Decisão: A Turma negou provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência da Senhora Ministra Rosa Weber. 1ª Turma, 10.2.2015.

Presidência da Senhora Ministra Rosa Weber. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli, Luiz Fux e Roberto Barroso.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques.

Carmen Lilian Oliveira de Souza, Secretária da Primeira Turma.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.060 SANTA CATARINA

RELATOR: MIN. LUIZ FUX

REQTE.(S): CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS ESTABELECIMENTOS DE ENSINO –
CONFENEM

ADV.(A/S): ORIDIO MENDES DOMINGOS JUNIOR

INTDO.(A/S): GOVERNADOR DO ESTADO DE SANTA CATARINA

INTDO.(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. PARTILHA DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE EM MATÉRIA DE EDUCAÇÃO (CRFB, ART. 24, IX). LEI ESTADUAL DE SANTA CATARINA QUE FIXA NÚMERO MÁXIMO DE ALUNOS EM SALA DE AULA. QUESTÃO PRELIMINAR REJEITADA. IMPUGNAÇÃO FUNDADA EM OFENSA DIRETA À CONSTITUIÇÃO. CONHECIMENTO DO PEDIDO. AUSÊNCIA DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DA UNIÃO EM MATÉRIA DE NORMAS GERAIS. COMPREENSÃO AXIOLÓGICA E PLURALISTA DO FEDERALISMO BRASILEIRO (CRFB, ART. 1º, V). NECESSIDADE DE PRESTIGIAR INICIATIVAS NORMATIVAS REGIONAIS E LOCAIS SEMPRE QUE NÃO HOUVER EXPRESSA E CATEGÓRICA INTERDIÇÃO CONSTITUCIONAL. EXERCÍCIO REGULAR DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PELO ESTADO DE SANTA CATARINA AO DETALHAR A PREVISÃO CONTIDA NO ARTIGO 25 DA LEI Nº 9.394/1994 (LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL). PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE.

1. O princípio federativo brasileiro reclama, na sua ótica contemporânea, o abandono de qualquer leitura excessivamente inflacionada das competências normativas da União (sejam privativas, sejam concorrentes), bem como a descoberta de novas searas normativas que possam ser trilhadas pelos Estados, Municípios e pelo Distrito Federal, tudo isso em conformidade com o pluralismo político, um dos fundamentos da república federativa do Brasil (CRFB, art. 1º, V)

2. A invasão da competência legislativa da União invocada no caso *sub judice* envolve, diretamente, a confrontação da lei atacada com a Constituição (CRFB, art. 24, IX e parágrafos), não havendo que se falar nessas hipóteses em ofensa reflexa à Lei Maior. Precedentes do STF: ADI nº 2.903, Rel. Min. Celso de Mello, DJe-177 de 19-09-2008; ADI nº 4.423, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe-225 de 14-11-2014; ADI nº 3.645, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 01-09-2006.

3. A *prospective overruling*, antídoto ao engessamento do pensamento jurídico, revela oportuno ao Supremo Tribunal Federal rever sua postura *prima facie* em casos de litígios constitucionais em matéria de competência legislativa, para que passe a prestigiar, como regra geral, as iniciativas regionais e locais, a menos que ofendam norma expressa e inequívoca da Constituição de 1988.

4. A competência legislativa do Estado-membro para dispor sobre educação e ensino (CRFB, art. 24, IX) autoriza a fixação, por lei local, do número máximo de alunos em sala de aula, no afã de viabilizar o adequado aproveitamento dos estudantes.

5. O limite máximo de alunos em sala de aula não ostenta natureza de norma geral, uma vez que dependente das circunstâncias peculiares a cada ente da federação, tais como o número de escolas colocadas à disposição da comunidade, a oferta de vagas para o ensino, o quantitativo de crianças em idade escolar para o nível fundamental e médio, o número de professores em oferta na região, além de aspectos ligados ao desenvolvimento tecnológico nas áreas de educação e ensino.

6. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos e nos termos do voto do Relator, em julgar improcedente a ação direta.

Brasília, 25 de fevereiro de 2015.

Ministro **LUIZ FUX** – Relator (Documento assinado digitalmente)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Cuidam os autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEM em face das alíneas “a”, “b”, e “c” do inciso VII do artigo 82 da Lei Complementar nº 170/1998, de 07 de agosto de 1998, do Estado de Santa Catarina por suposta ofensa ao artigo 25 da Lei nº 9.394/1996 e ao artigo 24, §3º, da Constituição da República.

Os dispositivos impugnados possuem a seguinte redação:

Art. 82 O Plano Estadual de Educação, articulado com os planos nacionais e municipais, será elaborado com a participação da sociedade catarinense, ouvidos os órgão colegiados de gestão democrática do ensino, incluído o Fórum Estadual de Educação, devendo, nos termos da lei que o aprovar, contemplar:

(...)

VII – número de alunos por sala de aula que possibilite adequada comunicação e aproveitamento, obedecendo a critérios pedagógicos e níveis de ensino, da seguinte forma:

- a) na educação infantil, até quatro anos, máximo de 15 crianças, com atenção especial a menor número, nos dois primeiros anos de vida e, até os seis anos, máximo de 25 crianças;
- b) no ensino fundamental, máximo de 30 crianças até a quarta série ou ciclos iniciais e de 35 alunos nas demais séries ou ciclos;
- c) no ensino médio, 40 alunos.

O texto do artigo 25 da Lei nº 9.394/1996 que, segundo a Requerente, foi ofendido, preconiza, por sua vez, que:

Art. 25. Será objetivo permanente das autoridades responsáveis alcançar relação adequada entre o número de alunos e o professor, a carga horária e as condições materiais do estabelecimento.

Parágrafo único. Cabe ao respectivo sistema de ensino, à vista das condições disponíveis e das características regionais e locais, estabelecer parâmetro para atendimento do disposto neste artigo.

Por seu turno, o art. 24, inciso IX, e §3º, da Constituição da República preceituam que:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

IX – educação, cultura, ensino e desporto;

§3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

Em breve escorço, a tese da Demandante é no sentido de que a lei do estado de Santa Catarina apresenta-se simultaneamente como ilegal e inconstitucional, tendo em vista que: i) o número máximo de alunos em sala de aula imposto pela referida lei não teria fundamento de validade no “sistema de ensino do estado de Santa Catarina” e tampouco nas condições materiais das instituições de ensino, e ii) ofensa à competência da União para legislar sobre normas gerais, nos termos do que previsto no art. 24, inciso IX, e §3º.

Informações do Governo do Estado de Santa Catarina juntadas nas fls. 119/123, em que se defende a constitucionalidade dos dispositivos combatidos da Lei Complementar nº 170/1998, com esteio na tese de que o art. 25 da Lei nº 9.394/1996 é uma norma geral que deixa em aberto a fixação do limite de educandos por sala de aula, cabendo aos Estados-membros e ao Distrito Federal legislar a respeito do tema.

A Assembleia Legislativa do estado de Santa Catarina prestou informações nas fls. 127/131, pugnando pelo reconhecimento da improcedência do pedido, à medida que a ofensa à Constituição brasileira seria reflexa, pois o pretendido pela Demandante seria a conclusão de que a Lei nº 9.394/1996 fora descumprida.

Por seu turno, a Advocacia-Geral da União manifestou-se, nas fls. 556/561, sustentando a constitucionalidade da lei catarinense, uma vez que o Estado-membro, apenas, teria preenchido vazios normativos da norma geral contida na Lei nº 9.394/1996.

Em seu parecer de fls. 563/568, o ilustre Procurador-Geral da República, acompanhando as ideias ventiladas pela Advocacia-Geral da União, opinou no sentido da constitucionalidade da lei estadual, tendo em vista que ela não invadiu a competência legislativa da União e não estabeleceu regras dissonantes das já editadas.

Na fl. 573, o Min. Dias Toffoli declarou-se impedido, tendo em vista que atuou como Advogado-Geral da União no feito.

É o relatório, do qual deverão ser extraídas cópias para envio aos Senhores Ministros.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Senhor Presidente, eminentes pares, cinge-se a controvérsia à possibilidade de lei estadual dispor acerca do número máximo de alunos em sala de aula na educação infantil, fundamental e média, tendo como base sua competência legislativa concorrente para tratar de educação (CRFB, art. 24, IX). É o que versam as três alíneas impugnadas da Lei Complementar nº 170/1998 do estado de Santa Catarina.

Antes, porém, que se passe ao enfrentamento das teses jurídicas articuladas pela requerente, entendo por bem fixar algumas premissas teóricas acerca do tema de fundo, notadamente da relação nem sempre harmônica entre autonomia local e unidade nacional em um regime federativo.

Premissa teórica: federalismo, pluralismo e jurisprudência do STF

Em linhas gerais, o federalismo é um arranjo institucional que envolve a partilha vertical do poder entre diversas entidades políticas autônomas, que

coexistem no interior de um único Estado soberano. Trata-se de um modelo de organização política que busca conciliar a unidade com a diversidade.

Embora existam diferentes modelos de federalismo, há alguns elementos mínimos sem os quais uma federação se descaracterizaria. Dentre estes elementos se destaca a efetiva autonomia política dos entes federativos, que se traduz nas prerrogativas do autogoverno, auto-organização e auto-administração.

Neste aspecto, a federação brasileira ainda se revela altamente centralizada, muitas vezes beirando o federalismo meramente nominal. Vislumbro dois fatores essenciais para esse quadro. O primeiro é de índole *jurídico-positiva*: a engenharia constitucional brasileira, ao promover a partilha de competências entre os entes da federação (CRFB, arts. 21 a 24), concentra grande quantidade de matérias sob a autoridade privativa da União. O segundo fator é de natureza *jurisprudencial*. Não se pode ignorar a contundente atuação do Supremo Tribunal Federal ao exercer o controle de constitucionalidade de lei ou ato federal e estadual, especialmente aquele inspirado no “princípio da simetria” e numa leitura excessivamente inflacionada das competências normativas da União.

O cenário, porém, não é estático. A tensão latente entre centralização e descentralização acaba por gerar uma dinâmica ao longo da existência do regime federativo, que se manifesta por oscilações entre a maior e a menor autonomia local em face da unidade nacional. É o que aponta com precisão Marco Aurélio Marrafon, professor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ):

“(...) para além do aspecto estrutural de distribuição de competências e delimitação das esferas próprias de atuação dos entes federados, o federalismo se realiza como um processo dinâmico em que ocorrem novos rearranjos na organização estatal em virtude das condições históricas, culturais, políticas e econômicas de cada país em determinados períodos.

Assim, por vezes a tensão federativa direciona o pêndulo rumo à centralização da autoridade política e administrativa, para, em outros momentos, oscilar a favor da descentralização.

A análise do caso brasileiro demonstra que essas oscilações podem ocorrer, inclusive, dentro de urna mesma estrutura constitucional”.

(MARRAFON, Marco Aurélio. *Federalismo brasileiro: reflexões em torno da dinâmica entre autonomia e centralização*. In: *Direito Constitucional Brasileiro*. Vol. II: organização do Estado e dos Poderes (Org. CLÈVE, Clèmerson Merlin. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 117-118)

Acredito seja momento de a Corte rever sua postura *prima facie* em casos de litígios constitucionais em matéria de competência legislativa, passando a prestigiar as iniciativas regionais e locais, a menos que ofendam norma expressa e inequívoca da Constituição. Essa diretriz parece ser a que melhor se acomoda à noção de federalismo como sistema que visa a promover o pluralismo nas formas de organização política.

As vantagens de um modelo como este foram apresentadas, em doutrina, pelo magistério dos professores Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto, *verbis*:

“Ao invés de assumir os riscos envolvidos nas grandes apostas de reforma global das instituições nacionais, como tem sido feito, talvez seja melhor experimentá-las no plano local de governo. A aplicação de novas ideias ou arranjos políticos em algum estado ou município precursor pode servir como teste. É claro que muitas experiências podem dar errado, mas os riscos para a sociedade são menores do que quando se pretende realizar reformas nacionais de um só golpe. Não por outra razão, o Juiz Louis Brandeis, da Suprema Corte norteamericana, chamou os governos estaduais de ‘laboratórios da democracia’: ‘É um dos felizes incidentes do sistema federal que um único e corajoso Estado possa, se os seus cidadãos escolherem, servir de laboratório; e tentar experimentos econômicos e sociais sem risco para o resto do país.’”

(SARMENTO, Daniel; PEREIRA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 335)

Essa necessidade de revitalização descentralizadora do federalismo brasileiro já foi registrada em doutrina pelo Ministro e professor Ricardo Lewandoski, cujas lições reproduzo e subscrevo integralmente, *verbis*:

“Entre nós, o resgate do princípio federativo passa pela valorização da chamada ‘competência residual’ dos estados, consagrada no artigo 25, §1º, da Constituição Federal: ‘São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição’. Essa competência nos vem da tradição norte-americana segundo a qual as treze ex-colônias britânicas, transformadas em Estados, ao se unirem, entregaram à União apenas algumas das rendas e competências que possuíam originalmente, mantendo as demais. Não se ignora que o rol de competências enumeradas à União (arts. 21 e 22 da CF) é muito

vasto, mas é preciso descobrir novas searas normativas que possam ser trilhadas pelos estados.

Depois, cumpre explorar ao máximo as ‘competências concorrentes’ previstas no art. 24 da Constituição vigente, impedindo que a União ocupe todos os espaços legislativos, usurpando a competência dos estados e do Distrito Federal nesse setor. Afinal, o §1º do art. 24 estabelece, com todas as letras, que, ‘no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limita-se a estabelecer normas gerais’. E mais: o §3º consigna que, ‘inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender às suas peculiaridades’.

No Supremo Tribunal Federal, considerada a sua atual composição, já há uma visível tendência no sentido do fortalecimento do federalismo, prestigiando-se a autonomia dos estados e dos municípios, a partir de inúmeras decisões, especialmente nas áreas da saúde, do meio ambiente e do consumidor”.

(LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Considerações sobre o federalismo brasileiro. In: *Revista de Justiça e Cidadania*, nº 157. Rio de Janeiro: Editora JC, 2013, p. 17)

Não se pode perder de mira que a República Federativa do Brasil tem como um de seus fundamentos o pluralismo político (CRFB, art. 1º, V). Propõe-se, assim, que a regra geral deva ser a liberdade para que cada ente federativo faça as suas escolhas institucionais e normativas, as quais já se encontram bastante limitadas por outras normas constitucionais materiais que restringem seu espaço de autonomia.

Fixadas estas premissas, passo então ao exame do caso concreto.

Questão preliminar: alegação de ofensa reflexa à Constituição

Em sua peça, a Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina sustentou questão preliminar consistente na impossibilidade jurídica do pedido, tendo em conta se tratar a espécie de ofensa reflexa ao texto constitucional. De acordo com a percepção da referida Casa Legislativa, a parte Autora se insurge contra os dispositivos da lei estadual conjurada que, supostamente, afrontariam o art. 25 da Lei nº 9.394/1996. Em razão disso, a hipótese ventilada configuraria uma autêntica ofensa reflexa ao texto constitucional capaz de impedir a regular tramitação desta presente ação direta de inconstitucionalidade.

Compartilhando o entendimento exteriorizado pelo Ministério Público Federal na fl. 566, é inequívoco que a hipótese dos autos envolve debate acerca da usurpação de competência da União para legislar sobre normas gerais em matéria de educação, à luz do art. 24, inciso IX, da Carta de 1988.

Nesse ponto específico, a jurisprudência desta Corte é pacífica ao reconhecer que não configura ofensa reflexa à Constituição da República, hábil a obstaculizar o manejo de uma ação direta de inconstitucionalidade, quando uma lei estadual pretensamente invade competência prevista na Constituição para a União. É que, se a lei estadual estivesse usurpando competência da União para editar normas de caráter geral, ela ofenderia diretamente o texto constitucional, e não, como invocado pela Assembleia catarinense, dispositivo específico de Lei federal; *in casu*, a Lei nº 9.394/1996. O embate é, *pour cause*, direto com artigo do texto fundamental. Nesse sentido, aponto os seguintes precedentes:

EMENTA. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 4.353, de 1º de julho de 2009, do Distrito Federal, que admite o comércio de artigos de conveniência em farmácias e drogarias. Preliminar. Ausência de ofensa reflexa à Constituição. Mérito. Ausência de usurpação da competência da União e de afronta ao direito à saúde. Improcedência da ação. 1. **A possível invasão da competência legislativa da União envolve, diretamente, a confrontação da lei atacada com a Carta Republicana (art. 24, incisos V e XII, da Constituição Federal), não havendo que se falar nessas hipóteses em ofensa reflexa à Constituição.** (...) (ADI 4423, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 24/09/2014, DJe-225 de 14-11-2014)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 14.861/2005, DO ESTADO DO PARANÁ. INFORMAÇÃO QUANTO À PRESENÇA DE ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS EM ALIMENTOS E INGREDIENTES ALIMENTARES DESTINADOS AO CONSUMO HUMANO E ANIMAL. LEI FEDERAL 11.105/2005 E DECRETOS 4.680/2003 E 5.591/2005. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE PARA DISPOR SOBRE PRODUÇÃO, CONSUMO E PROTEÇÃO E DEFESA DA SAÚDE. (...) 1. Preliminar de ofensa reflexa afastada, uma vez que, a despeito da constatação, pelo Tribunal, da existência de normas federais tratando da mesma temática, está o exame na ação adstrito à eventual e direta ofensa, pela lei atacada, das regras constitucionais de repartição da competência legislativa. Precedente: ADI 2.535-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 21.11.03. (...).

(ADI 3645, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 31/05/2006, DJ 01-09-2006)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (....) COTEJO ENTRE LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL E LEI COMPLEMENTAR NACIONAL – INOCORRÊNCIA DE OFENSA MERAMENTE REFLEXA – A USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA, QUANDO

PRATICADA POR QUALQUER DAS PESSOAS ESTATAIS, QUALIFICA-SE COMO ATO DE TRANSGRESSÃO CONSTITUCIONAL. – A Constituição da República, nos casos de competência concorrente (CF, art. 24), estabeleceu verdadeira situação de condomínio legislativo entre a União Federal, os Estados-membros e o Distrito Federal (RAUL MACHADO HORTA, *Estudos de Direito Constitucional*, p. 366, item n. 2, 1995, Del Rey), daí resultando clara repartição vertical de competências normativas entre essas pessoas estatais, cabendo, à União, estabelecer normas gerais (CF, art. 24, § 1º), e, aos Estados-membros e ao Distrito Federal, exercer competência suplementar (CF, art. 24, § 2º). Doutrina. Precedentes. – Se é certo, de um lado, que, nas hipóteses referidas no art. 24 da Constituição, a União Federal não dispõe de poderes ilimitados que lhe permitam transpor o âmbito das normas gerais, para, assim, invadir, de modo inconstitucional, a esfera de competência normativa dos Estados-membros, não é menos exato, de outro, que o Estado-membro, em existindo normas gerais veiculadas em leis nacionais (como a Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública, consubstanciada na Lei Complementar nº 80/1994), não pode ultrapassar os limites da competência meramente suplementar, pois, se tal ocorrer, o diploma legislativo estadual incidirá, diretamente, no vício da inconstitucionalidade. **A edição, por determinado Estado-membro, de lei que contrarie, frontalmente, critérios mínimos legitimamente veiculados, em sede de normas gerais, pela União Federal ofende, de modo direto, o texto da Carta Política.** Precedentes. (...)

(ADI 2903, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/12/2005, DJe-177 DIVULG 18-09-2008 PUBLIC 19-09-2008 EMENT VOL-02333-01 PP-00064 RTJ VOL-00206-01 PP-00134)

Pelo exposto, rejeito a arguição de inadmissibilidade por ofensa reflexa ao texto constitucional.

Conheço da postulação e passo ao exame do mérito.

Mérito

Quanto ao mérito, razão não assiste à Confederação demandante.

Em matéria de educação, a competência da União e dos Estados é concorrente, nos moldes do que previsto no artigo 24, inciso IX, da Constituição da República:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

IX – educação, cultura, ensino e desporto;

Ao dissertar sobre o exercício das competências concorrentes previstas na Carta de 1988, o Ministro e professor Gilmar Mendes pontua:

“A Constituição Federal prevê, além de competências privativas, um condomínio legislativo, de que resultarão normas gerais a serem editadas pela União e normas específicas, a serem editadas pelos Estados-membros. O art. 24 da Lei Maior enumera as matérias submetidas a essa competência concorrente, incluindo uma boa variedade de matérias como o direito tributário e financeiro, previdenciário e urbanístico, conservação da natureza e proteção do meio ambiente (...)

A divisão de tarefas está contemplada nos parágrafos do art. 24, de onde se extrai que cabe à União editar normas gerais – i.e., normas não-exaustivas, leis-quadro, princípios amplos, que traçam um plano, sem descer a pormenores. Os Estados-membros e o Distrito Federal podem exercer, com relação às normas gerais, competência suplementar (art. 24, §2º), o que significa preencher claros, suprir lacunas”.

(MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva: 2008, p. 822)

Em consonância com as premissas teóricas firmadas linhas atrás, cumpre não inflacionar a compreensão das “normas gerais”, o que afastaria a autoridade normativa dos entes regionais e locais para tratar do tema. Assim é que, não havendo necessidade autoevidente de uniformidade nacional na disciplina da temática, proponho prestigiar a iniciativa local em matéria de competências legislativas concorrentes. O benefício da dúvida deve ser pró-autonomia dos Estados e Municípios.

Na hipótese dos autos, foi a própria União que colocou em xeque qualquer tentativa de caracterizar as regras impugnadas como normas gerais. Confira-se o seguinte trecho esclarecedor do parecer subscrito pela AGU:

“(...) o limite máximo de alunos em sala de aula é questão específica relativa à educação e ensino, que constitui, indubitavelmente,

interesse de cada ente da federação, pois envolve circunstâncias peculiares, tais como: o número de escolas colocadas à disposição da comunidade, a oferta de vagas para o ensino fundamental e médio, o quantitativo de crianças em idade escolar para o nível fundamental e médio, o número de professores em oferta na região, além de aspectos ligados ao desenvolvimento tecnológico nas áreas de educação e ensino. Não foi por outra razão que o Constituinte originário inseriu os temas educação e ensino no âmbito da competência concorrente”.

Tenho como suficiente este fundamento para – já aqui – rechaçar o pedido de declaração de inconstitucionalidade articulado na inicial, forte nas premissas teóricas sedimentadas anteriormente. Vale dizer: a simples leitura do art. 24 da Lei Maior voltada a “resgatar o princípio federativo”, para usar as palavras do Min. Ricardo Lewandowski, é bastante para sufragar a validade da lei catarinense.

Sem embargo, na hipótese dos autos, é possível ir além. Isso porque a sistemática normativa estadual é compatível também com a disciplina federal (infraconstitucional) sobre o tema, atualmente fixada pela Lei nº 9.394/1996, que estabelece “*as diretrizes e bases da educação nacional*”. Em seu artigo 25, a Lei federal deixa nítido espaço para atuação estadual e distrital na fixação da proporção professor/aluno dos sistemas de ensino. Confira-se a redação do dispositivo:

Art. 25. Será objetivo permanente das autoridades responsáveis alcançar relação adequada entre o número de alunos e o professor, a carga horária e as condições materiais do estabelecimento.

Parágrafo único. Cabe ao respectivo sistema de ensino, à vista das condições disponíveis e das características regionais e locais, estabelecer parâmetro para atendimento do disposto neste artigo.

A lei federal possibilita, assim, que o sistema estadual detalhe de que maneira a proporção entre alunos e professores deve se verificar no âmbito local. Sob o prisma *formal*, portanto, a Lei federal nº 9.394/1996 habilita a edição de comandos estaduais como aqueles previstos nas alíneas *a*, *b*, e *c* do inciso VII do artigo 82 da Lei Complementar nº 170/1998, do Estado de Santa Catarina.

Ademais, sob o ângulo *material*, a lei catarinense apresenta evidente diretriz de prudência ao tratar casos distintos de modo diferente. Assim é que cria uma proporção aluno/professor que se eleva à medida que os alunos se tornam mais maduros. À guisa de ilustração, no ensino fundamental o máximo de alunos é de 30 (trinta), enquanto que no ensino médio uma turma não pode ter mais de 40 (quarenta) alunos. Tudo isso lastreado em estudos técnicos do setor de educação, inclusive com a participação de órgãos federais, como reconhece a AGU:

“Assinale-se, finalmente, que o anteprojeto de Lei que deu origem à Lei Complementar nº 170, de 1998, no qual se insere o dispositivo questionado, foi elaborado por comissão constituída de diversas entidades de ensino, entre elas o Conselho Estadual de Educação, a Delegacia Regional do Ministério da Educação e a Universidade Federal de Santa Catarina (fl. 187). Portanto, com o envolvimento de órgãos federais.

Assim, evidencia-se que o dispositivo questionado na ação não se reveste da inconstitucionalidade alegada pela autora”.

É evidente, pois, que a Lei Complementar nº 170/1998 do Estado de Santa Catarina tão-somente esmiúça a lei-quadro editada pela União, não avançando sobre matéria de competência da entidade central ao disciplinar quantos alunos devem estar presentes em sala de aula.

Destaco que esta Corte tem, por seu turno, precedentes em que considera como legítima a atuação de Estado-membro no exercício da competência suplementar em matéria de educação.

Na ADI nº 1.399, de relatoria do Min. Maurício Corrêa, o Plenário desta Corte, em março de 2004, julgou improcedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade Lei nº 9.164/1995 do Estado de São Paulo que impôs a obrigatoriedade do ensino de educação artística em toda a rede pública, com carga horária definida em duas hora/aula semanais. Considerou a Corte que essa exigência se afeiçoava à competência concorrente do Estado para legislar sobre educação, cultura, ensino e desporto. Confira-se excerto do voto conduto do acórdão:

“Também não se poderia afastar da competência concorrente do Estado (CF, artigo 24, IX) a faculdade de dispor sobre o número de horas/aulas semanais em que tal ou qual matéria deverá ser ministrada. Esse rigor atentaria, de fato, contra a estrutura político-administrativa da República, que, conforme previsto na Constituição, supõe autonomia dos Estados-membros. Em idêntica trilha o que foi decidido no julgamento da ADIMC 1991, de que sou relator, DJ de 25/09/1999”.

(Trecho do Voto do Relator na ADI 1399, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 03/03/2004, DJ 11-06-2004)

Esta Corte também se pronunciou no sentido do exercício regular da competência em matéria de educação quando do julgamento, em 08 de março de 2007, da ADI nº 682, redator para o acórdão o Min. Joaquim Barbosa, que contém a seguinte ementa:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DO ESTADO DO PARANÁ 9.346/1990. MATRÍCULA ESCOLAR ANTECIPADA. ART. 24, IX E PARÁGRAFO 2º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA CONCORRENTE PARA LEGISLAR SOBRE EDUCAÇÃO. A Lei paranaense 9.346/1990, que faculta a matrícula escolar antecipada de crianças que venham a completar seis anos de idade até o final do ano letivo de matrícula, desde que preenchidos determinados requisitos, cuida de situação excepcional em relação ao que era estabelecido na lei federal sobre o tema à época de sua edição (Lei 5.692/1971 revogada pela Lei 9.394/1996, esta alterada pela Lei 11.274/2006). Atuação do Estado do Paraná no exercício da competência concorrente para legislar sobre educação. Ação direta julgada improcedente.

(ADI 682, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA (art. 38, IV, b, do RISTF), Tribunal Pleno, julgado em 08/03/2007)

No referido processo de controle concentrado, o Min. Nelson Jobim chegou a destacar o seguinte:

“De fato a Constituição confere aos Estados competência para suplementar a legislação da União sobre normas gerais (Art. 24, § 2º).

Basicamente é o que ocorre no caso concreto: o Estado do Paraná exerceu sua competência concorrente para legislar sobre educação (Art. 24, IX).

Conforme destacado pelo relator, a própria Lei Federal 5.692/1971 facultou aos Estados o exercício da competência legislativa concorrente (Art. 19, § 1º).

A lei paranaense não foi além do que autoriza a lei federal.

Não ultrapassou os limites da competência concorrente (art. 24, § 2º).

Entendo não haver inconstitucionalidade na norma impugnada”.

Em arremate, e para que sejam afastadas dúvidas quanto à necessidade de preservação dos dispositivos questionados, acrescento que, consoante noticiado pelo Governador do Estado de Santa Catarina nas fls. 121/122, a Lei catarinense vigora desde 1998 sem maiores traumas e resistências concretas profundas, além de ter sido fruto de ambiente de ampla participação da sociedade catarinense (fl. 187).

Ex positis, voto no sentido de julgar **improcedente** o pedido de declaração de inconstitucionalidade das alíneas *a*, *b*, e *c* do inciso VII do artigo 82 da Lei Complementar nº 170, de 07 de agosto de 1998, do Estado de Santa Catarina.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Senhora Presidente, eu ouvi com prazer e proveito o denso voto do eminente Ministro Luiz Fux, que pretendo acompanhar.

Eu tive alguma dúvida – não no tocante à competência ser do Estado, que essa não tive, e acho que o voto do Ministro Fux demonstra com clareza inequívoca que a hipótese era de competência concorrente e legitimamente exercida –, a minha dúvida era um pouco quanto ao vício de iniciativa, porque a lei resultou de iniciativa parlamentar. Eu verifico, no entanto, que a lei está em vigor desde 1998, e, embora a jurisprudência da Corte seja no sentido de que a sanção não convalida o vício, eu verifico que o Estado de Santa Catarina veio à tribuna para defender a lei, que, a meu ver, é uma lei de conteúdo extremamente positivo.

De modo que, à luz dessas circunstâncias, eu não vou me concentrar na questão do vício de iniciativa, que de resto ninguém invocou, e estou acompanhando integralmente o voto do Ministro Luiz Fux e louvando a atuação do eminente procurador do Estado.

VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Senhora Presidente, eu também gostaria de louvar o voto do Ministro Luiz Fux. Em primeiro lugar, pela atenção que está dando à necessidade de nós nos debruçarmos um pouco mais, com mais atenção sobre a necessidade de aprofundamento do princípio federativo, inclusive em matéria normativa. Parece-me que essa meditação a respeito é muito importante. Em segundo lugar, Sua Excelência demonstrou que, realmente, aqui, o Estado de Santa Catarina nada mais fez do que exercer legitimamente a sua competência concorrente.

Gostaria de destacar, Senhora Presidente, que o Estado de Santa Catarina tem uma longa tradição em matéria de qualidade de ensino. Isso orgulha muito a nós catarinenses. Registro isso publicamente. E não é por outra razão que, segundo os índices do IBGE de 2013, Santa Catarina é o Estado que tem o menor índice de analfabetismo do Brasil, entre todos os Estados brasileiros. Ademais, o Estado de Santa Catarina está em primeiro lugar no número de crianças entre seis e quatorze anos matriculadas, 99,2%. É essa preocupação com a qualidade de ensino que faz de Santa Catarina o Estado que está no *ranking* de qualidade de vida das Nações Unidas, entre os três primeiros Estados da Federação. E Florianópolis, a sua capital, o primeiro lugar.

Informo isso para reafirmar que esse esforço catarinense de melhorar a qualidade de ensino deve ser louvado e incentivado. Não se pode desestimular esse esforço por pressões de viés mercantilista, como parece ser o caso aqui.

De modo que o exemplo catarinense de aperfeiçoar o ensino está aqui demonstrado e deve ser cancelado por este Tribunal.

Acompanho o Relator.

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Senhora Presidente, eu também louvo o voto, como sempre bem lançado, do Ministro Fux, inclusive – e o faço expressamente – pelo reforço ao princípio federativo e com o norte das decisões que envolvem esse tema. Também louvo a sustentação oral e o voto do Min. Teori, eminente Ministro “barriga-verde” desta Corte, no que realça a beleza do ensino ministrado em Santa Catarina, e sua proficiência. O Rio Grande do Sul e Santa Catarina têm uma relação de irmandade muito próxima, como todos sabem.

Da mesma forma como os que me antecederam, acompanho na íntegra o voto do eminente Relator, reconhecendo o exercício legítimo da competência concorrente, definida na Constituição, pelo Estado de Santa Catarina quando disciplinou o número máximo de alunos em sala de aula nesses preceitos que foram impugnados. E o fez, destaque, com absoluta razoabilidade (quinze para o Jardim de Infância, depois trinta e quarenta alunos nas séries subsequentes).

Julgo, assim, improcedente o pedido deduzido na ação, Senhora Presidente.

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Senhora Presidente, também eu gostaria de cumprimentar o ministro Fux pelo brilhante voto proferido e pela preocupação de fazer uma avaliação positiva da competência do Estado nessas matérias da assim chamada competência concorrente.

Na verdade, nós vivemos um dilema, que Sua Excelência apontou. A partir do modelo federal e, às vezes, até da exaustão por parte da União, da legislação federal, nós acabamos por invadir essa competência estadual. Aí, há fenômenos, os mais variados, que permitem fazer a explicação. Leis orgânicas, várias; normas gerais, como estas, de ensino, acabam não se limitando à edição ou à prescrição de normas gerais, mas acabam por detalhar. No caso específico, essa situação não fica clara porque o dispositivo que é mencionado, o artigo nº 25 da Lei de Diretrizes e Bases, na verdade, não chega a estabelecer, no detalhe, o número. Pelo contrário, indica a necessidade de uma parametrização. Mas a gente sabe que as várias normas gerais – e mesmo na Lei de Diretrizes e Bases de Educação – nós temos debates sobre, por exemplo, número de horas de professores em sala de aula e fora dela. Em suma, disciplinando questões que, pareceriam óbvias, deveriam ser tratadas no âmbito da jurisdição local, da competência do Estado.

Então, a mim me parece que é importante que o Tribunal tente construir precedentes, como esses e outros, no sentido de assentar aquela ideia de que a adoção desse modelo de competência concorrente obriga a definição de normas gerais. E editar normas gerais não pode permitir a exaustão da matéria de que se cuida, sob pena de voltarmos – e parece que a gente acaba por mimetizar – ao modelo da Constituição de 67/69, da tal competência supletiva, em que a União poderia legislar exaustivamente e só nos vácuos poderia então...

Então, a mim me parece que essa é uma questão importante no debate federativo. O próprio professor Konrad Hesse, chamando atenção para o modelo alemão, dizia: legislar sobre normas gerais não pode permitir que a União use dessa competência de forma exaustiva. E tem de deixar competência substancial para o estado-membro. Mas, infelizmente, até são poucos os casos em que os estados-membros vêm até a esta Corte. E me lembro de um em que o governador Mário Covas, salvo engano, de São Paulo, questionava a Lei de Licitação, exatamente porque seriam normas gerais de licitação e acabou por exaurir todo o sistema.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Se Vossa Excelência me permite? Aqui, nós temos um outro fenômeno que vem em algumas das nossas ações. É que há leis nacionais e federais no mesmo diploma. Quer dizer, há normas gerais, que seriam as normas nacionais e, no mesmo diploma, que é o caso específico da 8.666, também uma parte que é federal. Numa parte, ela não é aplicável mesmo aos Estados e os Estados é que teriam que fazer. E, às vezes, os Estados...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Misturam.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – ...Ou acham que tudo seria aplicado a ele e não fazem essa distinção. Isso também contraria até a Lei Complementar nº 95, em que teria que ter essa especificidade. Acho que tudo isso vem no fluxo do que afirma o Ministro Luiz Fux. Quer dizer, essa questão da federação quanto à competência legislativa ainda não tem um veio único e consolidado, até na nossa jurisprudência que precisa mesmo ser reforçada.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – E a própria impugnação não se dá, também, de maneira a permitir que esta Corte faça as devidas distinções.

Por outro lado, o que eu percebo é que essa... Tanto é que a ação é proposta por uma confederação nacional de ensino, imagino, privada. Na verdade, eles se insurgem contra uma disciplina da legislação que afeta todo o sistema de ensino, no caso, no âmbito da unidade federada de Santa Catarina. Portanto, não haveria cogitar, sequer, de vício de iniciativa, não se cuida disso aqui. Pode ser matéria da competência ou de iniciativa mesmo da assembleia legislativa. Está se disciplinando apenas o sistema geral de ensino. E aqui não há, a meu ver, iniciativa privativa do Poder Executivo. Cuida-se, na verdade, de disciplina geral do sistema de ensino, impondo, no caso – inclusive é esse o argumento dos arguentes –, limites à utilização do espaço, do ambiente das salas de aula.

De modo que acho extremamente importante esse precedente não só pela matéria de fundo, mas pela tese que daqui resulta e pela necessidade realmente de que façamos uma leitura crítica – tal como propôs o ministro Fux – desta relação federativa ambígua. Sabemos que os próprios impulsos de corporações, por exemplo, muitas vezes vêm no sentido de que haja logo a definição de temas; vemos Lei Orgânica de Polícia, do Ministério Público, da Magistratura, em suma, de vários outros segmentos que acabam por definir detalhes como a cor da carteira funcional ou coisa do tipo, portanto, fugindo em muito do modelo de norma geral. E, de fato, como ressaltou agora o ministro Teori e o ministro Fux já tinha chamado a atenção, é preciso deixar esse espaço para que se façam experimentos institucionais baseados na vivência local e até como estímulo – citando o Sarmento – para que isso depois sirva de laboratório para expansão desses modelos, se for o caso. Mas é extremamente importante.

Então, parece-me, que nós fiquemos atentos a esses e outros casos que estão realmente no núcleo desta questão federativa. Esse mimetismo, essa reprodução do sistema federal, ou essa exaustão na legislação federal que acaba por coarctar a criatividade no âmbito estadual, eventualmente no âmbito municipal, parece altamente negativa.

Acompanho o Relator.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, o ideal seria a adoção dos termos da lei complementar impugnada em todo o território nacional. Mas ainda não se acordou para a necessidade de voltarem-se os olhos, como deveria ocorrer, à educação.

O que ocorreu no Estado de Santa Catarina? Tivemos o que posso rotular como um avanço cultural, ao dispor-se, para observância em todo o Estado, nos diversos municípios, sobre o sistema estadual de educação. Ao dispor-se sobre normas gerais. E, então, entre os diversos princípios estabelecidos no plano estadual de educação, houve o lançamento relativo ao número de alunos em sala de aula.

Indago: existiu invasão da competência normativa dos municípios? A resposta é negativa. A problemática diz respeito a todos os municípios, e avanço mais para assentar a todos os municípios desse imenso e continental Brasil.

Houve invasão da competência da União, que tarda a dispor, nesse diapasão, sobre a matéria? Não. Porque a própria Carta Federal, no artigo 23, inciso V – se não me falha a memória –, prevê a competência concorrente da União, dos Estados e Municípios, visando a proporcionar meios adequados à educação.

Tem-se o desprezo da razoabilidade no que versado que, quanto aos primeiros anos de vida, quanto à educação infantil, até quatro anos, o máximo de crianças por sala de aula será de quinze? Não. Não houve a quebra da razoabilidade. Ao contrário, não consigo perceber que uma professora – profissão já super sacrificada – consiga orientar e controlar um número maior do que quinze crianças em sala de aula.

E prossegue, Presidente, o preceito, prevendo que o número de crianças, nos dois primeiros anos de vida e até os seis anos, em sala de aula será de no máximo 25 crianças; no ensino fundamental, três dezenas – 30 crianças – chegando-se a 35 alunos até a quarta série ou ciclos iniciais.

Muito embora a minha turma de Direito, na Nacional, tivesse quase 300 alunos, evidentemente se está diante de contexto que serve, em termos de avanço cultural, como fiz questão de frisar – e tenho admiração enorme pelo Sul deste Brasil –, de exemplo à disciplina maior, à disciplina linear no território brasileiro.

Acompanho o ministro Luiz Fux. E, ao pegar a pauta, a relação dos casos que seriam apreciados nas duas sessões desta semana, para falar na Rádio Justiça, o que faço – não é propaganda nem minha, nem da Rádio Justiça – às segundas-feiras, às 9 horas da manhã, formei convencimento sobre o endosso do Diploma de Santa Catarina. Minhas homenagens ao Estado.

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Ministro Marco Aurélio, depois do comercial que o Ministro Teori fez de Santa Catarina, o de Vossa Excelência não teria nenhum problema tampouco.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Devo dizer que ainda não tenho o título de cidadão do referido Estado!

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Com muito orgulho, Excelência.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Com todo o gosto, não é, Ministro? Até porque Vossa Excelência, de todo jeito, tem mais de um Estado, uma vez que faz parte até mesmo de um Conselho no Rio Grande do Sul, não é isso? Torce no Rio Grande do Sul. É Catarinense, mas torce no Rio Grande do Sul. Então...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Também folgo, Presidente, e deve estar muito satisfeito certo ministro que honrou não só o Congresso Nacional, como também esta Casa, no que o Tribunal avança para dar sentido de realidade à Federação, reconhecendo, portanto, uma competência, limitada pelo texto da Carta Federal, aos Estados. Refiro-me ao ministro Célio Borja. Sempre votou por esse reconhecimento, plantando semente que começa a frutificar.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: *Acompanho, inteiramente, o excelente voto* proferido pelo eminente Ministro LUIZ FUX e, em consequência, **também julgo improcedente** a presente ação direta, **eis que não vislumbro qualquer eiva de inconstitucionalidade** que possa afetar a validade jurídica do diploma legislativo **impugnado** nesta sede de controle normativo abstrato.

Entendo que o voto do eminente Ministro LUIZ FUX *estimula reflexão necessária e essencial* ao processo de reconstrução, *ainda que por via jurisdicional, da ideia* de Federação em nosso país, **cabendo** ao Supremo Tribunal Federal, **no exercício legítimo** de sua jurisdição constitucional, *protagonizar* esse processo.

Desse modo, também partilho do entendimento **que vem de ser exposto**, *a propósito de tema tão sensível*, pelo eminente Ministro LUIZ FUX. **E, ao assim manifestar-me, apoio-me** em razões que igualmente expus, *no mesmo sentido, em alguns* processos de fiscalização concentrada de constitucionalidade, **a respeito da questão do federalismo** no modelo político-jurídico **consagrado** pela Constituição da República (ADI 507/AM, Rel. Min. CELSO DE MELLO – ADI 2.995/PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

É o meu voto.

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÂRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Também eu inicio por cumprimentar o voto, já tantas vezes elogiado de maneira extremamente válida e coerente, do Ministro-Relator. Compartilho das preocupações de todos os Ministros no sentido de ser extremamente necessário que o Supremo Tribunal Federal seja o juiz constitucional da Federação no sentido até mesmo de dar a interpretação que seja mais coerente com os princípios que são fixados pela Constituição.

Também acho que é verdadeira essa experiência, que foi lembrada aqui tantas vezes, e agora pelo Ministro Celso de Mello, de que há uma tendência de que, nas constituintes, um dos temas chaves seja exatamente como retomar a Federação desde 1934, uma vez que ela tinha sido estabelecida em 1891. Num primeiro momento as competências dos Estados eram muitas a tal ponto que Rui Barbosa escreveu:

“Ontem, de Federação não tínhamos nada. Hoje, não há Federação que nos baste.”

Talvez, se Rui vivesse hoje, iria dizer ao contrário: Ontem – era o contrário –, de unitarismo não tínhamos nada. Hoje, parece que não há unitarismo que nos baste.

E há uma tendência permanente. Na Constituinte de 1946, o Ministro Victor Nunes afirmava que a questão não era discutir a autonomia, mas a falta de autonomia e por que se chegava a ela a partir de textos constitucionais que garantiam esse espaço de atuação autônoma que acabava, na prática, sendo conduzida no sentido oposto, sendo praticada no sentido oposto.

Então, temo que, cada vez mais, isso aconteça. E acontece de uma forma muito subliminar – não é, Ministro Celso? – porque, muitas vezes, como o Ministro Gilmar lembrou, no caso da Lei de Licitações, a competência é entregue aos Estados. Os Estados têm as suas leis de licitações que, muitas vezes, apenas repetem sem

exercer, inclusive, a autonomia, tal a prática contumaz de se ter questionamentos quando se inova de alguma forma, como se tem neste caso de Santa Catarina.

Considero essa reflexão, que é feita a partir dos princípios e dos fundamentos do voto do Ministro-Relator, da maior importância e da maior significação. Voltemos a isso para evitar que essa tendência histórica acabe por frustrar as entidades federadas no exercício de suas competências.

Também eu julgo improcedente a ação, considerando hígidos e legítimos constitucionalmente os dispositivos questionados.

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.060

PROCED.: SANTA CATARINA

RELATOR: MIN. LUIZ FUX

REQTE.(S): CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS ESTABELECIMENTOS DE ENSINO – CONFENEM

ADV.(A/S): ORIDIO MENDES DOMINGOS JUNIOR

INTDO.(A/S): GOVERNADOR DO ESTADO DE SANTA CATARINA

INTDO.(A/S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgou improcedente a ação direta. Ausentes, justificadamente, o Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente), em viagem a Londres, Inglaterra, para participar do *Global Law Summit*, em comemoração aos 800 anos da *Magna Charta*, e o Ministro Dias Toffoli, participando do Congresso Internacional *Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Garantía de los Derechos Humanos*, realizado em Barcelona, Espanha. Falou, pelo Governador do Estado de Santa Catarina, o Dr. Sérgio Laguna Pereira, Procurador do Estado. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia (Vice-Presidente). Plenário, 25.02.2015.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia (Vice-Presidente). Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Roberto Barroso.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros. p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte Assessora-Chefe do Plenário

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 600.063 – SÃO PAULO

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. ROBERTO BARROSO

RECTE.(S): JOSÉ BENEDITO COUTO FILHO

ADV.(A/S): MARCO ANTONIO QUEIROZ MOREIRA

RECD.(A/S): SEBASTIÃO CARLOS RIBEIRO DAS NEVES

ADV.(A/S): AILTON CARLOS PONTES E OUTRO(A/S)

EMENTA

CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INVIOABILIDADE CIVIL DAS OPINIÕES, PALAVRAS E VOTOS DE VEREADORES. PROTEÇÃO ADICIONAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO. AFASTAMENTO DA REPRIMENDA JUDICIAL POR OFENSAS MANIFESTADAS NO EXERCÍCIO DO MANDATO E NA CIRCUNSCRIÇÃO DO MUNICÍPIO. PROVIMENTO DO RECURSO.

1. Vereador que, em sessão da Câmara, teria se manifestado de forma a ofender ex-vereador, afirmando que este *"apoiou a corrupção [...], a ladroeira, [...] a sem-vergonhice"*, sendo pessoa sem dignidade e sem moral.

2. Observância, no caso, dos limites previstos no art. 29, VIII, da Constituição: manifestação proferida no exercício do mandato e na circunscrição do Município.

3. A interpretação da locução *"no exercício do mandato"* deve prestigiar as diferentes vertentes da atuação parlamentar, dentre as quais se destaca a fiscalização dos outros Poderes e o debate político.

4. Embora indesejáveis, as ofensas pessoais proferidas no âmbito da discussão política, respeitados os limites trazidos pela própria Constituição, não são passíveis de reprimenda judicial. Imunidade que se caracteriza como proteção adicional à liberdade de expressão, visando a assegurar a fluência do debate público e, em última análise, a própria democracia.

5. A ausência de controle judicial não imuniza completamente as manifestações dos parlamentares, que podem ser repreendidas pelo Legislativo.

6. Provimento do recurso, com fixação, em repercussão geral, da seguinte tese: nos limites da circunscrição do Município e havendo pertinência com o exercício do mandato, os vereadores são imunes judicialmente por suas palavras, opiniões e votos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência da Ministra Cármen Lúcia (Vice-Presidente), na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, decidindo o tema 469 da repercussão geral, em dar provimento ao recurso extraordinário, assentando-se a tese de que, nos limites da circunscrição do município e havendo pertinência com o exercício do mandato, garante-se a imunidade ao vereador, vencido o Ministro Marco Aurélio (Relator). Redigirá o acórdão o Ministro Luís Roberto Barroso. Ausentes, justificadamente, os Ministros Ricardo Lewandowski (Presidente) e Dias Toffoli.

MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – REDATOR P/ O ACÓRDÃO

Brasília, 25 de fevereiro de 2015.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O processo revela ação ordinária por meio da qual se busca indenização por danos morais decorrentes de pronunciamento realizado por vereador no âmbito da Câmara Municipal.

De acordo com a inicial, as supostas ofensas teriam o seguinte teor:

“Eu fico admirado, Vereadora, da senhora, da nobre colega, apresentar aqui esse ofício dessa pessoa; podia ser de qualquer um, qualquer uma outra pessoa que tem o direito, mas não dessa pessoa que apoiou a ladroeira, que apoiou a sem-vergonhice, que apoiou a corrupção até o último minuto...

Que moral essa pessoa tem(...)? Nenhuma. Sinto muito mas nenhuma. Não tem moral.

É bastante desagradável a gente ter que subir aqui e falar isso aí porque eu vou dizer a vocês: esse nome, Sebastião Carlos Ribeiro das Neves, não era para entrar nesta Casa mais.

Nós não podia (sic) falar no nome dessa pessoa porque ele não tem dignidade, ele não tem moral... Esse homem não tem moral porque o que o outro roubou, o que outro fez pra Tremembé com o apoio desse cidadão.

(...) eu peço a todos os vereadores que não vão falar o nome desse homem aqui dentro dessa Casa porque é triste, é muito triste.

Ele é um cidadão nascido aqui em Tremembé, só que é um cidadão que ajudou a destruir Tremembé e Tremembé não precisa dessas pessoas.

Essa pessoa ajudou aquele corrupto que foi cassado.”

Por meio da sentença de folha 118 a 122, julgou-se improcedente o pedido formulado, ante a imunidade conferida aos vereadores pelo artigo 29, inciso VIII, da Constituição Federal.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em julgamento de apelação, entendeu não estarem protegidas pela imunidade parlamentar prevista no mencionado preceito as palavras proferidas por agente político quando, no exercício do mandato, extrapolam os limites do bom senso e ofendem a honra de outrem. Consignou que, existindo prova do fato, do dano e do nexo causal, cabível a condenação por danos morais.

Eis a ementa do acórdão (folha 144):

DANO MORAL – Indenização – Ofensas proferidas em sessão da Câmara de Vereadores – Improcedência – Insurgência do autor Vereador que pretende se socorrer da imunidade parlamentar contida no art. 29, VIII, da CF – Impossibilidade – Impropérios totalmente dissociados da atividade parlamentar – Ilícito civil configurado – Reparação devida – Redução do quantum pretendido – Fixação em 100 salários mínimos – Recurso parcialmente provido.

Não houve a interposição de embargos de declaração.

No extraordinário, protocolado com base na alínea “a” do permissivo constitucional, o recorrente argui a transgressão do artigo 29, inciso VIII, da Carta da República. Sustenta estar a própria conduta protegida pela garantia da liberdade de expressão e da inviolabilidade material ou absoluta. Assevera ter atuado na tribuna, no exercício da atividade parlamentar. Afirma que, diante dessa situação, descabe o argumento de violação a norma jurídica de qualquer espécie. Cita como precedentes os Recursos Extraordinários nº 210.917/RJ e 220.687/MG, relatados pelos ministros Sepúlveda Pertence e Carlos Velloso, respectivamente. Anota aplicar-se o mencionado dispositivo constitucional à responsabilidade civil, não se configurando ilícito o exercício regular de um direito.

Quanto à repercussão geral, diz da importância da questão por envolver garantia parlamentar. Argumenta que a manutenção da decisão do Tribunal de origem colocará em risco a própria atividade legislativa.

O recorrido, em contrarrazões, aponta o acerto do ato impugnado. Ressalta referir-se a inviolabilidade a opiniões, palavras e votos de conteúdo político, jurídico, social ou econômico, e não de ordem pessoal, como seria o caso. Frisa encontrar a aludida garantia limite nos direitos da personalidade, conforme o artigo 5º, inciso X, do Diploma Maior.

O extraordinário foi admitido na origem. Em 25 de agosto de 2011, o Tribunal, por meio do chamado “Plenário Virtual”, reconheceu a repercussão geral da matéria versada no recurso.

O Procurador-Geral da República, no parecer de folha 188 a 192, opina pelo provimento do extraordinário. Destaca que a manifestação do recorrente está no âmbito da imunidade parlamentar prevista no artigo 29, inciso VIII, da Carta da República, sendo insuscetível de responsabilização penal ou civil.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR):

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – JULGAMENTO. O recurso extraordinário é julgado a partir das premissas fáticas constantes do acórdão impugnado, sendo impossível o revolvimento da prova.

IMUNIDADE – VEREADOR – ALCANCE DO ARTIGO 29, INCISO VIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. A imunidade dos vereadores pressupõe elo entre o que veiculado e o exercício do mandato, devendo ser examinada de forma estrita. Evolução da jurisprudência do Tribunal, abandonado o caráter absoluto.

Na interposição deste extraordinário, observaram-se os pressupostos de recorribilidade. A peça, subscrita por profissional da advocacia regularmente constituído (folha 34), foi protocolada no prazo legal. À folha 155, consta a guia de recolhimento do preparo. Conheço.

A premissa básica adotada pelo Tribunal de Justiça foi no sentido de excluir do âmbito de incidência da inviolabilidade dos Vereadores manifestações ofensivas à honra quando dissociadas da atividade parlamentar. Confirmam à folha 145.

O cerne da controvérsia está em definir a natureza, se absoluta ou relativa, da inviolabilidade, conferida, pelo inciso VIII do artigo 29 da Carta da República, aos parlamentares municipais no caso de atos praticados no interior da Casa Legislativa. Transcrevo o dispositivo constitucional para registro:

Artigo 29, VIII – inviolabilidade dos Vereadores por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município.

As imunidades, como se sabe, são prerrogativas outorgadas aos parlamentares com o objetivo de assegurar ampla independência e liberdade de ação para o exercício do mandato representativo. Não constituem espécie de benefício pessoal conferido a senadores, deputados e vereadores para a satisfação de interesses privados, mas prerrogativas decorrentes do interesse público no bom desempenho do ofício parlamentar. Esta garantia funcional, de caráter irrenunciável, protege os membros do Legislativo contra eventuais abusos e impede fiquem vulneráveis à pressão dos demais poderes. Trata-se, portanto, de um instituto muito caro num Estado Democrático de Direito, por viabilizar a atuação espontânea, equidistante dos detentores de mandatos políticos.

A inviolabilidade é espécie de imunidade, a de caráter material, que exclui a responsabilidade dos parlamentares pelas opiniões, palavras e votos proferidos no exercício do mandato ou em razão deste. De maneira inovadora, a Constituição de 1988 também a assegurou, muito embora de forma mitigada, aos Vereadores. Digo mitigada porque relativa a opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município.

Tenho o alcance desta como a afastar não apenas a responsabilidade penal, mas também a cível. Consoante afirmado anteriormente, na maioria das vezes, principalmente em se tratando de crimes contra a honra, a parte mais sensível é o bolso e, se não se concluir dessa forma, pela abrangência da inviolabilidade, a ponto de apanhar não só a matéria criminal como também a cível, teremos, com a abertura dessa via, a inibição do parlamentar quanto à atividade desenvolvida, deixando, assim, de preservar a espontaneidade que se aguarda quando do exercício do mandato.

Cumpra saber se, em caso de manifestações ocorridas dentro da Casa Legislativa, a inviolabilidade mostra-se absoluta. O tema não é novo, tendo sido enfrentado em diferentes oportunidades neste Tribunal.

No primeiro momento, o Pleno conferiu ao dispositivo garantidor da inviolabilidade dos Vereadores a mesma interpretação dada ao artigo 53, ou seja, fixou o entendimento de que as manifestações orais ou escritas produzidas dentro do recinto legislativo gozavam de imunidade material absoluta. Na ocasião, fiquei vencido. A ementa do acórdão formalizado no Recurso Extraordinário n. 140.867/MS, julgado em 3 de junho de 1996, sob a relatoria do ministro Maurício Corrêa, foi assim confeccionada:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. VEREADOR. INVOLABILIDADE POR SUAS MANIFESTAÇÕES NO EXERCÍCIO DO MANDATO E NA CIRCUNSCRIÇÃO DO MUNICÍPIO. IMUNIDADE MATERIAL ABSOLUTA. INTERPRETAÇÃO DO INCISO VI DO ARTIGO 29 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Parlamentar. Inviolabilidade por suas opiniões, palavras e votos. Imunidade de ordem material. Garantia constitucional que obsta sua submissão a processo penal por atos

que se caracterizam como delitos contra a honra, em decorrência de manifestações havidas no exercício das funções inerentes ao mandato e nos limites da circunscrição do Município que representa. 2. Excessos cometidos pelo vereador em suas opiniões, palavras e votos, no âmbito do município e no exercício do mandato. Questão a ser submetida à Casa Legislativa, nos termos das disposições regimentais. Recurso extraordinário conhecido e provido.

Posteriormente, verificou-se a evolução da jurisprudência deste Tribunal, que passou a exigir o nexo de implicação recíproca entre as manifestações e a atividade parlamentar, de modo que a imunidade material dos Vereadores ficou delimitada às palavras e opiniões relacionadas ao exercício do cargo e no interesse do Município. Nesse sentido, a orientação adotada por ambas as Turmas:

Recurso extraordinário. Imunidade material de vereador. Artigo 29, VIII, da Constituição. Esta Corte já firmou o entendimento de que a imunidade concedida aos vereadores pelo artigo 29, VIII, da Constituição por suas opiniões, palavras e votos diz respeito a pronunciamentos que estejam diretamente relacionados com o exercício de seu mandato, ainda que ocorram, dentro ou fora do recinto da Câmara dos Vereadores, inclusive em entrevistas à imprensa, desde que na circunscrição do Município (assim, HC 74201 e HC 81730). No caso, há o nexo direto entre a manifestação à imprensa e o exercício do mandato de vereador a impor o reconhecimento da imunidade constitucional em causa. Recurso extraordinário conhecido e provido. (Recurso Extraordinário nº 354.987/SP, relator ministro Moreira Alves, julgamento em 25 de março de 2003, Primeira Turma.)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DANOS MORAIS. VEREADOR. IMUNIDADE MATERIAL. ARTIGO 29, INCISO VIII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LIMITES NA PERTINÊNCIA COM O MANDATO E INTERESSE MUNICIPAL. SÚMULA N. 279 DO STF. PRECEDENTES. 1. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento de que a imunidade material concedida aos vereadores sobre suas opiniões, palavras e votos não é absoluta, e é limitada ao exercício do mandato parlamentar sendo respeitada a pertinência com o cargo e o interesse municipal. 2. Reexame de fatos e provas. Inviabilidade do recurso extraordinário. Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental a que se nega provimento. (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 583.559, relator ministro Eros Grau, julgamento em 10 de junho de 2008, Segunda Turma.)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. VEREADOR. IMUNIDADE MATERIAL. AUSÊNCIA DE PERTINÊNCIA ENTRE O PRONUNCIAMENTO E O EXERCÍCIO DA VEREANÇA. DANOS MORAIS COMPROVADOS. INDENIZAÇÃO. REEXAME DE PROVAS SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (Agravos Regimentais no Recurso Extraordinário nº 526.441, relatora ministra Cármen Lúcia, julgamento em 19 de março de 2013, Segunda Turma.)

Para a tutela jurídico-constitucional, há de perquirir-se, portanto, a correlação entre as manifestações e o desempenho do mandato, independentemente do local que venham a ocorrer. Estabelecida em prol da instituição parlamentar, a garantia não pode ser interpretada em sentido que a converta em odioso privilégio pessoal.

A inviolabilidade, como já destacado, visa garantir a independência dos membros do parlamento para permitir o bom exercício da função e proteger a integridade do processo legislativo. Se, por um lado, esta prerrogativa deve ser assegurada para possibilitar a ampla liberdade de expressão do parlamentar, por outro, não pode transformar-se em anteparo para práticas abusivas, excessos ou ofensas contra a honra alheia. A subordinação ao exercício do mandato impõe o acatamento ao caráter teleológico da inviolabilidade, o qual “deve estar sempre presente no espírito do intérprete ou do aplicador das imunidades aos casos concretos.” (HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*, 5. ed., Belo Horizonte: Del Rey, p. 564). Como já tive a oportunidade de consignar, a cláusula não confere aos legisladores um *bill* de indenidade. Em cada situação, devem ser sopesadas as circunstâncias fáticas, tendo-se sempre presente o elo entre o mandato e o ato praticado pelo parlamentar. Aí surge a pertinência temática.

Correta, portanto, a orientação adotada pelo Tribunal de Justiça.

Verifico que a decisão ora contestada tem contornos fáticos próprios e que não podem ser substituídos à mercê de alegação do recorrente de que a atuação da tribuna se fez em defesa dos interesses do Município. Impossível é julgar o recurso extraordinário com base em fatos jurígenos estranhos ao pronunciamento atacado. Ante as premissas fáticas constantes do acórdão impugnado, não se tem o caso como passível de enquadramento na regra atinente à inviolabilidade dos vereadores, porque limitada a opiniões, palavras e votos que sejam proferidos no exercício do mandato. De acordo com a verdade formal elucidada na origem, as críticas não se circunscrevem à atividade parlamentar.

Por considerar que a inviolabilidade dos Vereadores exige a correlação entre as manifestações e o desempenho do mandato, tenho como não configurada violência ao artigo 29, inciso VIII, da Lei Básica Federal, razão por que desprovejo este recurso extraordinário. É como voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Senhora Presidente, eu vou pedir todas as vênias ao eminente Ministro Marco Aurélio para votar em sentido divergente. Eu verifico que as referidas ofensas – e, aqui, gostaria de fazer uma observação desde logo: eu acho lamentável o tipo de debate público no qual, em lugar de focar no argumento, o interlocutor procura desqualificar moralmente o adversário; portanto, a crítica moral, por assim dizer, eu certamente faria – mas verifico, Presidente, que as ofensas foram proferidas durante a sessão da Câmara dos Vereadores após o ora recorrente ter tomado ciência de que o recorrido havia apresentado representação no Ministério Público contra o então Prefeito de Tremembé e solicitado que tal representação fosse lida na Câmara.

De modo que eu considero imprópria, como tenha sido a reação no tom e no vocabulário, que foi tipicamente no exercício do mandato, no sentido de que foi uma reação a uma atitude jurídico política de representação ao Ministério Público contra o Prefeito.

O artigo nº 29, inciso VIII, da Constituição, tem a seguinte dicção, de que se asseguram a “inviolabilidade dos Vereadores por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município.” Foi certamente na circunscrição do Município, porque foi dentro da Câmara. E acho que foi no exercício do mandato, porque motivado por uma questão política municipal de representação contra o prefeito formulada junto ao Ministério Público. De modo que, sem endossar o conteúdo, e lamentando que o debate público, muitas vezes, descambe para essa desqualificação pessoal, sou convencido, no entanto, de que se aplica aqui a imunidade material que a Constituição assegura aos vereadores. Assim, com todas as vênias, divirjo do Relator e dou provimento ao extraordinário.

ADITAMENTO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO:

1. Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP) que condenou o ora recorrente ao pagamento de R\$ 45.000,00, a título de danos morais por ofensas manifestadas enquanto vereador de Tremembé a ex-vereador do mesmo Município.

2. As referidas ofensas foram proferidas durante sessão da Câmara dos Vereadores, após o ora recorrente ter tomado ciência de que o recorrido havia apresentado representação no Ministério Público contra o então prefeito de Tremembé e solicitado que tal representação fosse lida na Câmara. Na ocasião, o recorrente afirmou que o ex-vereador não teria dignidade nem moral “*para falar alguma coisa dessa Administração*”, uma vez que seria ligado ao ex-prefeito, cassado, e teria apoiado a “*ladroeira*”, a “*sem-vergonhice*” e a “*corrupção*”.

3. O TJ/SP entendeu que as críticas proferidas pelo recorrente *“ultrapassam o limite do bom senso, não se circunscrevendo à atividade parlamentar, apresentado deplorável abusividade”*.

4. Vê-se, assim, que a controvérsia colocada nos autos diz respeito ao art. 29, VIII, da Constituição, que estabelece a *“inviolabilidade dos Vereadores por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município”*.

5. Esclareço, já de início, que não vislumbro diferença qualitativa entre a inviolabilidade civil conferida aos vereadores pelo citado art. 29, VIII, da CF, e a imunidade material, também civil, outorgada a deputados estaduais e federais e a senadores pelos arts. 27, §1º, e 53 da Carta[1]. A distinção havida entre essas garantias é de outra natureza, decorre dos diferentes âmbitos de atuação política em que inseridos os parlamentares das três esferas federativas.

6. Não há, em outras palavras, diferença quanto à intensidade de proteção, mas tão somente quanto ao alcance geográfico[2] e temático, por assim dizer, aplicável em cada caso. Portanto, quando se afirma, como esta Corte já fez[3], que a imunidade dos vereadores não é absoluta, em oposição à dos congressistas federais, quer-se somente enfatizar que, em virtude do âmbito diferenciado dos mandatos, a primeira tem alcance (horizontal) menor do que a segunda, que, nesse sentido, é a mais ampla possível. Não se extrai daí que a inviolabilidade dos vereadores seja menos profunda (alcance vertical) do que a dos parlamentares estaduais e federais. Tanto que, também na jurisprudência desta Corte, encontramos referência à tutela das opiniões, palavras e votos dos vereadores como *“absoluta”*[4], equiparável à de deputados e senadores[5].

7. Desse modo, até para evitarmos confusões terminológicas, talvez o ideal seja não tratar qualquer das garantias em apreço como absoluta, uma vez que a todas se aplicam os limites implícita ou explicitamente previstos na Constituição em nome do princípio republicano. Com efeito, nem mesmo um parlamentar federal possui guarida constitucional para, por exemplo, em briga de trânsito, sem qualquer conexão com seu mandato, ofender alguém e restar, ainda assim, imune à responsabilização judicial, civil ou criminal[6].

8. Feito esse esclarecimento, passo a analisar se, no caso em exame, as inquestionáveis ofensas que o recorrente manifestou estão ou não protegidas pela inviolabilidade prevista no art. 29, VIII, da CF. Verifico, para tanto, se tais ofensas se deram no exercício do mandato e na circunscrição municipal.

9. Conforme relatado, a manifestação do recorrente foi proferida da tribuna da Câmara dos Vereadores, durante sessão legislativa. Isso, por si só, evidencia o cumprimento do limite geográfico acima mencionado e faz presumir a observância do requisito de correlação com o exercício do mandato. Tal presunção – cuja natureza não se faz preciso avaliar no caso[7] – é confirmada pela análise da matéria debatida na ocasião. Como visto, o recorrente ofendeu ex-vereador após este ter solicitado a leitura, durante a sessão, de representação criminal apresentada ao Ministério Público contra o então Prefeito de Tremembé.

10. Não há dúvidas de que o pedido de leitura de tal representação criminal, ainda mais tendo sido formulado por ex-vereador, dá ensejo a um debate político sobre as supostas irregularidades praticadas pelo Prefeito. O recorrente, ao se opor à medida, estava participando, portanto, de uma discussão de cunho eminentemente político, relacionada à probidade do chefe do Executivo do Município que representa.

11. Vale lembrar que as funções parlamentares abrangem, além da elaboração de leis, a fiscalização dos outros Poderes e, de modo ainda mais amplo, o debate de ideias, fundamental para o desenvolvimento da democracia.

12. Naturalmente, o ideal seria que tais funções fossem exercidas sem ofensas pessoais, centrando-se nos fatos e argumentos expostos, e não em seus interlocutores. Contudo, mesmo quando tal não ocorre, quis a Constituição proteger os parlamentares da reprimenda judicial[8]. Isso para evitar que a ameaça de perseguição cível e penal gerasse um efeito resfriador de seus discursos (*chilling effect*)[9] e, conseqüentemente, prejudicasse a livre exposição de pensamentos na esfera legislativa, vocacionada que é ao debate público. O que se tutelou, convém frisar, foi a própria democracia.

13. É fundamental, portanto, perceber que a imunidade material dos parlamentares confere às suas manifestações relacionadas ao exercício do respectivo mandato proteção adicional à liberdade de expressão. Considerar essas manifestações passíveis de responsabilização judicial quando acarretam ofensa a alguém – como feito pelo tribunal de origem – é esvaziar por completo o “acréscimo” de proteção que constitui a essência da imunidade constitucional. Afinal, para as manifestações não ofensivas dos parlamentares, a rigor, o direito fundamental à liberdade de expressão basta.

14. Ressalto, para finalizar, que reconhecer à imunidade parlamentar o sentido e o alcance acima expostos não exime, por completo, as opiniões, palavras e votos dos parlamentares proferidos no exercício do mandato. Isso porque a própria Constituição, que os imunizou da responsabilização judicial, previu, expressamente, a possibilidade de sua responsabilização política.

15. O art. 55 da CF/1988, aplicável, com as devidas adaptações, às demais esferas do Legislativo, estabelece a perda do mandato do deputado ou senador que não observar o decoro parlamentar. E o § 1º do referido preceito caracteriza, expressamente, o abuso das prerrogativas parlamentares como quebra do decoro, evidenciando a abertura, sempre existente, para a responsabilização política.

16. Esta Corte, por mais de uma vez, destacou esse ponto, valendo transcrever, em conclusão, os seguintes precedentes:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. VEREADOR. INVOLABILIDADE POR SUAS MANIFESTAÇÕES NO EXERCÍCIO DO MANDATO E NA CIRCUNSCRIÇÃO DO MUNICÍPIO. IMUNIDADE MATERIAL

ABSOLUTA. INTERPRETAÇÃO DO INCISO VI DO ARTIGO 29 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. Parlamentar. Inviolabilidade por suas opiniões, palavras e votos. Imunidade de ordem material. Garantia constitucional que obsta sua submissão a processo penal por atos que se caracterizam como delitos contra a honra, em decorrência de manifestações havidas no exercício das funções inerentes ao mandato e nos limites da circunscrição do Município que representa.

2. Excessos cometidos pelo vereador em suas opiniões, palavras e votos, no âmbito do município e no exercício do mandato. Questão a ser submetida à Casa Legislativa, nos termos das disposições regimentais.

Recurso extraordinário conhecido e provido.” (RE 140.867, Plenário, Rel. para acórdão o Ministro Maurício Corrêa, DJ 04.05.2011)

“VEREADOR. IMUNIDADE PARLAMENTAR EM SENTIDO MATERIAL: INVOLABILIDADE (CF, art. 29, VIII). DISCURSO PROFERIDO POR VEREADOR NA TRIBUNA DA CÂMARA MUNICIPAL À QUAL SE ACHA VINCULADO. IMPOSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL E CIVIL DO MEMBRO DO PODER LEGISLATIVO DO MUNICÍPIO. PRESSUPOSTOS DE INCIDÊNCIA DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DA IMUNIDADE PARLAMENTAR. PRÁTICA ‘IN OFFICIO’ E PRÁTICA ‘PROPTER OFFICIUM’. RECURSO IMPROVIDO.

[...] Se o membro do Poder Legislativo, não obstante amparado pela imunidade parlamentar material, incidir em abuso dessa prerrogativa constitucional, expor-se-á à jurisdição censória da própria Casa legislativa a que pertence (CF, art. 55, § 1º).” (AI 631.276, decisão monocrática, Rel. Min. Celso de Mello)

17. Ante o exposto, voto pelo provimento do recurso extraordinário, fixando, como tese em repercussão geral, que, **nos limites da circunscrição do Município e havendo pertinência com o exercício do mandato, os vereadores são imunes judicialmente por suas palavras, opiniões e votos.**

[1] Nem sempre foi assim na história brasileira. Até a Constituição de 1988, como se sabe, os Municípios não integravam, expressamente, a federação, embora já possuíssem, desde a Constituição de 1946, uma série de predicados capazes, ao menos em tese, de lhes conferir certo grau de autonomia. Em vista disso, havia grande controvérsia jurídica quanto à aplicabilidade da imunidade parlamentar aos vereadores. O STF chegou a decidir contrariamente a essa extensão algumas vezes. Confira-se, como exemplo nesse sentido, o HC 35041, Plenário, Rel. Min. Ribeiro Costa, DJ 14.11.1957.

[2] É de se notar que a limitação geográfica nada mais é do que uma forma de expressão da limitação atinente ao mandato exercido em cada caso. Pressupõe-se que o mandato de vereador se exerce no Município; o de deputados estaduais, no Estado; e o de deputados federais e senadores, em todo o território nacional. Poderíamos questionar se essa é uma presunção absoluta ou relativa: um vereador que vá a Brasília para pleitear, junto ao governo federal, algo em nome de seu Município, não teria as palavras e opiniões que expressar a ocasião protegidas pela imunidade? Essa é, todavia, uma discussão que não se põe no presente caso e que, portanto, não aprofundarei neste voto. Comento-a apenas para ressaltar que a restrição geográfica, indicada expressamente no art. 29, VIII, da Carta, deve ser vista como uma manifestação da limitação central que se impõe quanto à imunidade de todo e qualquer membro do Legislativo – de todas as esferas da federação –, atinente ao exercício do mandato.

[3] Cf. AI 698.921-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 14.08.2009; RE 583.559-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Eros Grau, DJ 27.06.2008.

[4] Cf. RE 140867, Plenário, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 04.05.2001.

[5] Cf. RE 405386, Plenário, Rel. para acórdão Min. Teori Zavascki, DJ 26.03.2013.

[6] Cf. Inq. 3438, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJ 10.02.2015; Inq. 3672, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJ 21.11.2014; Inq. 3777 AgR, Primeira Turma, sob minha relatoria, DJ 10.06.2014; Inq. 3677, Plenário, Rel. para acórdão Min. Teori Zavascki, DJ 30.10.2014; Inq. 2915, Plenário, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 31.05.2013; Inq. 2332-AgR, Plenário, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 01.03.2001; entre outros.

[7] Há diversos precedentes da Corte que consideram tal presunção absoluta, de modo que as manifestações proferidas no interior da Casa Legislativa seriam, sempre, consideradas pertinentes ao mandato, não cabendo ao Judiciário avaliar seu objeto. Veja-se: Inq. 3814, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJ 21.10.2014; RE 576.074-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 21.05.2011; AI 350.280-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 31.03.2011.

[8] Cabe notar que a inviolabilidade ou imunidade material de parlamentares não é uma peculiaridade da Constituição brasileira de 1988, sendo, ao contrário, uma garantia tradicional de regimes democráticos, adotada, dentre outros, nas atuais Constituições norte-americana (art. 1º, seção 6), francesa (art. 26), alemã (art. 46), chilena (art. 61), colombiana (art. 185) e sul-africana (art. 58).

[9] FARBER, Daniel A. *The First Amendment*. 2nd. ed. New York: The Foundation Press, 2003.

ESCLARECIMENTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Apenas um esclarecimento antes de colher o voto do Ministro Teori. Parece-me haver convergência dos votos no sentido de que é na circunscrição do Município. A diferença é que o Ministro Marco Aurélio enfatizou, em seu voto, que necessitaria de pertinência temática, ou de pertinência entre o dito e o exercício da função, e considerou isso inócua na espécie.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – No tocante aos vereadores, o preceito constitucional é mais explícito do que o alusivo aos deputados e senadores. Vincula a imunidade expressamente ao exercício do mandato.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Pois é. E o Ministro Barroso considera que esta crítica, ainda que mais rigorosa ou ácida, teria pertinência. Não se nega a pertinência, apenas aqui o Ministro Marco Aurélio considera que a pertinência significa aquilo que diga respeito expressamente ao exercício do mandato.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Estamos de acordo, Ministro Marco Aurélio; e eu, quanto às premissas teóricas.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Quanto a isso, por causa da tese. Porque, como aqui há repercussão geral, essa tese vai ser importante.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – É. Só entendo que uma crítica veemente feita por um vereador a outro em razão de uma representação feita contra o prefeito foi uma atitude praticada no exercício do mandato.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Do mandato.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – E certamente não eram correligionários!

VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Senhora Presidente, também peço todas as vênias ao Ministro Marco Aurélio, porque a leitura que faço desse episódio é exatamente a mesma agora colocada pelo Ministro Barroso.

Trata-se de um pronunciamento de um vereador, no ambiente parlamentar, na Câmara de Vereadores; portanto, no exercício do mandato e da função parlamentar. Saber se essa fala específica tem relação ou não com a atividade político-parlamentar, além de difícil definição, se mostra irrelevante nas circunstâncias. Aliás, a presunção deve favorecer a relação de pertinência. Se não for assim, será muito difícil preservar a imunidade constitucional. Se, para cada pronunciamento de um parlamentar ou de um vereador, tiver que ser feito esse juízo de relação necessária de pertinência como condição para assegurar a imunidade, teremos uma inversão do princípio constitucional, que determina seja preservada a imunidade.

De modo que peço todas as vênias para também dar provimento.

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Senhora Presidente, é um tema interessante, porque estamos em sede de recurso extraordinário, recurso de fundamentação vinculada, e o quadro fático revelado pelo acórdão do Tribunal de

Justiça do Estado de São Paulo termina, de alguma forma, por retratar um juízo de valor quanto ao “abuso” que teria ocorrido em sua fala o então vereador.

Veja o que diz o acórdão:

“(...) O apelado, na qualidade de vereador, tenta se exonerar de sua responsabilidade socorrendo-se do privilégio da imunidade parlamentar, inscrito no art. 29, VIII, da Constituição Federal. Entretanto, no caso em exame, suas críticas ultrapassaram os limites do bom senso, não se circunscrevendo à atividade parlamentar, apresentando deplorável abusividade. Se pretendia demonstrar sua indignação com a protocolização de representação criminal perante o Ministério Público local, atingindo o partido do recorrente, deveria tê-lo expressado em termos elevados, condizentes com o alto poder de que estava investido.”

Na minha ótica e pedindo todas as vênias ao eminente Relator, entendo que, tal como está posto no acórdão recorrido, a conduta imputada se subsume, sim, na imunidade absoluta prevista na Constituição, sob pena de a cada manifestação do parlamentar se impor uma valoração específica que iria, no mínimo, retirar a força da garantia constitucional, da prerrogativa constitucional.

Portanto, pedindo vênias ao eminente Relator, acompanho a divergência aberta pelo Ministro Luís Roberto.

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Senhora Presidente, ilustre representante do Ministério Público, senhores ministros e advogados presentes. Senhora Presidente, eu me dediquei a esse tema, porque tinha um processo conexo. Eu pude colher num voto bastante minucioso do Ministro Sepúlveda Pertence, que foi chancelado pela Corte, o alcance dessa inviolabilidade material, não só no sentido da exclusão da responsabilidade civil ser arrastada também por essa inviolabilidade, como também pelo fato de que essa inviolabilidade se aplica toda vez que essa fala é exteriorizada no exercício do mandato. E aqui ficou bem inequívoco que foi um pronunciamento na Câmara Municipal.

Registraria como algo subjacente – eu vou até fazer a juntada do voto –, porque o Ministro Sepúlveda Pertence enfrentou um *leading case*, que depois não surgiu outro, e ele aqui traça um panorama de todo o alcance material dessa inviolabilidade, citando as Constituições dos países mais evoluídos e doutrinas nacional e estrangeira. E, aqui, inclusive, depois de citar inúmeros autores, ele cita

Pontes de Miranda, na parte em que, nos comentários da Constituição de 46, em artigo de mesmo teor, afirmava o eminente jurista:

“...não se admite o processo porque não há crime, nem cabe a responsabilidade por perdas e danos, porque a irresponsabilidade do artigo é geral, de direito constitucional material e, pois, compreensiva da irresponsabilidade penal e da irresponsabilidade civil.”

E aí, então, cita, aqui, uma série de autores nacionais, os especialistas em responsabilidade civil do Direito estrangeiro e do Direito brasileiro, entre outros, os irmãos Mazeaud, na França, e Aguiar Dias, aqui no Brasil. Há um detalhe muito interessante, que por vezes pode deixar a impressão de que se está conferindo uma carta de alforria para discursos pouco recomendáveis, como destacou o Ministro Luís Roberto Barroso, eu também não corroboro essa maneira de atuação, mas a realidade é que a Constituição traz esse *bill* de indenidade porque é importante. Veja, por exemplo, que os advogados também têm esse *bill* de indenidade quando o Código afirma que a ofensa irrogada em juízo não pode ser criminalizada. Então, isso decorre da própria natureza da exaltação normal da profissão.

Mas o que me chamou mais atenção, aqui em todo esse estudo que fiz e que vou juntar o voto, é que, subjacentemente, poder-se-ia dizer: “Não! Realmente, isso não é maneira de um parlamentar se dirigir ao outro”.

E, aqui, eu também colho da doutrina e da jurisprudência uma passagem no sentido de que a garantia da imunidade parlamentar representaria muito pouco se cada juiz pudesse aquilatar, segundo o seu padrão de decência e polidez, o grau de civilidade dos termos utilizados pelos representantes eleitos pelo povo.

Então, Senhora Presidente, eu também, pedindo todas as vênias ao brilhante voto minucioso, como de sempre, do Ministro Marco Aurélio, pedirei vênias para me enfileirar junto à divergência, fazendo, posteriormente, juntada do voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: A matéria discutida neste RE, como fixado no julgamento da preliminar de repercussão geral, limita-se à definição do campo de proteção da cláusula constitucional da imunidade parlamentar, prevista no art. 29, inciso VIII, da Constituição da República. Eis a redação do dispositivo:

Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos

os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

(...)

VIII – inviolabilidade dos Vereadores por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município;

Como se observa, o texto constitucional utiliza a expressão “inviolabilidade” sem especificar o que se pretende com o vocábulo. Surgem daí duas discussões importantes. A primeira diz respeito ao alcance material da cláusula de inviolabilidade, isto é, quanto aos tipos de responsabilidade que ela afasta. A segunda diz respeito ao caráter absoluto ou relativo dessa imunidade, isto é, à possibilidade (ou não) de sua relativização diante de alguns critérios. Ambos os debates já foram enfrentados pela jurisprudência do STF. Resta agora consolidar os entendimentos em sede de repercussão geral.

Alcance material: inviolabilidade como inimputabilidade criminal e civil do parlamentar por suas opiniões, palavras e votos

A primeira questão foi enfrentada pelo Plenário deste Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 210.917, oportunidade em que se assentou que a inviolabilidade parlamentar significa a inimputabilidade criminal e civil do membro do Poder Legislativo por suas opiniões, palavras e votos. Eis o trecho da ementa daquele julgamento em que a questão foi enfrentada, *verbis*:

EMENTA: I. Recurso extraordinário (...) IV. Imunidade parlamentar material (Const. art. 53): âmbito de abrangência e eficácia. (...) 4. A inviolabilidade parlamentar elide não apenas a criminalidade ou a imputabilidade criminal do parlamentar, mas também a sua responsabilidade civil por danos oriundos da manifestação coberta pela imunidade ou pela divulgação dela: é conclusão assente, na doutrina nacional e estrangeira, por quantos se tem ocupado especificamente do tema.

(RE nº 210.917, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 12/08/1998, DJ 18-06-2001 PP-00012 EMENT VOL-02035-03 PP-00432)

Pela profundidade teórica e completude da pesquisa doutrinária e de direito comparado, calha transcrever o raciocínio do Ministro Sepúlveda Pertence, responsável por formar a convicção do Plenário quanto ao tema:

38. Resta a segunda questão, a de saber se a imunidade material do parlamentar com relação ao fato elide também a sua responsabilidade civil pelos danos morais consequentes.

39. Impressiona aqui o silêncio da jurisprudência, onde não logrei encontrar precedentes, assim como a omissão de boa parte da doutrina brasileira (v.g., Barbalho, *Constituição Federal Brasileira*, 1902, p. 64; Herculano de Freitas, *Direito Constitucional*, 1923, p. 207; Aurelio Leal, *Constituição Federal Brasileira*, 1925, p. 285; Pedro Aleixo, *Imunidades Parlamentares*, cit., Barbosa Lima Sobrinho, *As Imunidades dos Deputados Estaduais*, 1966; J. Celso de Mello Filho, *Constituição Federal*, anotada, 1986, p. 156; Pinto Ferreira, *Comentários à Constituição Brasileira*, Saraiva, 1990, p. 2/622; José Afonso da Silva, *Curso de Dir. Constitucional Positivo*, 15ª ed, 1998, p. 532; Michel Temer, *Elementos Dir. Constitucional*, 14ª ed, 1998, p. 129; Celso Bastos, *Comentários à Constituição do Brasil*, 4º v., I/186).

40. O vácuo, entretanto, menos parece de atribuir a dúvidas não resolvidas a propósito do que à relativa novidade da generalizada aceitação de reparabilidade patrimonial dos danos morais à tendência de deslocar a reação dos ofendidos, do campo da repressão penal, para o da responsabilidade civil, que tem a ver também com o movimento contemporâneo pela depenalização.

41. Tanto assim que, dos mais antigos até os de hoje, quantos se ocuparam do problema são acordes no sentido de os efeitos da inviolabilidade parlamentar alcançarem a responsabilidade civil.

42. A sentença proferida neste processo refere – a partir da citação de João de Oliveira Filho (*Legislativo – Poder Autêntico*, Forense, 1974), filiado à tese – as opiniões, no estrangeiro, de Laband (*Le Dr. Public de l'Empire Allemand*, 1º/531) e de Pierre (*Tr. Dr. Politique*, p. 1095) e, no Brasil, de Paulo Lacerda (*Dir. Constitucional Brasileiro*, II/173) e de Carlos Maximiliano (*Comentários à Constituição Brasileira*, 4ª ed. 1948, II/49).

43. “Não se admite o processo” – escreveu, depois, peremptório, Pontes de Miranda (*Comentários à Constituição de 1946*, 1953, II/243) – “porque não há crime; nem cabe a responsabilidade por perdas e danos, porque a irresponsabilidade do art. 44 é geral, de direito constitucional material e, pois, compreensiva da irresponsabilidade penal e da irresponsabilidade civil”.

44. Nessa mesma trilha, sem maiores comentários, são numerosas e consensuais as opiniões na doutrina brasileira (v.g., Raul Machado Horta, *Imunidades Parlamentares*, cit., 1968, RDP 3/36; Estudos, p. 597); Manoel G. Ferreira Filho, *Comentários à Constituição Brasileira*,

1972, 1º/214; Marcelo Caetano, *Direito Constitucional*, 1978, II/183; Rosah Russomano, *Imunidades Parlamentares*, *Rev. Inf. Legislativa*, 1984, n. 81/245 e *Curso Dir. Constitucional*, 5ª ed, 1997, p. 157; Alexandre de Moraes, *Imunidades Parlamentares*, *Rev. Br. C.Crim.*, 21/50 e *Direito Constitucional*, 3ª ed. 1998, p. 329).

45. No direito comparado, a pesquisa, posto sem pretensões exaustivas, desvela a mesma tranquila extensão à responsabilidade civil dos efeitos da inviolabilidade parlamentar (cf., v.g., para o direito anglo-americano, E. May, *A Treatise on the Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament*, 1946, p. 51; B. Schwartz, *American Constitutional Law*, 1955, p. 57; Corwin, *The Constitution and What it means today*, 40ª ed., 1978, p. 25; na França: Duguit, *Tr. Droit Constitutionnel*, 1911, T. IIª, § 134, p. 282; G. Vedel, *Droit Constitutionnel*, 1949, p. 402; M. Duverger, *Droit Constitutionnel et Insts Politiques*, 1956, p. 484; Ch. Debbsch et alii, *Droit Constitutionnel e Insts Politiques*, 1990, p. 824; na Itália: Ceretti, *Diritto Costituzionale* Itália, 5ª, 1957, p. 331; Biscaretti di Ruffia, *Derecho Constitucional*, trad., Madri, 1965, p. 381; C. Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, 8ª, 1969, I/470; S. Traversa, *Immunità Parlamentare*, na *Enciclopedia del Diritto*, 1970, XX/178, 192; Santi Romano, *Princípios de Dir. Constitucional Geral*, trad., S.Paulo, 1977, p. 297; Crisafulli – Paladin, *Commentario Breve alla Costituzione*, 1990, art. 68, n. 3, p. 410; em Portugal: Canotilho – Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2ª, 1985, art. 160º, nota II, p. 171; na Argentina: Bidart Campos, *Derecho Constitucional del Poder*, 1967, I/276; Quiroga Lavié, *Derecho Constitucional*, 3ª, 1993, p. 767).

46. Note-se que também civilistas de autoridade sói referirem-se à imunidade parlamentar do agente como causa excludente da responsabilidade civil (v.g., H.L. Mazeaud e Tune, *Traité (...) de la Responsabilité Civile*, 5ª, 1957, I/595; Aguiar Dias, *Da Responsabilidade Civil*, 3ª, 1954, II/639).

47. Tanto quanto o consenso, chama a atenção na pesquisa doutrinária que a compreensão da irresponsabilidade civil no círculo de eficácia da imunidade material seja, em praticamente todos os autores, objeto de uma afirmação apodítica, indiscutível e evidente por si mesma (só Bidart Campos anota, na Argentina, a dissensão de Lozada, fundada, porém, em peculiariedade da redação do art. 61 da Constituição).

48. Daí talvez que, dos textos consultados, só a atual Constituição portuguesa haja pormenorizado, no art. 160, 1, dedicado à imunidade real, que “os Deputados não respondem civil,

criminal ou disciplinarmente pelos votos e opiniões que emitirem no exercício das suas funções” (a explicação da minúcia provavelmente estará no intuito de marcar a frontal contraposição histórica com o art. 89, § 1º, da Carta salazarista).

49. A Constituinte italiana, por proposta de Mortati, cogitou de explicitação semelhante, afinal rejeitada, sem prejuízo, segundo a doutrina, pois “não há dúvida razoável alguma” – asseveram Crisafulli e Paladir (ob. loc. citis) – “sobre o âmbito de aplicação da prerrogativa, sendo unânime o reconhecimento de que ela opera tanto na área penal, quanto na civil e na administrativa”, só remanescendo alguma incerteza sobre a possibilidade de cominar sanções de caráter disciplinar para o deputado ou senador que recorresse a expressões “não parlamentares”.

50. “A regra da inviolabilidade não é temperada pela existência da responsabilidade penal por falta grave” – atesta, na mesma linha, o douto Raul Machado Horta (ob. locs citis), como dado comum das constitucionais democráticas: “O Deputado na tribuna” – e hoje, em termos, mesmo fora dela – “pode injuriar; caluniar; atingir levemente pessoas estranhas ao Poder Legislativo”. Só estará sujeito, para correção dos excessos ou dos abusos, ao poder disciplinar previsto nos Regimentos Internos. A fórmula clássica de Royer – Collard – “*La tribune n’est responsable que de la Chambre*” – ainda é princípio fundamental no governo representativo.

51. De minha parte, não vejo como nem porque romper com esse princípio fundamental.

52. Não convence, *data venia*, o argumento com o qual o acórdão recorrido desafiou no ponto o consenso doutrinário, ao final das contas reduzido à assertiva de que, no art. 53 da Constituição, “a inviolabilidade diz respeito apenas ao cometimento de crimes” porque “os parágrafos do artigo ora analisado não fazem qualquer referência à prática de ilícito civil”.

53. Sucede que só o *caput* do art. 53 tem a ver com a imunidade material, o que torna impertinente argumentar com os parágrafos, relativos a franquias parlamentares de natureza inteiramente diversa.

54. Por outro lado, a premissa do acórdão não é correta, pois nem tudo, nos parágrafos do art. 53 CF tem em vista unicamente o processo penal: ao contrário, a mais vetusta e conspícua das garantias neles tratada, a imunidade contra a prisão – *freedom from arrest* –, na sua fonte histórica, o direito anglo-americano, só protege o parlamentar contra a prisão civil, não, contra a

decretada em processo criminal (B. Schwartz, op. loc. cit.; Corwin, ob. loc. cit.; *Black's Law Dictionary*, vb. Legislative Immunity); estendida a imunidade à prisão, na maioria dos países, a partir da França, também àquela decorrente da persecução penal, a ninguém jamais ocorreu negar-lhe a incidência nas modalidades residuais de prisão civil.

55. Afastados os equívocos do aresto recorrido, o mais importante a repisar é que a ausência da menção específica à isenção também da responsabilidade civil nas normas de imunidade material, jamais, se entendeu induzir à sua exclusão dos efeitos da garantia, da qual, ao contrário, se tem reputado corolário essencial.

56. Certo, sob uma perspectiva puramente dogmática, nada impediria a Constituição de excluir a responsabilidade civil da tutela da imunidade material, reduzindo-a a uma excludente da criminalidade sem exclusão da ilicitude do fato.

57. Mas – além de seguramente inexistente no direito pátrio, como em qualquer Constituição democrática – e norma que assim dispusesse contrariaria gravemente as inspirações teleológicas do instituto da inviolabilidade como garantia da liberdade do exercício da missão do parlamentar: é manifesto que, conforme as circunstâncias, a imputação da responsabilidade civil pode ser tão ou mais inibitória da ação do mandatário político que a incriminação da conduta.

58. Não se desconhece que a afirmação da inviolabilidade parlamentar, ampliada às dimensões exigidas pela sociedade de massas, pode acarretar injustiças às vítimas da leviandade por ela eventualmente acobertada; mas as instituições democráticas têm o seu custo, às vezes, cruel.

Essa compreensão da inviolabilidade como inimputabilidade criminal e civil do parlamentar por suas opiniões, palavras e votos já foi reiterada pelo STF em diversas outras oportunidades (Cf. a título ilustrativo, Inq. 3.215, Rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 4-4-2013, Plenário, DJE de 25-9-2013; AI 818.693, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 1º-8-2011, DJE de 4-8-2011; AI 739.840-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 15-2-2011, Primeira Turma, DJE de 17-3-2011; HC 74.201, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-11-2006, Primeira Turma, DJ de 13-12-1996; AI 698.921-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 23-6-2009, Primeira Turma, DJE de 14-8-2009).

Não há por que discordar desse posicionamento encampado reiteradamente pelo Tribunal com tão sólidos fundamentos. Destarte, assento que a inviolabilidade prevista no art. 29, VIII da Constituição significa inimputabilidade criminal e civil do parlamentar por suas opiniões, palavras e votos.

Natureza absoluta da imunidade parlamentar quando os atos praticados ocorrerem no recinto do Parlamento

A segunda questão (caráter absoluto ou não da imunidade parlamentar) é mais delicada e tem sido enfrentada por esta Corte à luz de dois parâmetros de aplicação. Quando em causa atos praticados no recinto do Parlamento, a referida imunidade assume contornos absolutos, de modo que a manifestação assim proferida não é capaz de dar lugar a qualquer tipo de responsabilidade civil ou penal, cabendo à própria Casa Legislativa promover, se entender cabível, a apuração, *interna corporis*, de eventual ato incompatível com o decoro parlamentar. De outro lado, quando manifestada a opinião em local distinto, o reconhecimento da imunidade se submete a uma condicionante, qual seja: a presença de um nexo de causalidade entre o ato e o exercício da função parlamentar.

Sobre o tema, transcrevo trecho de ementa de minha lavra na 1ª Turma do STF:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMUNIDADE PARLAMENTAR MATERIAL. ENTREVISTA JORNALÍSTICA. NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A MANIFESTAÇÃO E O EXERCÍCIO DO MANDATO. PRÁTICA *PROPTER OFFICIUM*. INEXISTÊNCIA DE DEVER DE REPARAÇÃO CIVIL. AGRAVO DESPROVIDO. 1. *A imunidade parlamentar material, que confere inviolabilidade, na esfera civil e penal, a opiniões, palavras e votos manifestados pelo congressista (CF, art. 53, caput), incide de forma absoluta quanto às declarações proferidas no recinto do Parlamento.* 2. *Os atos praticados em local distinto escapam à proteção absoluta da imunidade, que abarca apenas manifestações que guardem pertinência, por um nexo de causalidade, com o desempenho das funções do mandato parlamentar. (...)*

(RE 606451 AgR-segundo, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 23/03/2011, DJe-072 DIVULG 14-04-2011 PUBLIC 15-04-2011 EMENT VOL-02504-01 PP-00173 RTJ VOL-00219- PP-00632)

No mesmo sentido, aponto ainda os seguintes precedentes: RE 140867, Relator p/ Acórdão Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, DJ 04-05-2001; INQ. 1.958, Relator p/ Acórdão Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, DJ de 18/02/05; RE 463671 AgR, Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, DJ 03-08-2007; RE 210917, Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, DJ 18-06-2001; Inq. 1024 QO, Relator Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, DJ 04-03-2005).

Neste processo, e conforme fixado pelo acórdão recorrido e pela sentença, Sebastião Carlos Ribeiro das Neves, ora recorrido e ex-vereador do Município de

Tremembé, no Estado de São Paulo, ajuizou ação de reparação de danos morais em face de José Benedito Couto Filho, ora recorrente e à época vereador em exercício naquela Edilidade, em razão de ter se sentido humilhado publicamente pelas palavras entoadas por este último durante a 16ª Sessão Ordinária da Câmara Municipal.

Veja-se, portanto, a manifestação alegadamente danosa praticada pelo réu foi proferida em declarações prestadas no Plenário da Câmara Municipal de Tremembé/SP, durante uma sessão ordinária (fls. 121 e 144). Aplica-se ao caso, assim, o primeiro parâmetro acima referido, dispensando-se indagar, para que incida a proteção da imunidade, sobre a presença de vínculo entre o conteúdo do ato praticado e a função pública parlamentar exercida pelo recorrente. Destarte, a manifestação do recorrente está abarcada pela imunidade parlamentar prevista no art. 29, inciso VIII, da CF/88, sendo insuscetível de responsabilização penal ou civil.

De qualquer sorte, no caso concreto em questão, ainda há mais o que se falar. É que sobressai, a toda evidência, a pertinência entre as palavras supostamente ofensivas do parlamentar e o exercício do respectivo mandato, consoante se extrai da sentença:

“No caso retratado nos autos, as ofensas teriam como origem a circunstância de o autor [ora recorrido] ter protocolado, junto à Procuradoria de Justiça uma representação criminal em face do Prefeito deste Município [Tremembé/SP]. E, pertencendo o réu [ora recorrente] ao mesmo partido deste, teria passado a proferir palavras ofensivas ao autor [ora recorrido] no decorrer da Sessão Plenária, na qual havia mais de cinquenta pessoas presentes.

Segundo consta da inicial, na Sessão na Câmara Municipal, o réu passou a assim se manifestar: ‘Eu fico admirado, Vereadora, da senhora, da nobre colega, apresentar aqui esse ofício desta pessoa; podia ser de qualquer um, qualquer outra pessoa que tem o direito, mas não dessa pessoa que apoiou a ladroeira, que apoiou a sem-vergonhice, que apoiou a corrupção até o último minuto da sua cassação, lutou até o último minuto da cassação do Prefeito essa pessoa. Que moral essa pessoa tem para dizer em crime de responsabilidade? Nenhuma. Sinto muito, mas nenhuma. Não tem moral. (...) É bastante desagradável a gente ter que subir aqui e falar isso aí porque eu vou dizer a vocês: esse nome, Sebastião Carlos Ribeiro das Neves, não era para entrar nesta Casa mais. Nós não podia (sic) falar no nome dessa pessoa porque ele não tem dignidade, ele não tem moral para falar alguma coisa dessa administração. Esse homem não tem moral porque o que o outro roubou, o que o outro fez para Tremembé, destruiu Tremembé com o apoio desse cidadão (...)’ (fls. 18)”.

Vê-se, pois, que o recorrente se manifestou, em Plenário da Câmara Municipal, em razão de divergências essencialmente políticas, decorrentes de oposições partidárias. Cingiu-se a questão, por conseguinte, ao exercício do mandato para o qual fora o recorrente eleito, e à respectiva circunscrição; tanto assim, que este se referiu, em sua manifestação, em Plenário da Câmara no sentido de que “esse nome, Sebastião Carlos Ribeiro das Neves, não era para entrar nesta Casa mais (fls. 03)”.

Deve ser ressaltado que, ante o tom categórico com que reconhecida a imunidade parlamentar, não cabe ao Poder Judiciário avaliar se as palavras, votos ou opiniões proferidas pelo membro do Poder Legislativo “ultrapassam o limite do bom senso”, como faz o acórdão recorrido:

“São ofensivas as investidas que recebeu, as quais extrapolaram as imunidades parlamentares ou o direito de palavra previsto constitucionalmente, de maneira que não se pode entender como mero aborrecimento o ocorrido.

É notório que, em cidades interioranas, a população toma conhecimento de tudo o que ocorre nas repartições públicas, especialmente das contendas parlamentares.

O apelado, na qualidade de vereador, tenta se exonerar de sua responsabilidade socorrendo-se do privilégio de imunidade parlamentar inscrito no art. 29, VIII, da Constituição Federal. Entretanto, no caso em exame, suas críticas ultrapassaram os limites do bom senso, não se circunscrevendo à atividade parlamentar; apresentando deplorável abusividade. Se pretendia demonstrar sua indignação com a protocolização de representação criminal perante o Ministério Público local, atingindo o partido do apelado, deveria tê-lo expressado em termos elevados, condizentes com o alto poder de que é investido”.

A garantia de imunidade parlamentar representaria muito pouco se cada juiz pudesse aquilatar, segundo seu padrão de decência e polidez, o grau de civilidade dos termos utilizados pelos representantes eleitos pelo povo.

Ex positis, voto pelo provimento do recurso extraordinário para:

(i) *no caso concreto*, com fundamento no art. 29, VIII, da CRFB, afastar a responsabilidade civil imposta ao recorrente pelo acórdão lavrado pela Oitava Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo;

(ii) *em abstrato*, fixar a seguinte tese de repercussão geral: *A inviolabilidade dos Vereadores por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município, prevista no art. 29, VIII, da CRFB, abrange a responsabilidade civil e criminal, sendo absoluta quando os atos praticados pelo Vereador ocorrerem*

no recinto do Parlamento, cabendo à própria Casa Legislativa, se entender cabível, promover a apuração, interna corporis, de eventual ato incompatível com o decoro parlamentar.

É como voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Senhora Presidente, eu também vou pedir todas as vênias ao ministro Marco Aurélio para acompanhar o voto do ministro Barroso.

Tal como foi destacado, nós corremos o risco – numa situação muito delimitada, quer dizer, o pronunciamento no âmbito da Câmara de Vereadores, portanto, no âmbito da própria circunscrição, tal como preconiza o texto constitucional; relacionado à atividade política, conexo com a atividade parlamentar de vereador – de reduzirmos a proteção daqueles casos que não têm nenhuma serventia, porque, como preconiza o próprio acórdão, se o vereador tiver que atuar com bons modos e dentro de uma linguagem escoreita, tendo em vista a estatuta de seu cargo, é claro que, se assim se portar, não haverá, sequer, uso da imunidade nessa hipótese, porque não haveria como cogitar de crime e, muito menos também, de responsabilidade civil por dano.

Parece-me que, aqui, estão presentes todos os elementos, inclusive esse relativo à pertinência das declarações com as atividades, a despeito de eventuais impropriedades que se detectam, os exageros verbais que se colocam. Mas, de certa forma, esse é um componente da tipologia, da tipificação da imunidade. De modo que, pedindo todas as vênias, acompanho o voto do eminente ministro Barroso.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Peço vênias ao eminente Ministro MARCO AURÉLIO para conhecer e dar provimento ao presente recurso extraordinário, pois entendo incidir, na espécie, em favor do ora recorrente, que é Vereador, a prerrogativa constitucional da imunidade parlamentar em sentido material, que se traduz na inviolabilidade a que alude o inciso VIII do art. 29 da Constituição da República.

Com efeito, reconheço que o discurso parlamentar que o ora recorrente proferiu da própria tribuna da Casa Legislativa local acha-se abrangido pela cláusula constitucional da imunidade parlamentar em sentido material, apta a exonerá-lo de qualquer responsabilidade eventualmente resultante de tais declarações, eis que inafastável, na espécie, a constatação de que tais atos resultaram de contexto claramente vinculado ao exercício do ofício legislativo, tal como tem decidido o Supremo Tribunal Federal:

“HABEAS CORPUS” – VEREADOR – CRIME CONTRA A HONRA – RECINTO DA CÂMARA MUNICIPAL – INVIOABILIDADE (CF, ART. 29, VIII, COM A RENUMERAÇÃO DADA PELA EC Nº 1/92) – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – PEDIDO DEFERIDO .

ESTATUTO POLÍTICO-JURÍDICO DOS VEREADORES E INVIOABILIDADE PENAL.

– A Constituição da República, **ao dispor** sobre o estatuto político-jurídico dos Vereadores, **atribuiu-lhes** a prerrogativa da imunidade parlamentar **em sentido material, assegurando** a esses legisladores locais **a garantia indisponível da inviolabilidade**, ‘por suas opiniões, palavras e votos, no exercício do mandato e na circunscrição do Município’ (CF, art. 29, VIII).

Essa garantia constitucional qualifica-se como condição e instrumento de independência do Poder Legislativo local, **eis que projeta, no plano do direito penal, um círculo de proteção** destinado a tutelar a atuação institucional **dos membros integrantes** da Câmara Municipal.

A proteção constitucional inscrita no art. 29, VIII, da Carta Política **estende-se – observados** os limites da circunscrição territorial do Município – **aos atos do Vereador** praticados ‘*ratione officii*’, **qualquer** que tenha sido o local de sua manifestação (**dentro ou fora** do recinto da Câmara Municipal).

TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL NOS CRIMES CONTRA A HONRA.

– **O Vereador, atuando no âmbito da circunscrição territorial do Município a que está vinculado, não pode ser indiciado** em inquérito policial **nem submetido** a processo penal por atos que, **qualificando-se** como delitos contra a honra (calúnia, difamação e injúria), **tenham sido por ele praticados no exercício de qualquer das funções inerentes** ao mandato parlamentar: **função** de representação, **função** de fiscalização e **função** de legislação.

A eventual instauração de ‘persecutio criminis’ contra o Vereador, nas situações infracionais estritamente protegidas pela cláusula constitucional de inviolabilidade, qualifica-se como ato de injusta constrição ao ‘status libertatis’ do legislador local, **legitimando, em consequência do que dispõe** a Carta Política (CF, art. 29, VIII), **a extinção, por ordem judicial, do próprio procedimento penal persecutório.”**

(HC 74.201/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Não constitui demasia assinalar, **considerada** a própria jurisprudência que o Supremo Tribunal Federal **firmou** no tema ora em exame, **que os discursos** proferidos **na tribuna** das Casas legislativas (**inclusive nas Câmaras Municipais**) **estão amparados**, *quer* para fins penais, *quer* para efeitos civis (**RE 210.917/RJ**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE), *pela cláusula da inviolabilidade*, **pois nada se reveste** de caráter *mais intrinsecamente parlamentar* do que os pronunciamentos feitos **no âmbito** do Poder Legislativo, **a partir** da própria tribuna do Parlamento, **neste compreendidas** as próprias Câmaras de Vereadores (**AI 631.276/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **RE 140.867/MS**, Red. p/ o acórdão Min. MAURÍCIO CORRÊA – **RE 278.086/SP**, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA), **hipótese em que será absoluta** a inviolabilidade constitucional (**Inq. 1.958/AC**, Red. p/ o acórdão Min. AYRES BRITTO, **Pleno**), **como resulta**, *de forma bastante clara*, **da expressiva lição** ministrada por eminentes doutrinadores (JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 597, 12ª ed., 1996, Malheiros; PINTO FERREIRA, *Comentários à Constituição Brasileira*, vol. 2/273, 1990, Saraiva; DAMÁSIO E. DE JESUS, *Código de Processo Penal Anotado*, p. 763, 11ª ed., 1994, Saraiva; HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Municipal Brasileiro*, p. 451/452, 6ª ed./3ª tir., 1993, Malheiros; JOSÉ NILO DE CASTRO, *Direito Municipal Positivo*, p. 86, 2ª ed., 1992, Del Rey; DIOMAR ACKEL FILHO, *Município e Prática Municipal à Luz da Constituição Federal de 1988*, p. 28, 1992, RT, v.g.), **como faz certo** ROSAH RUSSOMANO DE MENDONÇA LIMA (*O Poder Legislativo na República*, p. 140/141, item n. 2, 1960, Freitas Bastos), **cujo magistério é bastante preciso a respeito da matéria**:

“Em consequência de tal determinação, o congressista usufrui de uma proteção ampla, integral, ininterrupta, sempre que atua no exercício do mandato.

Sua palavra é livre, desconhece peias e limitações. Vota pelo modo que lhe parecer mais digno e que melhor se coadune com os reclamos de sua consciência. Emite opiniões ***desafogadamente, sem*** ***que o atormente o receio de haver incidido em algum crime de calúnia, de injúria ou de difamação.***

.....
Há, pois, em verdade, uma ampla irresponsabilidade, ***que não tem outros limites, senão*** ***aqueles traçados pela Constituição.***

Deste modo, se o congressista ocupar a tribuna, diga o que disser, profira as palavras que proferir, atinja a quem atingir, a imunidade o resguarda. Acompanha-o nos instantes decisivos das votações. Segue-o durante o trabalho árduo das comissões e em todas as tarefas parlamentares, dentro do edifício legislativo.

Transpõe, mesmo, os limites do Congresso e permanece, intangível, a seu lado, quando se trata do desempenho de atribuições pertinentes ao exercício do mandato.” (grifei)

Impõe-se reconhecer, ainda, que a garantia constitucional da imunidade parlamentar material **também estende** o seu manto protetor **(1) às entrevistas jornalísticas, (2) à transmissão, para a imprensa, do conteúdo de pronunciamentos ou de relatórios produzidos nas Casas Legislativas (RTJ 172/400-401, Rel. Min. ILMAR GALVÃO) e (3) às declarações** feitas aos meios de comunicação social **(RTJ 187/985, Rel. Min. NELSON JOBIM), eis que – tal como bem realçado por ALBERTO ZACHARIAS TORON (Inviolabilidade Penal dos Vereadores, p. 247, 2004, Saraiva) – esta Suprema Corte tem reafirmado** “(...) a importância do debate, pela mídia, das questões políticas protagonizadas pelos mandatários”, **além de haver enfatizado** “a idéia de que **as declarações à imprensa constituem o prolongamento natural do exercício das funções parlamentares, desde que se relacionem com estas**” (grifei).

Vale destacar, neste ponto, por oportuno, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, **ao julgar o Inq. 579/DF**, Rel. Min. CÉLIO BORJA (RTJ 141/406, 408), **pôs em evidência, de modo bastante expressivo, no voto vencedor** proferido pelo eminente Ministro PAULO BROSSARD, **o caráter absoluto** da inviolabilidade constitucional **que protege** o parlamentar, **quando** expende suas opiniões **da tribuna** da Casa legislativa:

*“(...) para palavras ditas **da tribuna** da Câmara dos Deputados, Pontes de Miranda diz que **não há possibilidade** de infração da lei penal, **porque a lei não chega até ela**. O parlamentar fica sujeito à advertência ou à censura do Presidente dos trabalhos, **mas falando na Câmara, não ofende a lei penal**.” (grifei)*

Esse **mesmo** entendimento **foi perfilhado** pelo eminente Ministro CARLOS VELLOSO, **quando** do julgamento **do RE 140.867/MS**, Red. p/o acórdão Min. MAURÍCIO CORRÊA, **também decidido** pelo Plenário desta Suprema Corte:

*“(...) **se a manifestação do Vereador é feita da tribuna** da Câmara, **a inviolabilidade é absoluta. Indaga-se** se não haveria **corretivo** para os excessos praticados da tribuna. Há sim. **Os excessos resolvem-se no âmbito da Câmara**. Pode vir até a perder o mandato, por falta de decoro e outras transgressões regimentais. **Certo é que, se a manifestação ocorreu da tribuna, repito, a inviolabilidade é absoluta**.” (grifei)*

Essa orientação jurisprudencial **foi expressamente consagrada** em julgamento **emanado do Plenário** do Supremo Tribunal Federal, cujo acórdão está assim ementado:

“INQUÉRITO. DENÚNCIA QUE FAZ IMPUTAÇÃO A PARLAMENTAR DE PRÁTICA DE CRIMES CONTRA A HONRA, COMETIDOS DURANTE DISCURSO PROFERIDO NO PLENÁRIO DE ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA E EM ENTREVISTAS CONCEDIDAS À IMPRENSA. INVIOLABILIDADE: CONCEITO E EXTENSÃO DENTRO E FORA DO PARLAMENTO.

A palavra ‘inviolabilidade’ significa intocabilidade, intangibilidade do parlamentar quanto ao cometimento de crime ou contravenção. Tal inviolabilidade é de natureza material e decorre da função parlamentar, porque em jogo a representatividade do povo.

O art. 53 da Constituição Federal, com a redação da Emenda nº 35, não reeditou a ressalva quanto aos crimes contra a honra, prevista no art. 32 da Emenda Constitucional nº 1, de 1969. Assim, é de se distinguirem as situações em que as supostas ofensas são proferidas dentro e fora do Parlamento. Somente nessas últimas ofensas irrogadas fora do Parlamento é de se perquirir da chamada ‘conexão com o exercício do mandato ou com a condição parlamentar’ (INQ 390 e 1.710). Para os pronunciamentos feitos no interior das Casas Legislativas, não cabe indagar sobre o conteúdo das ofensas ou a conexão com o mandato, dado que acobertadas com o manto da inviolabilidade. Em tal seara, caberá à própria Casa a que pertencer o parlamentar coibir eventuais excessos no desempenho dessa prerrogativa.

No caso, o discurso se deu no plenário da Assembléia Legislativa, estando, portanto, abarcado pela inviolabilidade. Por outro lado, as entrevistas concedidas à imprensa pelo acusado restringiram-se a resumir e comentar a citada manifestação da tribuna, consistindo, por isso, em mera extensão da imunidade material.

Denúncia rejeitada.”

(Inq 1.958/AC, Red. p/ o acórdão Min. AYRES BRITTO, Pleno – grifei)

Cabe enfatizar, por relevante, que a jurisprudência desta Suprema Corte firmou diretriz, nesse mesmo sentido, a propósito da extensão e abrangência da cláusula de inviolabilidade de Vereadores, fundada no art. 29, inciso VIII, da Constituição da República, e que foi bem definida no julgamento do AI 818.693/ MT, Rel. Min. CELSO DE MELLO, assim ementado:

“VEREADOR. IMUNIDADE PARLAMENTAR EM SENTIDO MATERIAL: INVIOLABILIDADE (CF, art. 29, VIII). DISCURSO PROFERIDO POR VEREADOR NA TRIBUNA DA CÂMARA

MUNICIPAL À QUAL SE ACHA VINCULADO. **IMPOSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL (E CIVIL)** DO MEMBRO DO PODER LEGISLATIVO DO MUNICÍPIO. **PRESSUPOSTOS DE INCIDÊNCIA DA GARANTIA CONSTITUCIONAL** DA IMUNIDADE PARLAMENTAR. **PRÁTICA IN OFFICIO E PRÁTICA PROPTER OFFICIUM. RECURSO IMPROVIDO.**

– ***A garantia constitucional da imunidade parlamentar em sentido material (CF, art. 29, VIII, c/c o art. 53, caput) exclui a responsabilidade penal (e também civil) do membro do Poder Legislativo (Vereadores, Deputados e Senadores), por manifestações, orais ou escritas, desde que motivadas pelo desempenho do mandato (prática in officio) ou externadas em razão deste (prática propter officium).***

– ***Tratando-se de Vereador, a inviolabilidade constitucional que o ampara no exercício da atividade legislativa estende-se às opiniões, palavras e votos por ele proferidos, mesmo fora do recinto da própria Câmara Municipal, desde que nos estritos limites territoriais do Município a que se acha funcionalmente vinculado. Precedentes. Al 631.276/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).***

– ***Essa prerrogativa político-jurídica – que protege o parlamentar (como os Vereadores, p. ex.) em tema de responsabilidade penal – incide, de maneira ampla, nos casos em que as declarações contumeliosas tenham sido proferidas no recinto da Casa legislativa, notadamente na tribuna parlamentar, hipótese em que será absoluta a inviolabilidade constitucional. Doutrina. Precedentes.”***

Impõe-se registrar, finalmente, a seguinte observação: se o membro do Poder Legislativo, não obstante amparado pela imunidade parlamentar material, **incidir em abuso** de tal prerrogativa, **expor-se-á** à jurisdição censória da própria Casa legislativa a que pertence, tal como assinala a doutrina (RAUL MACHADO HORTA, *Direito Constitucional*, p. 562, item nº 3, 5ª ed., atualizada por Juliana Campos Horta, 2010, Del Rey; CARLOS MAXIMILIANO, *Comentários à Constituição Brasileira*, vol. II/49, item nº 297, 5ª ed., 1954, Freitas Bastos, v.g.) e acentua, com particular ênfase, a jurisprudência constitucional firmada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (**RE 140.867/MS**, Red. p/ o acórdão Min. MAURÍCIO CORRÊA – **Inq. 1.958/AC**, Red. p/ o acórdão Min. AYRES BRITTO).

Concluindo: a análise dos elementos constantes destes autos *permite-me reconhecer* que o comportamento do ora recorrente – **que era**, então, **à época dos fatos, Vereador** – **subsume-se, inteiramente, ao âmbito da proteção constitucional fundada** na garantia da imunidade parlamentar material, **em ordem a excluir, na espécie, a responsabilidade penal** do parlamentar *municipal* em referência, **eis que incidente, no caso, a cláusula de inviolabilidade inscrita** no art. 29, inciso VIII,

da Constituição da República, **considerada** a circunstância de que o questionado discurso parlamentar foi proferido no exercício do mandato legislativo, no próprio recinto da Câmara de Vereadores e “na circunscrição do Município”.

Por tais razões, e acompanhando o dissenso, **conheço e dou provimento** ao presente recurso extraordinário.

É o meu voto .

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Também vou pedir vênua ao Ministro Marco Aurélio para acompanhar a divergência, mantendo até a minha posição em outros casos, qual seja, a de que não havendo a pertinência, ou seja, sendo impertinente o que dito e a função desempenhada pelo vereador, haveria, nesse caso, qualquer possibilidade de questionamento por não haver realmente uma indenidade absoluta, uma impossibilidade de causar danos.

Mas, neste caso, como já foi apontado aqui em outros votos, nos limites da circunscrição e no exercício – referentes, portanto, ao mandato –, houve o pronunciamento do qual teria decorrido a responsabilidade atribuída nos termos do acórdão recorrido, razão pela qual peço vênua ao Ministro Marco Aurélio para acompanhar a divergência iniciada pelo Ministro Roberto Barroso.

DEBATE

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Senhora Presidente, pela ordem.

O Ministro Celso tocou num ponto importante, porque, de alguma maneira, houve realmente uma opinião convergente no sentido de que não foi a melhor maneira de se exteriorizar numa tribuna da Câmara, o recorrente.

Mas, de qualquer maneira, valeria a pena, nessa repercussão geral, estabelecer que essa inviolabilidade, no âmbito da própria Casa Legislativa, que, se ela entender cabível, ela promova, *interna corporis*, a eventual apuração de ato incompatível com o decoro parlamentar, que foi basicamente – o que Vossa Excelência faz a ressalva, com essa expressão temática é isso, não é? – um excesso, fora completamente...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – A pertinência, que aqui já é afirmada pela nossa jurisprudência – haverá de haver pertinência – e que foi reconhecida por nós, apenas não concordando com isso o Ministro Marco Aurélio.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Mas eu farei o registro, no acórdão, sugerido pelo Ministro Fux, com o maior prazer.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Acrescenta-se no acórdão, e, no anúncio da tese, fica essa que é basicamente, como afirma o Ministro Barroso...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Para não chancelar qualquer tipo de...

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: ...de abuso parlamentar.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – E o redator para o acórdão ficou sendo, portanto, o Ministro Roberto Barroso, o primeiro voto divergente após o voto do Ministro Marco Aurélio.

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 600.063

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. ROBERTO BARROSO

RECTE.(S): JOSÉ BENEDITO COUTO FILHO

ADV.(A/S): MARCO ANTONIO QUEIROZ MOREIRA

RECDO.(A/S): SEBASTIÃO CARLOS RIBEIRO DAS NEVES

ADV.(A/S): AILTON CARLOS PONTES E OUTRO(A/S)

Decisão: O Tribunal, por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio (Relator), decidindo o tema 469 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário, assentando-se a tese de que, nos limites da circunscrição do município e havendo pertinência com o exercício do mandato, garante-se a imunidade ao vereador. Redigirá o acórdão o Ministro Roberto Barroso. Ausentes, justificadamente, o Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente), em viagem a Londres, Inglaterra, para participar do *Global Law Summit*, em comemoração aos 800 anos da *Magna Charta*, e o Ministro Dias Toffoli, participando do Congresso Internacional *Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Garantía de los Derechos Humanos*, realizado em Barcelona, Espanha. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia (Vice-Presidente). Plenário, 25.02.2015.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia (Vice-Presidente). Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Roberto Barroso.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte Assessora-Chefe do Plenário.

Superior Tribunal de Justiça

• • •

Jurisprudência Criminal

• • •

HABEAS CORPUS Nº 306.450 – SP (2014/0260612-2)

RELATORA: MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

IMPETRANTE: CELSO DE JESUS MANZOLI

IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE: CELSO DE JESUS MANZOLI (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS . ART. 155, § 1.º E § 4.º, I E IV, C.C. ART. 71, DO CÓDIGO PENAL. WRIT SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. VIA INADEQUADA. CRIME PRATICADO DURANTE O REPOUSO NOTURNO. APLICAÇÃO DO ART. 155, § 1.º, DO CÓDIGO PENAL. FURTO QUALIFICADO. POSSIBILIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME PARA A FORMA TENTADA. AFASTAMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de revisão criminal, eis que a condenação transitou em julgado.

2. A causa de aumento prevista no § 1.º do art. 155 do Código Penal, que se refere à prática do crime durante o repouso noturno – em que há maior possibilidade de êxito na empreitada criminosa em razão da menor vigilância do bem, mais vulnerável à subtração –, é aplicável tanto na forma simples como na qualificada do delito de furto. Tal entendimento revela, *mutatis mutandis*, a posição firmada por este Sodalício no

juízo de julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia n.º 1.193.194/MG, de minha Relatoria, no qual afigura-se possível o reconhecimento do privilégio previsto no § 2.º do art. 155 do Código Penal nos casos de furto qualificado (CP, art. 155, § 4.º), máxime se presentes os requisitos.

3. O *mandamus* se presta a sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção. Não cabe nesta via estreita do *writ* revolvimento fático-probatório a ensejar o afastamento da circunstância relativa ao repouso noturno e da continuidade delitiva, bem como a desclassificação do crime de furto consumado para a forma tentada.

4. Inexiste ilegalidade na dosimetria da pena-base se instâncias de origem apontam motivos concretos para a fixação da reprimenda no patamar estabelecido. Em sede de *habeas corpus* não se afere o *quantum* aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório.

5. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu da ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 04 de dezembro de 2014(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Relatora

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado por CELSO DE JESUS MANZOLI em seu próprio favor, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 0001528-52.2012.8.26.0486).

Consta dos autos que o impetrante-paciente foi condenado à pena de 11 (onze) anos e 6 (seis) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento

de 310 (trezentos e dez) dias-multa, pela prática do crime tipificado no art. 155, §1º e §4º, I e IV, do Código Penal, por duas vezes em continuidade delitiva, nesses termos:

CELSE DE JESUS MANZOLI e SÉRGIO FERREIRA SOARES foram denunciados como incurso no artigo 155, §4º, I e IV, c.c. artigo 29, ambos do Código Penal; no artigo 155, §4º, I e IV, c.c. artigo 14, II, e 29, todos do Código Penal; e no artigo 288, *caput*, do Código Penal, sendo os dois primeiros delito em concurso formal de infrações e o último em concurso material, sob a acusação de:

a) Em 25/06/2012, na região de cidade, previamente ajustados e com unidade de desígnios, terem-se associado a pelo menos dois homens não identificados em quadrilha armado com artefatos explosivos, para o fim de cometer crimes;

b) Em 25/06/2012, no período da madrugada e de repouso noturno, na Chácara Nossa Senhora Aparecida, na área rural desta cidade, terem, previamente ajustados e com unidades de desígnios entre si e com pelo menos dois outros homens não identificados, subtraído, em proveito comum e mediante rompimento de obstáculo, 02 (dois) revólveres de vacina de gado bovino (cada um avaliado em R\$ 200,00), 01 (um) aparelho de choque usado em cerca divisória (avaliado em R\$ 75,00), 16 (dezesseis) animais machos e 01 (uma) novilha, todas da raça nelore (avaliados em R\$ 13.500,00), pertencentes a M.P.C.;

c) Em 25/06/2012, no período da madrugada e de repouso noturno, no Sítio Santa Luzia, na área rural desta cidade, terem, previamente ajustados e com unidades de desígnios entre si e com pelo menos dois outros homens não identificados, tentado subtrair, em proveito comum e mediante rompimento de obstáculo, 29 (vinte e nove) fêmeas adultas (vacas), 01 (um) animal macho (touro reprodutor) e 05 (cinco) bezerros, todos da raça nelore, avaliados em R\$ 34.500,00, pertencentes a A.M., crime que somente não se consumou por circunstâncias alheias à vontade dos réus.

(...)

O pedido é parcialmente procedente.

Com efeito, a materialidade dos furtos descritos na denúncia restou comprovada pelos documentos de fls. 28/29, de fls. 110/111e pelos depoimentos testemunhais prestados no feito.

Já a autoria também restou comprovada após a instrução processual.

Deveras, é incontroverso que os réus, na data dos fatos, no período noturno, foram flagrados quando estavam na Chácara “Nossa Senhora Aparecida”, juntamente com dois outros homens, na realização de embarque de animais.

Nessa esteira, deu-se o depoimento da vítima M.P.C. (fls. 261) e das testemunhas ouvidas a fls. 261/268/ bem como o próprio interrogatório dos dois réus (fls. 272 e fls. 294/295).

Ora, a testemunha RV (fl. 267), estava em sua residência quando percebeu que alguém tentava “tocar” o gado da chácara “Nossa Senhora Aparecida”. Como se tratava de um horário impróprio para tal atividade, a testemunha chamou a Polícia. Posteriormente, os réus foram presos em flagrante e os outros dois homens fugiram a cavalo.

Ademais, o policial militar CJR (fl. 263) confirmou o depoimento, da testemunha RV e asseverou que, no atendimento da ocorrência, viu um caminhão com 23 (vinte e três) cabeças de gado, estacionado a 150m (cento e cinquenta metros) da estrada de terra. Em seguida, viu os réus saírem da propriedade. Indagados, o réu Celso se apresentou como o proprietário do caminhão, e o réu Sérgio, como motorista.

Calha ressaltar que o depoimento do policial militar tem, sim, valor probatório, mormente quando prestado de forma firme e coerente com os demais elementos apurados nos autos. Citem-se, nesse enfoque, os ensinamentos da jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo:

(...)

Sobremais, os depoimentos da vítima MPC (fl. 261) e das testemunhas EAB (fl. 262); OZJ (fl. 265/266) e SMB (fl. 269) corroboram o depoimento da testemunha CJR.

(...)

Nesse diapasão, é certo que os réus alegam desconhecer a finalidade Criminosa da empreitada. Aduzem que foram apenas contratados para realizar um frete de um gado, que não sabiam ser objeto de furto. Todavia, sua versão não merece acolhimento. A uma, tendo em visto o horário dos fatos, absolutamente impróprio para retirada de gado. A duas, porque não é crível que o réu Celso, proprietário do caminhão, acompanharia, de carro, o frete. A três, porque, nas duas propriedades em que ocorreram os furtos, houve rompimento de obstáculo (confirmado pelo laudo de fls. 177/199).

Contudo, o caso dos autos é de crime continuado, e não de

concurso formal de infrações, porque os réus praticaram dois crimes da mesma espécie, nas mesmas condições de tempo, lugar, e maneira de execução, de modo que o furto tentado praticado no “Sítio Santa Luzia” foi ‘ uma continuação do furto consumado praticado na “Chácara Nossa Senhora Aparecida”.

Por fim, realce-se que não existe prova suficiente de que os réus cometeram o delito de quadrilha. Não há, nos autos, elementos hábeis a gerar, neste julgador, a certeza de que os réus se associaram com o intento de praticarem, permanente e estavelmente, crimes. Só se sabe que os réus pretendiam furtar os dois imóveis rurais descritos nos autos, mas não se sabe se, de fato, existia um vínculo associativo permanente para fins criminosos.

Assim, parcialmente procedente à pretensão punitiva, passo à fixação das penas.

(...)

Urge destacar, outrossim, que, no caso em tela, diante da presença de duas qualificadoras (concurso de agentes e rompimento de obstáculo), uma será utilizada como circunstância judicial desfavorável, conforme adotado pela jurisprudência.

(...)

Destarte, fixo a pena para cada réu de maneira individualizada.

Réu Celso de Jesus Manzoli

O réu é portador de maus antecedentes (fls. 53 e fls. 59 dos autos em apenso) – registre-se que, ultrapassado o período de cinco anos estabelecido pelo art. 64, I, do Código Penal, a sentença transitada em julgado deve permanecer a título de maus antecedentes criminais (STJ – 5ª T. – HC nº 47.638-RJ – Rel. Min. Gilson Dipp – j. 04.04.06 – v.u. – DJU.02.05.06, pág. 350). Saliente-se, também, que o delito foi cometido mediante rompimento de obstáculo, o que, consoante já fundamentado, demonstra que as circunstâncias do crime são desfavoráveis ao réu. Por fim, a culpabilidade existente no fato é grave, porque os objetos do furto são de alto valor – avaliados em total muito superior a R\$ 48.000,00 (quarenta e oito mil reais).

Fixo, desse modo, a pena base em 04 (quatro) anos e 03 (três) meses de reclusão e 139 (cento e trinta e nove) dias-multa.

O réu é reincidente específico (fl. 36 dos autos em apenso). Portanto, deve haver uma majoração mais gravosa da pena, isto é, 2/3. Elevo, assim, a sanção penal para 07 (sete) anos e 1 (um) mês de reclusão e 231 (duzentos e trinta e um) dias-multa.

Não existe atenuante.

Existe a causa de aumento do §1º do artigo 155, razão pela qual elevo a pena em 1/3: 09 (nove) anos, 05 (cinco) meses, e 10 (dez) dias de reclusão e 308 dias-multa.

Por fim, como o caso em tela se trata de crime continuado, aumenta-se a pena em 1/6, à luz do artigo 71, *caput*, do Código Penal: 11 anos e 06 dias de reclusão e 310 (trezentos e dez) dias-multa.

Releve-se que é possível a fixação da pena acima do máximo previsto abstratamente no preceito secundário do tipo penal na terceira fase da dosimetria.

Não existem causas de diminuição.

Torno definitiva a pena de 11 anos e 06 dias de reclusão e 310 (trezentos e dez) dias-multa.

O regime inicial de cumprimento de pena privativa de liberdade será o fechado.

Tendo em vista a ausência da demonstração de capacidade econômica considerável por parte do réu, cada dia-multa fica fixado em 1/30 do salário mínimo.

Dada a quantidade da pena, bem como a reincidência e as circunstâncias judiciais desfavoráveis, não há falar-se na aplicação dos artigos 44 e 77 do Código Penal. (fls. 29-43).

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que proveu parcialmente o recurso, a fim de reduzir a pena do paciente para 5 (cinco) anos, 2 (dois) meses e 6 (seis) dias de reclusão, mais 24 (vinte e quatro) dias-multa, estabelecendo o regime inicial semiaberto, *verbis* :

Os apelos merecem prosperar apenas no que concerne à dosimetria das penas.

Diversamente do sustentado pelos Patronos dos ora apelantes, não se cogita de absolvição, uma vez que a condenação dos acusados foi bem decretada e veio embasada em substancioso acervo probatório.

A materialidade delitiva está devidamente comprovada pelos autos de fls. 19/25, 26/29, 110/111, 212/213 e pelo laudo de fls. 177/199.

A prova oral de fls. 261, 262, 263, 265/266, 267 e 269, colhida na instrução criminal, é igualmente apta a demonstrar não apenas

a dinâmica dos fatos, bem como o dolo dos agentes e sua vinculação à autoria delitiva.

Ouvidos perante tanto a autoridade policial (fls. 07 e 09, respectivamente), como em Juízo sob o crivo do contraditório (fls. 295 (mídia digital) e 272, respectivamente), **os apelantes Celso e Sérgio negaram enfaticamente os fatos que lhes foram atribuídos**. Aludidas negativas restaram, todavia, isoladas no conjunto probatório dos autos.

(...)

Contrariamente do asseverado pela Defesa do apelante Celso, dois foram os crimes de furto, tendo como vítimas Miguel e Alípio.

Não se concebe, ainda, a alegação da ocorrência de um só delito de furto, mesmo porque os bovinos apreendidos teriam sido marcados com dois sinais identificadores diversos: “MP”, de propriedade de Miguel Pereira e “AM”, pertencentes a Alípio Marcello, fato que é corroborado pelos depoimentos da própria vítima Miguel e pela filha da vítima Alípio, a testemunha Silvania, conforme acima descrito.

O decreto condenatório é, pois, de rigor, tal como foi lançado.

Estão bem comprovadas, ainda, as qualificadoras do art. 155, § 4º, I e IV, do CP (rompimento de obstáculos: da porta, das cercas e das porteiras de ambas as propriedades rurais, e mediante concurso de agentes), reconhecidas na r. sentença hostilizada (laudo de fls. 177/199), não havendo como afastá-las.

Diferentemente do sustentado pela combativa Defesa do corréu Sérgio em sede de preliminar, não prospera a tese de reconhecimento da figura tentada descrita na denúncia.

Da mesma forma, não se concebe a desclassificação da imputação de furto qualificado para aquele de mero favorecimento pessoal ou real, previstos nos arts. 348 e 349, ambos do CP, eis que toda a prova carreada aos autos – consideradas a palavra das vítimas, das testemunhas e as circunstâncias do evento criminal – converge no sentido de que Sérgio teve participação ativa no furto qualificado.

Os réus, antes da chegada dos policiais, mantiveram os objetos furtados sob seu amplo domínio, sem que tivesse havido qualquer tipo de perseguição.

Ambos os crimes restaram, com efeito, consumados, na medida em que ocorreu a efetiva subtração dos bens das vítimas Miguel Pereira da Costa (proprietário da Chácara Nossa Senhora Aparecida) e Alípio Marcello (proprietário do Sítio Santa Luzia)

descritos na exordial, sobre os quais mantiveram os acusados, ainda que de modo efêmero, a posse tranqüila e desvigiada.

(...)

Não há dúvidas também quanto à majorante do repouso noturno, uma vez que, diferentemente do sustentado pelo i. Procurador de Justiça (fls. 520), não existe nenhuma incompatibilidade entre a majorante prevista no §1º e as qualificadoras do §4º, I e IV, ambos, do art. 155 do CP.

São circunstâncias diversas, que incidem em momentos diferentes da aplicação da pena.

Pondere-se, ainda, que o delito perpetrado no período da madrugada, cumprindo observar, durante o repouso noturno, é circunstância de agravamento da reprimenda aplicada.

Nesse sentido, temos a lição de Nelson Hungria: “A majorante do ‘repouso noturno’ nada tem a ver com a maior periculosidade do agente [...] O que o Código tem em mira, com a maior punibilidade do furto noturno, é única e exclusivamente assegurar a propriedade móvel contra a maior precariedade de vigilância e defesa durante o recolhimento das pessoas para o repouso noturno. Critério estritamente objetivo [...]. O nosso Código não distingue, sequer, se o furto noturno é praticado intra ou extra muros.” (Comentários ao Código Penal, Forense, 1 ed. 1955, p. 27/28).

E ainda:

“A cessação da vigilância, pelo repouso noturno, que a lei visa a suprir com a agravação do delito de furto, não se cinge apenas ao confinamento da casa propriamente dita. Estende-se também às suas dependências imediatas, tais como, pátios, quintais e jardins, garagens e, zonas rurais, aos campos, roças e inventadas” (TACRIM-SP, Rel. Silva Leme, RT 413/266)

Está, portanto, perfeitamente caracterizada, consoante a robusta prova testemunhal produzida sob o crivo do contraditório, que a subtração da *res furtiva* teria se dado durante o assim denominado “repouso noturno” (art. 155, §1º, do CP), de modo a ensejar a incidência da causa de aumento prevista no §1º, do art. 155, do CP.

Denota maior periculosidade o agente que se aproveita da escuridão característica do horário noturno – período no qual há diminuição do tráfego de pessoas nas ruas e da vigilância dos proprietários sobre seus bens – para perpetrar ataques contra o patrimônio alheio. Cuida-se de circunstância objetiva cuja presença, por si só, indica maior reprovabilidade de sua

conduta, pouco importando se o crime foi cometido no interior de residências, estabelecimentos profissionais ou veículos, ou ainda se o local era habitado. Nesse sentido, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

“Recurso Especial – Penal – Furto – Coisa subtraída de carro estacionado na via pública durante o repouso noturno – Circunstância objetiva – Majoração da pena – Caso”

“1. O art. 155, §1º, do Código Penal, ao punir mais severamente o furto praticado durante o repouso noturno, visa proteger o patrimônio particular no período em que o poder de vigilância sobre a coisa encontra-se diminuído. 2. A lei não faz referência ao local do delito. Basta, portanto, para configurar a majorante, que o furto seja praticado durante o repouso noturno.[...]” (REsp 1113558/RS – RECURSO ESPECIAL – 2009/0072059-5. Relator(a): Ministro JORGE MUSSI (1138). Órgão Julgador: T5 – QUINTA TURMA. Data do Julgamento: 17/06/2010. Data da Publicação/Fonte: DJe 28/06/2010.)

As penas, conquanto criteriosamente dosadas e fundamentadas, merecem alguns reparos.

Tratam os autos de acusados que foram condenados por furto duplamente qualificado, por rompimento de obstáculo e concurso de agentes. Resta assentado o entendimento de que, em se tratando de furto duplamente qualificado, basta a presença de uma qualificadora para enquadrar o fato perpetrado pelos apelantes nos patamares de pena do art. 155, §4º, do CP. Nada obsta que a outra se preste a exercer a função de circunstância judicial negativa. Além de eventuais circunstâncias de cunho negativo na vida pregressa dos sentenciados.

(...)

Passa-se ao exame da dosimetria das penas dos réus.

Adotado o sistema trifásico previsto no art. 68 do CP, em uma primeira etapa, o aplicador da lei deve, atendendo-se ao critério do art. 59 do mesmo Código, estabelecer a “pena-base”; na segunda fase, considerar o peso das circunstâncias atenuantes e agravantes e, na terceira e última operação, computar as causas de diminuição e de aumento da pena.

Após analisar os autos, entendo ser mais adequada ao caso em apreço a dosimetria seguinte, que será apreciada para cada apelante de maneira individualizada:

a) Para o apelante Celso, estando atento ao quanto disposto no art. 59 do CP, a pena-base deve ser fixada acima do mínimo

legal, aumentada de 2/3, em 03 anos e 04 meses de reclusão, adotando-se os mesmos critérios expostos na r. sentença e o quanto acima justificado;

b) na segunda fase, diferentemente do entendimento do i. Magistrado sentenciante, afasta-se a agravante da reincidência específica, uma vez que se trata de ação penal em que a punibilidade foi julgada extinta, com fundamento no art. 107, IV, combinado com o art. 109, V, ambos do CP (fl. 36, do apenso próprio). Deve-se mantê-la, portanto, inalterada;

c) na terceira etapa do cálculo, eleva-se o subtotal obtido na fase anterior em 1/3, ante a presença da causa de aumento prevista no §1º, do art. 155 do CP, em 04 anos, 05 meses e 10 dias de reclusão. Por derradeiro, uma vez reconhecida a continuidade delitiva, deve ser aplicada tão somente a pena de um dos crimes acrescido de 1/6.

Chega-se a um total final de 05 anos, 02 meses e 06 dias de reclusão, que torno definitivo, na ausência de circunstâncias modificadoras outras.

No cálculo da sanção pecuniária, considerado o estabelecido no art. 49 do CP, fixo-a como base em 16 dias-multa.

Aplicadas as modificações acima descritas, chega-se a um total final de 24 dias-multa, que torno definitivo, na ausência de circunstâncias modificadoras outras.

(...)

Considerada a situação econômica dos apelantes, é o dia-multa estabelecido à razão de um trigésimo do maior salário mínimo vigente à época dos fatos.

Os condenados não fazem jus ao regime aberto, eis que ausentes os requisitos do art. 33, §§ 2º e 3º c.c. art. 59, ambos do CP.

A fixação do regime para cumprimento da reprimenda continua a ser regida pelos parâmetros objetivos e subjetivos contidos nos arts. 33, § 3º e 59, ambos do CP. Em se cuidando de condenação pela prática de furto qualificado e a dinâmica dos fatos, o regime inicial semiaberto é efetivamente o mais adequado, em função da necessidade de adoção de medidas mais rígidas de controle do processo de ressocialização dos réus.

Pelos mesmos motivos, não se vislumbra a possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, como requerida pela i. Defesa do corréu Sérgio.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento aos recursos, tão somente para modificar as penas de Celso de Jesus Manzoli, que passam a ser fixadas em 05 anos, 02 meses e 06 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e em 24 dias-multa; de Sérgio Ferreira Soares, que passam a ser fixadas em 04 anos, 01 mês e 23 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e em 19 dias-multa. O dia-multa foi estabelecido para ambos os apelantes, à razão de 1/30 do maior salário-mínimo vigente à época dos fatos. Fica, no mais, mantida a r. sentença por seus próprios fundamentos. (fls. 13-28).

Daí o presente *mandamus*, no qual o impetrante-paciente requer o afastamento da exasperação da pena, referente ao §1º do art. 155 do CP, e da continuidade delitiva, bem como a desclassificação do crime para a forma tentada e a redução da pena-base.

As informações foram juntadas às fls. 60-112 e 114-131.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, fls. 134-141, da lavra do Subprocurador-Geral da República Wagner Natal Batista, opinando pela concessão da ordem, de ofício, nos seguintes termos:

Dessa forma, tratando-se de ação penal com trânsito em julgado, deve ser concedida ordem de *habeas corpus*, de ofício, para determinar ao Juízo da Execução que estabeleça nova dosimetria da pena, afastando a majorante do § 1º do art. 155 do Código Penal, podendo, por outro lado, considerar a prática do furto em período noturno como circunstância judicial negativa, observada, no mais, a dosimetria da pena efetivada pelo Tribunal de Justiça. (fl. 138).

É o relatório.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Preliminarmente, consigna-se a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea *a*, da Constituição Federal, contra decisão, proferida

em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. PROCESSO-CRIME DILIGÊNCIAS INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las. (HC 109956, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012)

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do Resp ou a impetração do *habeas corpus*. É imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipotrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração.

Passa-se, então, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

Cinge-se a controvérsia à possibilidade de aplicação, na hipótese de furto praticado durante o período de repouso noturno, do art. 155, §1º, do Código Penal. Ademais, pleiteia-se, ainda, a redução da pena-base, o afastamento da continuidade delitiva e da circunstância relativa à prática do crime durante o repouso noturno, bem como o reconhecimento da tentativa.

Na hipótese em exame, ressaltou a Corte de origem:

Não há dúvidas também quanto à majorante do repouso noturno, uma vez que, diferentemente do sustentado pelo i. Procurador de Justiça (fl. 520), não existe nenhuma incompatibilidade entre a majorante prevista no §1º e as qualificadoras do §4º, I e IV, ambos, do art. 155 do CP.

São circunstâncias diversas, que incidem em momentos diferentes da aplicação da pena.

Pondere-se, ainda, que o delito perpetrado no período da madrugada, cumprindo observar, durante o repouso noturno, é circunstância de agravamento da reprimenda aplicada.

Nesse sentido, temos a lição de Nelson Hungria: “A majorante do ‘repouso noturno’ nada tem a ver com a maior periculosidade do agente.... O que o Código tem em mira, com a maior punibilidade do furto noturno, é única e exclusivamente assegurar a propriedade móvel contra a maior precariedade de vigilância e defesa durante o recolhimento das pessoas para o repouso noturno. Critério estritamente objetivo [...]. O nosso Código não distingue, sequer,

se o furto noturno é praticado intra ou extra muros.” (*Comentários ao Código Penal*, Forense, 1 ed. 1955, p. 27/28).

E ainda:

“A cessação da vigilância, pelo repouso noturno, que a lei visa a suprir com a agravação do delito de furto, não se cinge apenas ao confinamento da casa propriamente dita. Estende-se também às suas dependências imediatas, tais como, pátios, quintais e jardins, garagens e, zonas rurais, aos campos, roças e inventadas” (TACRIM-SP, Rel. Silva Leme, RT 413/266)

Está, portanto, perfeitamente caracterizada, consoante a robusta prova testemunhal produzida sob o crivo do contraditório, que a subtração da *res furtiva* teria se dado durante o assim denominado “repouso noturno” (art. 155, § 1º, do CP), de modo a ensejar a incidência da causa de aumento prevista no § 1º, do art. 155, do CP.

Denota maior periculosidade o agente que se aproveita da escuridão característica do horário noturno – período no qual há diminuição do tráfego de pessoas nas ruas e da vigilância dos proprietários sobre seus bens – para perpetrar ataques contra o patrimônio alheio. Cuida-se de circunstância objetiva cuja presença, por si só, indica maior reprovabilidade de sua conduta, pouco importando se o crime foi cometido no interior de residências, estabelecimentos profissionais ou veículos, ou ainda se o local era habitado.

O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento segundo o qual é bastante, para a aplicação da majorante, que o furto tenha sido praticado no período de repouso noturno, quando a vigilância da vítima é menos eficiente e seu patrimônio mais vulnerável, tratando-se de circunstância objetiva que inclusive se aplica quando o crime é cometido em estabelecimento comercial.

Confirmam-se, a propósito, alguns julgados sobre o tema:

AGRAVO REGIMENTAL. PENAL. ART. 155, § 1º, DO CP. FURTO CIRCUNSTANCIADO. PERÍODO NOTURNO. ESTABELECIMENTO COMERCIAL. POSSIBILIDADE.

1. Para a incidência da causa especial de aumento prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal, faz-se suficiente que a infração ocorra durante o repouso noturno, período de maior vulnerabilidade para as residências, lojas e veículos, entre outros.

2. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no Resp 1251465/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/02/2014, DJe 20/02/2014)

RECURSO ESPECIAL. PENAL. FURTO PRATICADO DURANTE O REPOUSO NOTURNO. ESTABELECIMENTO COMERCIAL. APLICAÇÃO DA MAJORANTE DO ART. 155, §1º, DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. A majorante prevista no art. 155, §1º, do Código Penal incide na hipótese de furto praticado em estabelecimento comercial no período do repouso noturno, em que há maior possibilidade de êxito na empreitada criminoso em razão da menor vigilância do bem, mais vulnerável à subtração. Precedentes.

2. Recurso especial provido.

(Resp 1193074/MG, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 05/03/2013, DJe 15/03/2013)

HABEAS CORPUS. ART. 155, §1º, DO CÓDIGO PENAL. DELITO COMETIDO EM ESTABELECIMENTO COMERCIAL. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DO CRIME COMETIDO DURANTE O REPOUSO NOTURNO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. Incide a majorante prevista no §1º do art. 155 do Código Penal, quando o crime é cometido durante a madrugada, horário no qual a vigilância da vítima é menos eficiente e seu patrimônio mais vulnerável, o que ocorre inclusive para estabelecimentos comerciais.

2. A causa especial de aumento de pena do furto cometido durante o repouso noturno pode se configurar mesmo quando o crime é cometido em estabelecimento comercial ou residência desabitada, sendo indiferente o fato de a vítima estar, ou não, efetivamente repousando.

3. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

4. Habeas corpus denegado.

(HC 191.300/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 26/06/2012)

A causa de aumento prevista no §1º do art. 155 do Código Penal – prática do crime de furto no período noturno –, a meu ver, pode incidir tanto no crime de furto

simples (*caput*) como na sua forma qualificada (§4.º). Isso porque tal entendimento está em consonância, *mutatis mutandis*, com a posição firmada por este Sodalício no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia n.º 1.193.194/MG, de minha Relatoria, no qual afigurou-se possível o reconhecimento do privilégio previsto no §2º do art. 155 do Código Penal nos casos de furto qualificado (CP, art. 155, §4º), máxime se presentes os requisitos.

No referido julgamento, ressaltou-se que o pensamento seguido tem prevalecido no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Por sinal, confira-se ementa elucidativa de julgado da Corte Suprema:

HABEAS CORPUS. CRIME DE FURTO QUALIFICADO. INCIDÊNCIA DO PRIVILÉGIO DA PRIMARIEDADE E DO PEQUENO VALOR DA COISA SUBTRAÍDA. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido do reconhecimento da conciliação entre homicídio objetivamente qualificado e ao mesmo tempo subjetivamente privilegiado. Noutro dizer, tratando-se de circunstância qualificadora de caráter objetivo (meios e modos de execução do crime), é possível o reconhecimento do privilégio (sempre de natureza subjetiva). 2. A mesma regra de interpretação é de ser aplicada no caso concreto. Caso em que a qualificadora do rompimento de obstáculo (de natureza nitidamente objetiva – como são todas as qualificadoras do crime de furto) em nada se mostra incompatível com o fato de ser o acusado primário; e a coisa, de pequeno valor. Precedentes da Segunda Turma do STF. 3. Ordem concedida para reconhecer a incidência do privilégio do §2º do art. 155 do CP e julgar extinta a punibilidade do paciente pela prescrição retroativa.

(HC 98265, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Primeira Turma, julgado em 24/03/2010, DJe-086 DIVULG 13-05-2010 PUBLIC 14-05-2010 EMENT VOL-02401-02 PP-00407)

Dessarte, nessa linha de raciocínio, não haveria justificativa plausível para se aplicar o §2º do art. 155 do CP e deixar de impor o §1º do referido artigo, que, a propósito, compatibiliza-se com as qualificadoras previstas no §4º do dispositivo.

Ademais, cumpre salientar que o §1º do art. 155 do CP refere-se à causa de aumento, tendo aplicação apenas na terceira fase da dosimetria, o que não revela qualquer prejuízo na realização da dosimetria da pena com arrimo no método trifásico.

Por outro lado, registra-se que não se desconhece o entendimento da Quinta Turma desta Corte segundo o qual somente será cabível aplicação da mencionada causa de aumento, quando o crime for perpetrado na sua forma simples (*caput*). Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. AUMENTO DE PENA POR TER SIDO O DELITO PRATICADO DURANTE O PERÍODO NOTURNO. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO JUÍZO DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1) Se a questão constante da inicial não foi analisada pelo juízo de origem, não pode esta E. Corte dela conhecer e analisar, sob pena de indevida supressão de instância.

2) O aumento de pena por ter sido o delito de furto praticado durante o período noturno não incide nos crimes qualificados. Nestes, as penas previstas já são superiores.

3) Impetração não conhecida, com concessão de *habeas corpus* de ofício para, cancelado o aumento de pena por ter sido o delito cometido no período noturno, reduzir as penas dos pacientes a três anos de reclusão e ao pagamento de dez dias-multa, mantido o regime prisional inicial fechado, reconheço a extinção da punibilidade da espécie, com relação ao paciente Carlos Fernando Mendonça Marinho, nos termos do artigo 109, inciso IV; 110; e 115, do Código Penal.

(HC 131.391/MA, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 06/09/2010)

PENAL. RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO. REPOUSO NOTURNO. ESTABELECIMENTO COMERCIAL. IMPOSSIBILIDADE.

I – Incide a majorante prevista no art. 155, § 1º, do Código Penal se o delito é praticado durante o repouso noturno, período de maior vulnerabilidade inclusive para estabelecimentos comerciais, como ocorreu *in casu* (Precedentes).

II – Entretanto, a causa especial de aumento de pena do repouso noturno é aplicável somente às hipóteses de furto simples, sendo incabível no caso do delito qualificado (Precedente). Recurso desprovido.

(REsp 940.245/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2007, DJe 10/03/2008)

Todavia, o fato é que, após o entendimento exarado em 2011 no julgamento do EREsp 842.425/RS, no qual se evidenciou a possibilidade de aplicação do privilégio (§ 2.º) no furto qualificado, não há razoabilidade em negar a incidência da causa de aumento (delito cometido durante o repouso noturno) na mesma situação em que presente a forma qualificada do crime de furto.

Em outras palavras, uma vez que não mais se observa a ordem dos parágrafos para a aplicação da causa de diminuição (§2º), também não se considera tal ordem para imposição da causa de aumento (§1º).

Em assim sendo, tendo em vista que o furto em tela é qualificado pelo concurso de agentes e rompimento de obstáculos, não há qualquer óbice para aplicação da causa de aumento de pena (art. 155, §1º, do Código Penal), devendo, portanto ser mantida.

Ademais, os argumentos alinhavados na impetração – afastamento da circunstância relativa ao repouso noturno e da continuidade delitiva, bem como desclassificação do crime para a forma tentada – não prescindem do revolvimento material fático-probatório, o que se afigura inviável na via estreita do *habeas corpus*.

Assim, tais questões não são passíveis de solução por meio do *writ*, por demandar uma análise mais acurada dos fatos, depoimentos e todas as demais circunstâncias e provas em que se arrimaram as instâncias ordinárias.

A propósito, os seguintes julgados deste Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. PRETENDIDA APLICAÇÃO DA CONTINUIDADE DELITIVA. TEORIA MISTA. DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. EXAME DOS REQUISITOS DO ART. 71 DO CÓDIGO PENAL. REVOLVIMENTO DAS PROVAS DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não admite a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio previsto no ordenamento jurídico. Contudo, nos casos de flagrante ilegalidade, a ordem poderá ser concedida de ofício.
2. Segundo previsto no art. 71 do Código Penal, o crime continuado somente se verifica quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie, sob semelhantes condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras características que façam presumir a continuidade.
3. Na esteira do entendimento adotado por esta Corte Superior de Justiça, não basta a presença dos requisitos objetivos previstos no art. 71 do Código Penal, reclama-se também a unidade de desígnios, isto é, um liame, de tal modo que os vários crimes resultam de plano previamente elaborado pelo agente.
4. Consoante jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

imprescindível distinguir continuidade delitiva de habitualidade, pois a primeira hipótese trata-se de uma ficção jurídica criada por lei, por razões de política criminal, que propicia o abrandamento da penalidade, e a segunda hipótese, ao contrário, enseja o agravamento da punição, já que é indiciária de que o infrator transformou a atividade criminosa no seu meio de vida, o que denota maior reprovabilidade (REsp 369.718/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJ 17/11/03).

5. Maiores incursões no tema, com a finalidade de constatar eventual similitude entre os delitos cometidos, demandariam intenso reexame das provas, providência incabível na estreita via do *habeas corpus*.

6. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 264.649/PR, Rel. Ministro WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), QUINTA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 27/11/2014)

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. DESMEMBRAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL. RECORRENTE QUE FIGURA COMO INVESTIGADO EM OUTROS 338 (TREZENTOS E TRINTA E OITO) PROCEDIMENTOS. FATOS QUE TERIAM SIDO PRATICADOS EM CONCURSO FORMAL. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA.

IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA.

1. Para se aferir se os crimes imputados ao recorrente teriam sido praticados em concurso formal, material ou em continuidade delitiva seria necessário o revolvimento de matéria fático-probatória, providência que não é admitida na via estreita do *habeas corpus*.

Precedentes do STJ e do STF.

FRACIONAMENTO DAS INVESTIGAÇÕES. DECISÃO JUDICIAL DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ARTIGO 80 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. COAÇÃO ILEGAL NÃO CARACTERIZADA.

1. O artigo 80 do Código de Processo Penal permite que o magistrado responsável pelo feito desmembre o processo quando houver vários acusados, para não lhes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante.

2. No caso em testilha, ao autorizar o desmembramento do inquérito policial, o togado federal consignou que se estaria diante de investigações de alta complexidade, envolvendo

inúmeros acusados, o que poderia ensejar o arrolamento de mais de 2.400 (duas mil e quatrocentas) testemunhas, fundamento idôneo e apto a justificar a medida.

3. Eventual prática dos crimes em concurso formal pode ser reconhecida pelo magistrado de origem nos processos já instaurados contra o recorrente, sendo certo que, caso seja denunciado em duplicidade pelos mesmos fatos criminosos, possui meios próprios para sanar a referida irregularidade, bastando que a sua defesa oponha, no momento oportuno, a exceção de litispendência disciplinada no artigo 95, inciso III, do Código de Processo Penal.

4. Recurso desprovido.

(RHC 50.600/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/09/2014, DJe 30/09/2014)

HABEAS CORPUS. DESCLASSIFICAÇÃO DE ROUBO CONSUMADO PARA TENTADO. IMPOSSIBILIDADE. DESNECESSIDADE DA POSSE TRANQUILA DA *RES FURTIVA*. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. ORDEM DENEGADA.

1. As instâncias ordinárias concluíram pela ocorrência da consumação do delito de roubo, não cabendo a este Tribunal rever o aludido entendimento, vez que demandaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, providência incabível em sede de *habeas corpus*.

(...)

(HC 172.365/MG, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 28/06/2012).

HABEAS CORPUS. DESCLASSIFICAÇÃO DE ROUBO CONSUMADO PARA TENTADO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO PROBATÓRIO. INVIABILIDADE DO *WRIT*.

1. O pleito de desclassificação do delito de roubo consumado para tentado não pode ser analisado por esta Corte, pois implicaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto probatório, providência vedada na via estreita do *writ*.

(...)

(HC 176.679/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 03/05/2011, DJe 16/05/2011).

De mais a mais, a viabilidade do exame da dosimetria da pena, por meio de *habeas corpus*, somente se faz possível caso evidenciado eventual desacerto na

consideração de circunstância judicial ou errônea aplicação do método trifásico, se daí resultar flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu – o que não é a hipótese dos autos no tocante a primeira fase da dosimetria.

Pelo exposto, penso não haver constrangimento ilegal, eis que foram apontados elementos concretos para a fixação da pena-base no patamar estabelecido.

Impende destacar trecho da sentença condenatória:

Réu Celso de Jesus Manzoli

O réu é portador de maus **antecedentes** (fls. 53 e fls. 59 dos autos em apenso) – registre-se que, ultrapassado o período de cinco anos estabelecido pelo art. 64, I, do Código Penal, a sentença transitada em julgado deve permanecer a título de maus antecedentes criminais (STJ – 5ª T. – HC nº 47.638-RJ – Rel. Min. Gilson Dipp – j. 04.04.06 – v.u. – DJU.02.05.06, pág. 350). Saliente-se, também, que o delito foi cometido mediante rompimento de obstáculo, o que, consoante já fundamentado, demonstra que as **circunstâncias do crime** são desfavoráveis ao réu. Por fim, a **culpabilidade** existente no fato é grave, porque os objetos do furto são de alto valor – avaliados em total muito superior a R\$ 48.000,00 (quarenta e oito mil reais).

Fixo, desse modo, a pena base em 04 (quatro) anos e 03 (três) meses de reclusão e 139 (cento e trinta e nove) dias-multa.

O réu é reincidente específico (fls. 36 dos autos em apenso). Portanto, deve haver uma majoração mais gravosa da pena, isto é, 2/3. Elevo, assim, a sanção penal para 07 (sete) anos e 1 (um) mês de reclusão e 231 (duzentos e trinta e um) dias-multa.

Não existe atenuante.

Existe a causa de aumento do §1º do artigo 155, razão pela qual elevo a pena em 1/3: 09 (nove) anos, 05 (cinco) meses, e 10 (dez) dias de reclusão e 308 dias-multa.

Por fim, como o caso em tela se trata de crime continuado, aumenta-se a pena em 1/6, à luz do artigo 71, *caput*, do Código Penal: 11 anos e 06 dias de reclusão e 310 (trezentos e dez) dias-multa.

Releve-se que é possível a fixação da pena acima do máximo previsto abstratamente no preceito secundário do tipo penal na terceira fase da dosimetria.

Não existem causas de diminuição.

Torno definitiva a pena de 11 anos e 06 dias de reclusão e 310 (trezentos e dez) dias-multa.

Colhe-se do aresto impugnado, no que interessa:

As penas, conquanto criteriosamente dosadas e fundamentadas, merecem alguns reparos.

Tratam os autos de acusados que foram condenados por furto duplamente qualificado, por rompimento de obstáculo e concurso de agentes. Resta assentado o entendimento de que, em se tratando de furto duplamente qualificado, basta a presença de uma qualificadora para enquadrar o fato perpetrado pelos apelantes nos patamares de pena do art. 155, §4º, do CP. Nada obsta que a outra se preste a exercer a função de circunstância judicial negativa. Além de eventuais circunstâncias de cunho negativo na vida pregressa dos sentenciados.

(...)

Passa-se ao exame da dosimetria das penas dos réus.

Adotado o sistema trifásico previsto no art. 68 do CP, em uma primeira etapa, o aplicador da lei deve, atendendo-se ao critério do art. 59 do mesmo Código, estabelecer a “pena-base”; na segunda fase, considerar o peso das circunstâncias atenuantes e agravantes e, na terceira e última operação, computar as causas de diminuição e de aumento da pena.

Após analisar os autos, entendo ser mais adequada ao caso em apreço a dosimetria seguinte, que será apreciada para cada apelante de maneira individualizada:

- a) Para o apelante Celso, estando atento ao quanto disposto no art. 59 do CP, a pena-base deve ser fixada acima do mínimo legal, aumentada de 2/3, em 03 anos e 04 meses de reclusão, adotando-se os mesmos critérios expostos na r. sentença e o quanto acima justificado;
- b) na segunda fase, diferentemente do entendimento do i. Magistrado sentenciante, afasta-se a agravante da reincidência específica, uma vez que se trata de ação penal em que a punibilidade foi julgada extinta, com fundamento no art. 107, IV, combinado com o art. 109, V, ambos do CP (fl. 36, do apenso próprio). Deve-se mantê-la, portanto, inalterada;
- c) na terceira etapa do cálculo, eleva-se o subtotal obtido na fase anterior em 1/3, ante a presença da causa de aumento prevista no §1º, do art. 155 do CP, em 04 anos, 05 meses e 10 dias de reclusão. Por derradeiro, uma vez reconhecida a continuidade delitiva, deve ser aplicada tão somente a pena de um dos crimes acrescido de 1/6.

Chega-se a um total final de 05 anos, 02 meses e 06 dias de reclusão, que torno definitivo, na ausência de circunstâncias modificadoras outras.

No cálculo da sanção pecuniária, considerado o estabelecido no art. 49 do CP, fixo-a como base em 16 dias-multa.

Aplicadas as modificações acima descritas, chega-se a um total final de 24 dias-multa, que torno definitivo, na ausência de circunstâncias modificadoras outras.

Com efeito, notabiliza-se que as instâncias de origem fundamentaram concretamente a exasperação da pena na primeira fase da dosimetria, eis que a culpabilidade do paciente realmente extrapola o normal para espécie, tendo em vista o valor da *res furtivae* (R\$ 48.000,00). Ademais, não há qualquer ilegalidade em considerar os maus antecedentes do paciente e uma das qualificadoras reconhecidas na hipótese para incrementar a pena-base.

Nesse diapasão, não é demais lembrar o entendimento desta Corte, no tocante à dosimetria, no sentido de que, em sede de *habeas corpus*, não se afere o *quantum* aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório. Nesse sentido:

Eventual constrangimento ilegal na aplicação da pena, passível de ser sanado por meio de *habeas corpus*, depende, necessariamente, da demonstração inequívoca de ofensa aos critérios legais que regem a dosimetria da resposta penal, de ausência de fundamentação ou de flagrante injustiça.

(HC 119.544/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2010, DJe 05/04/2010)

Da minha relatoria, *mutatis mutandis*:

Somente se conhece de *habeas corpus*, visando a redução da pena-base, se demonstrada flagrante ilegalidade, ausente na espécie.

(HC 95.118/PB, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 06/09/2010)

Outro não é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, conforme se colhe da seguinte ementa:

DIREITO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ILEGALIDADE OU ARBITRARIEDADE. A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, bem como corrigir, eventualmente, discrepâncias gritantes e arbitrárias nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores. Tanto a concorrência de diversas vetoriais negativas como a existência de uma única vetorial negativa de especial gravidade autorizam pena base bem acima do mínimo legal. Não se presta o *habeas corpus*, enquanto não permite ampla avaliação e valoração das provas, como instrumento hábil ao reexame do conjunto fático-probatório que leva à fixação das penas. Recurso ordinário em *habeas corpus* não provido.

(RHC 101576, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 26/06/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-159 DIVULG 13-08-2012 PUBLIC 14-08-2012)

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0260612-2

PROCESSO ELETRÔNICO HC 306450/SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00015285220128260486 1472012 15285220128260486

EM MESA JULGADO: 04/12/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE: CELSO DE JESUS MANZOLI

IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE: CELSO DE JESUS MANZOLI (PRESO)

CORRÉU: SÉRGIO FERREIRA SOARES

ASSUNTO: DIREITO PENAL – Crimes contra o Patrimônio – Furto Qualificado

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu da ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.191.613 – MG
(2010/0076423-3)**

RELATOR: MINISTRO BENEDITO GONÇALVES

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RECORRIDO: MANUELA XAVIER LAGES E OUTRO

ADVOGADO: LUÍS CARLOS PARREIRAS ABRITTA E OUTRO(S)

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTROVÉRSIA A RESPEITO DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA PENA DE PERDA DE CARGO A MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. POSSIBILIDADE.

1. Recurso especial no qual se discute a possibilidade de haver aplicação da pena de perda do cargo a membro do Ministério Público, em ação civil pública por ato de improbidade administrativa.

2. Constatado que a Corte de origem empregou fundamentação adequada e suficiente para dirimir a controvérsia, é de se afastar a alegada violação do art. 535 do CPC.

3. Nos termos do art. 37, § 4º, da Constituição Federal e da Lei nº 8.429/1992, qualquer agente público, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios pode ser punido com a pena de perda do cargo que ocupa, pela prática de atos de improbidade administrativa.

4. A previsão legal de que o Procurador-Geral de Justiça ou o Procurador-Geral da República ajuizará ação civil específica para a aplicação da pena de demissão ou perda do cargo, nos casos elencados na lei, dentre os quais destacam-se a prática de crimes e os atos de improbidade, não obsta que o legislador ordinário, cumprindo o mandamento do § 4º do art. 37 da Constituição Federal, estabeleça a pena de perda do cargo a membro do Ministério Público quando comprovada a prática de ato ímprobo, em ação civil pública específica para sua constatação.

5. Na legislação aplicável aos membros do Ministério Público, asseguram-se à instituição as providências cabíveis para sancionar o agente comprovadamente ímprobo. Na Lei nº 8.429/1992, o legislador amplia a legitimação ativa, ao prever que a ação será proposta “pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada” (art. 17). Não há competência exclusiva do Procurador-Geral.

6. Assim, a demissão por ato de improbidade administrativa de membro do Ministério Público (art. 240, inciso V, alínea *b*, da LC nº 75/1993) não só pode ser determinada pelo trânsito em julgado de sentença condenatória em ação específica, cujo ajuizamento foi provocado por procedimento administrativo e é da competência do Procurador-Geral, como também pode ocorrer em decorrência do trânsito em julgado da sentença condenatória proferida em ação civil pública prevista na Lei nº 8.429/1992. Inteligência do art. 12 da Lei nº 8.429/1992.

7. Recurso especial provido para declarar a possibilidade de, em ação civil pública por ato de improbidade administrativa, ser aplicada a pena de perda do cargo a membro do Ministério Público, caso a pena seja adequada à sua punição.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, renovando o julgamento, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Marga Tessler (Juíza Federal convocada do TRF 4ª Região) e Napoleão Nunes Maia Filho (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de março de 2015 (Data do Julgamento)

MINISTRO BENEDITO GONÇALVES – Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais – MPMG contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – TJMG, assim ementado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PROMOTOR DE JUSTIÇA – PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA – NÃO CABIMENTO – RECURSO NÃO PROVIDO. “Os casos de perda da função pública

de membros do Ministério Público e Magistratura encontram-se expressamente delineadas pelas Leis Complementares nº 8.625/93 e 35/79, respectivamente, nelas não se incluindo os casos de improbidade administrativa”.

Alega-se violação do art. 535 do CPC, dos artigos 10, inciso II, 11 e 12, incisos II e III, da Lei nº 8.429/1992 e do art. 38, inciso I, da Lei nº 8.625/1993, por se considerar que os membros do Ministério Público estão sujeitos à pena de perda do cargo público prevista na lei de improbidade.

Contrarrrazões de Marcelo Dumont Pires e Manuela Xavier Lages às fls. 570 e seguintes.

Parecer do Ministério Público Federal pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTROVÉRSIA A RESPEITO DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA PENALIDADE DE PERDA DE CARGO A MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. POSSIBILIDADE.

1. Recurso especial no qual se discute a possibilidade de haver aplicação da pena de perda do cargo a membro do Ministério Público, em ação civil pública por ato de improbidade administrativa.
2. Constatado que a Corte de origem empregou fundamentação adequada e suficiente para dirimir a controvérsia, é de se afastar a alegada violação do art. 535 do CPC.
3. Nos termos do art. 37, § 4º, da Constituição Federal e da Lei nº 8.429/1992, qualquer agente público, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios pode ser punido com a pena de perda do cargo que ocupa, pela prática de atos de improbidade administrativa.
4. A previsão legal de que o Procurador-Geral de Justiça ou o Procurador-Geral da República ajuizará ação civil específica para a aplicação da pena de demissão ou perda do cargo, nos casos elencados na lei, dentre os quais destacam-se a prática de crimes e os atos de improbidade, não obsta que o legislador ordinário, cumprindo o mandamento do § 4º do art. 37 da Constituição Federal, estabeleça a pena de perda do cargo a membro do Ministério Público quando comprovada a prática de ato ímprobo, em ação civil pública específica para sua constatação.

5. Na legislação aplicável aos membros do Ministério Público, asseguram-se à instituição as providências cabíveis para sancionar o agente comprovadamente ímprobo. Na Lei nº 8.429/1992, o legislador amplia a legitimação ativa, ao prever que a ação será proposta “pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada” (art. 17). Não há competência exclusiva do Procurador-Geral.

6. Assim, a demissão por ato de improbidade administrativa de membro do Ministério Público (art. 240, inciso V, alínea b, da LC nº 75/1993) não só pode ser determinada pelo trânsito em julgado de sentença condenatória em ação específica, cujo ajuizamento foi provocado por procedimento administrativo e é da competência do Procurador-Geral, como também pode ocorrer em decorrência do trânsito em julgado da sentença condenatória proferida em ação civil pública prevista na Lei nº 8.429/1992. Inteligência do art. 12 da Lei nº 8.429/1992.

7. Recurso especial provido para declarar a possibilidade de, em ação civil pública por ato de improbidade administrativa, ser aplicada a pena de perda do cargo a membro do Ministério Público, caso a pena seja adequada à sua punição.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): O recurso especial tem origem em autos de agravo de instrumento, o qual fora interposto contra ressalva contida em decisão de recebimento da inicial de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, nos seguintes termos (fl. 192 – grifo nosso):

Com efeito, os membros do Ministério Público não estarão sujeitos à pena de perda da função pública prevista no art. 12 da Lei nº 8.429/92, pois, sendo a vitaliciedade uma prerrogativa do agente ministerial, o legislador infraconstitucional estabeleceu expressamente os casos que implicam a perda do seu cargo.

Entretanto, não há qualquer óbice a que um promotor de justiça seja processado por ato de improbidade administrativa, com espeque na Lei nº 8.429/92, e, em caso de punição, sejam-lhe aplicadas as demais sanções, notadamente porque o seu art. 2º, ao dar a definição de agente público, estatuiu que se sujeitará aos efeitos da lei qualquer pessoa que ocupe mandato, cargo, emprego ou função em uma das entidades listadas no art. 1º, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, e seja qual fora a forma de investidura (eleição, nomeação, contratação, designação etc.).

Como se nota, **a controvérsia se refere à possibilidade de aplicação da pena de perda de cargo a promotor estadual, em ação civil pública de improbidade;** não se está em discussão a existência do ato ímprobo ou a razoabilidade da pena.

Pois bem, cumpre mencionar que a ação civil pública por ato de improbidade administrativa c/c indenização por danos morais foi ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais – MPMG, por intermédio dos Promotores de Justiça da 17ª Promotoria de Justiça Especializada na Defesa do Patrimônio Público de Belo Horizonte/MG, em desfavor de Marcelo Dumond Pires e Manuela Xavier Lages, Promotores de Justiça Substitutos do MPMG, à época dos fatos em estágio probatório, objetivando a condenação pela prática de ato ímprobo (artigo 12, incisos II e III, da Lei nº 8.429/1992), caracterizado pelo descumprimento de designação para atuarem em conjunto na Comarca de Belo Horizonte, durante o recesso forense de 2006/2007.

No que interessa e com grifo nosso, esta é a fundamentação do acórdão recorrido (e-STJ fls. 491/494):

[...]

Quanto ao mais, observa-se que consta na decisão agravada expressa menção de que a ação civil pública por atos de improbidade administrativa fora recebida com a ressalva de que **“os membros do Ministério Público não estarão sujeitos à pena de perda da função pública prevista no art. 12 da Lei nº 8.429/92, pois, sendo a vitaliciedade uma prerrogativa do agente ministerial, o legislador infraconstitucional estabeleceu expressamente os casos que implicam a perda do seu cargo”;** este é, também, o meu entendimento, já exteriorizado no recurso supracitado.

Os casos de perda da função pública de membros do Ministério Público e Magistratura encontram-se expressamente delineadas pelas Leis Complementares nº 8.625/93 e 35/79, respectivamente.

Ante ao exposto, nego provimento ao recurso e mantenho incólume a respeitável decisão hostilizada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

[...]

Do que se observa, o Tribunal de origem decidiu que os membros do Ministério Público não estão sujeitos à pena de perda da função pública prevista no artigo 12 da Lei nº 8.429/1992 no caso de prática de ato ímprobo, porquanto as hipóteses de aplicação dessa pena estariam expressamente previstas na Lei nº 8.625/1993 e na LC nº 35/1979.

Nos termos em que decidido pelo acórdão *a quo*, não há falar em violação do art. 535 do CPC, pois Tribunal de origem julgou a matéria, de forma clara, coerente e fundamentada, pronunciando-se, suficientemente, sobre os pontos que entendeu relevantes para a solução da controvérsia. Precedentes: REsp 1.102.575/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 1/10/2009; EDcl no MS 13.692/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 15/9/2009; AgRg no Ag 1.055.490/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 14/9/2009.

Com relação à tese da possibilidade de perda do cargo em razão da prática de atos ímprobos, deve-se destacar que, nos termos do art. 37, § 4º, da Constituição Federal, todos os agentes públicos que integram a administração pública, direta ou indireta, **de qualquer dos Poderes** da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios estão sujeitos às penas decorrentes da prática de atos de improbidade, como a suspensão dos direitos políticos, **a perda da função pública**, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Regulamentando a previsão constitucional, a Lei nº 8.429/1992 estabeleceu que “os atos de improbidade praticados por **qualquer agente público**, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, **serão punidos na forma desta lei**” (art. 1º), delimitando o conceito de agente público como “todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior” (art. 2º).

A propósito, deve-se consignar que é pacífico o entendimento jurisprudencial do STJ no sentido de que a Lei nº 8.429/1992 é aplicável aos agentes políticos, entre os quais se incluem os magistrados e promotores. Precedentes: REsp 1249531/RN, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 05/12/2012; Resp 1205562/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 17/02/2012; EDcl no AgRg no REsp 1288970/MT, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 01/06/2012; AIA 30/AM, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe 28/09/2011; REsp 1.133.522/RN, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 16.6.2011; REsp 1.169.762/RN, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 10.9.2010.

O fato de a LC nº 75/1993 e a Lei nº 8.625/1993 preverem a garantia da vitaliciedade aos membros do Ministério Público e a necessidade de ação judicial para aplicação da pena de demissão **não induz à conclusão de que estes não podem perder o cargo em razão de sentença proferida na ação civil pública por ato de improbidade administrativa.**

Conquanto a lei estabeleça a necessidade de ação judicial para a aplicação da perda do cargo do membro do Ministério Público, as hipóteses previstas na LC nº 75/1993 e na Lei nº 8.625/1993 dizem respeito **a fatos apurados no âmbito administrativo**, daí porque se prevê a necessidade de autorização do Conselho Superior do Ministério Público para o ajuizamento da ação judicial (art. 57, inciso XX, da LC nº 75/1993 e § 2º do art. 38 da Lei nº 8.625/1993).

Oportuna a transcrição do art. 38 da Lei nº 8.625/1993:

Art. 38. Os membros do Ministério Público sujeitam-se a regime jurídico especial e têm as seguintes garantias:

I – vitaliciedade, após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado;

II – inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público;

III – irredutibilidade de vencimentos, observado, quanto à remuneração, o disposto na Constituição Federal.

§ 1º O membro vitalício do Ministério Público somente perderá o cargo por sentença judicial transitada em julgado, proferida em ação civil própria, nos seguintes casos:

I – prática de crime incompatível com o exercício do cargo, após decisão judicial transitada em julgado;

II – exercício da advocacia;

III – abandono do cargo por prazo superior a trinta dias corridos.

§ 2º A ação civil para a decretação da perda do cargo será proposta pelo Procurador-Geral de Justiça perante o Tribunal de Justiça local, após autorização do Colégio de Procuradores, na forma da Lei Orgânica.

E do inciso XX do art. 57 da Lei Complementar nº 75/1993:

Art. 57. **Compete ao Conselho Superior do Ministério Público Federal:**

[...]

XX – autorizar, pela maioria absoluta de seus membros, que o Procurador-Geral da República ajuíze a ação de perda de cargo contra membro vitalício do Ministério Público Federal, nos casos previstos nesta lei;

Aliás, importa mencionar, no que interessa ao objeto do recurso especial, que a LC nº 75/1993, nos artigos 240 a 243, estabelece o seguinte:

Art. 240. As sanções previstas no artigo anterior serão aplicadas:

[...]

V – as de demissão, nos casos de:

a) lesão aos cofres públicos, dilapidação do patrimônio nacional ou de bens confiados à sua guarda;

b) improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º, da Constituição Federal;

[...]

§ 5º A demissão poderá ser convertida, uma única vez, em suspensão, nas hipóteses previstas nas alíneas *a* e *h* do inciso V, quando de pequena gravidade o fato ou irrelevantes os danos causados, atendido o disposto no art. 244.

Art. 241. Na aplicação das penas disciplinares, considerar-se-ão os antecedentes do infrator, a natureza e a gravidade da infração, as circunstâncias em que foi praticada e os danos que dela resultaram ao serviço ou à dignidade da Instituição ou da Justiça.

Art. 242. **As infrações disciplinares** serão apuradas em processo administrativo; **quando lhes forem cominadas penas de demissão**, de cassação de aposentadoria ou de disponibilidade, a imposição destas dependerá, também, **de decisão judicial com trânsito em julgado**.

Art. 243. Compete ao Procurador-Geral de cada ramo do Ministério Público da União aplicar a seus membros as penas de advertência, censura e suspensão.

Como se observa, a legislação de regência prevê o ajuizamento de ação civil específica para a aplicação de sanção de demissão e/ou perda do cargo de promotor que venha a praticar infração disciplinar caracterizada pela prática de atos de improbidade administrativa.

Todavia, a ação civil específica acima mencionada em nada interfere nas disposições da Lei nº 8.429/1992, até mesmo em observância do § 2º do art. 2º do Decreto-Lei nº 4.657/1942 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, cujo comando dispõe: “a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”.

Com efeito, a previsão legal de que o Procurador-Geral de Justiça ou o Procurador-Geral da República ajuizará ação civil específica para a aplicação da pena de demissão ou perda do cargo, nos casos elencados na lei, dentre os quais destacam-se a prática de

crimes e os **atos de improbidade**, não obsta que o legislador ordinário, cumprindo o mandamento do § 4º do art. 37 da Constituição Federal, estabeleça a pena de perda do cargo do membro do Ministério Público quando comprovada a prática de ato ímprobo, em ação civil pública específica para sua constatação.

Na legislação aplicável aos membros do Ministério Público, asseguram-se à instituição as providências cabíveis para sancionar o agente comprovadamente ímprobo e, nos exatos termos das garantias que prevê, exige o ajuizamento de ação judicial específica para tanto.

Na nominada Lei de Improbidade, Lei nº 8.429/1992, o legislador amplia a legitimação ativa, ao prever que a ação será proposta “pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada” (art. 17). Não há competência exclusiva do Procurador-Geral.

Não há, pois, somente uma única via processual adequada à aplicação da pena de perda do cargo a membro do Ministério Público.

A demissão ou perda do cargo por ato de improbidade administrativa (art. 240, inciso V, alínea b, da LC nº 75/1993) não só pode ser determinada pelo **trânsito em julgado de sentença condenatória em ação específica**, cujo ajuizamento foi **provocado por procedimento administrativo e é da competência do Procurador-Geral**, conforme se extrai da Lei nº 8.429/1992 combinada com o parágrafo único do art. 208 da LC nº 75/1993, que determina a instauração de investigação por parte da autoridade administrativa e a instauração da respectiva ação judicial, **como também pode ocorrer em decorrência do trânsito em julgado da sentença condenatória proferida em ação civil pública prevista na Lei nº 8.429/1992**.

Essa conclusão é decorrência lógica do comando inserto no art. 12 da Lei nº 8.429/1992: “**independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações**, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato”.

Assim, é equivocada a premissa jurídica em que se assentou o acórdão *a quo*.

Ante o exposto, **dou provimento ao recurso especial** para cassar o acórdão recorrido e declarar a possibilidade de, em ação civil pública por ato de improbidade administrativa, ser aplicada a pena de perda do cargo a membro do Ministério Público, caso a pena seja adequada à sua punição.

É como voto.

VOTO

(MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO)

1. O que a Dra. Procuradora frisou, e que percebi, Senhor Ministro BENEDITO GONÇALVES, – e poderíamos discutir com a maior largueza e amplitude esse ponto,

que é relevante –, é que, embora seja possível a ação de improbidade contra agentes políticos, contra o Promotor não o é, porque o Promotor tem um regime disciplinar próprio.

2. A Dra. Procuradora entende que o Tribunal não se pronunciou sobre a possibilidade de aplicação de sanção de demissão a Promotor por ato de improbidade em ação civil pública ajuizada no Primeiro Grau, não é isso? O Tribunal não teria se pronunciado sobre isso. O Senhor Ministro BENEDITO GONÇALVES entende que há pronunciamento do Tribunal sobre isso.

3. Senhores Ministros, essa questão, a meu sentir, envolve um aspecto de extrema delicadeza com relação às garantias e às prerrogativas que tutelam a função do Ministério Público.

4. Imagino que um Promotor ou um membro do Ministério Público de qualquer grau hierárquico não possa perder o cargo por decisão tomada em ação civil pública por ato de improbidade, por causa das garantias. Penso que o Tribunal deve se pronunciar expressa e extensamente sobre esse aspecto, afirmando, se for o caso, que a perda da função pública de Promotor pode se dar em ação civil pública por ato de improbidade.

5. A razão de me manifestar contrariamente a essa possibilidade, portanto, é para exigir que o Tribunal de Minas Gerais se manifeste claramente sobre essa questão, e está em que o membro do Ministério Público de Primeiro Grau ou até de qualquer grau hierárquico fica muito ao alcance daquelas pessoas que são contrariadas pelo seu trabalho ministerial. O Promotor, talvez mais do que o Juiz, provoca contrariedade em muita gente, talvez mais do que o Juiz.

6. Então, o Promotor pode ter como represália de alguém esse tipo de reação, dizendo que ele cometeu um ato de improbidade, e ficar submetido ao procedimento de improbidade do qual pode resultar a perda do cargo. A perda do cargo só pode resultar de um processo que tramite segundo as prerrogativas e as garantias que são próprias da sua condição de Promotor ou de membro do Ministério Público.

7. Daí porque, Senhores Ministros, peço vênia a V. Exas. Para entender que, dada a relevância desse ponto, a gravidade da argumentação e a necessidade dessa questão ficar explícita solarmente, acolho a ponderação da Dra. Subprocuradora-Geral da República, no sentido de retornar esse feito ao Tribunal de origem, uma vez que a ação de improbidade tramita no primeiro grau, para que o Tribunal se pronuncie claramente: “A perda da função de Promotor pode ser aplicada por um Juiz de primeiro grau”? que é o caso.

8. Um Juiz decretar a perda da função de um Promotor por iniciativa de outro Promotor me parece, com a devida vênia, um tanto quanto agressivo ou, pelo menos, incompatível com o sistema de garantias e da dignidade da função de Promotor. Pode um Juiz de primeiro grau cassar um Promotor acusado por outro Promotor?

9. Então, pode haver ação de improbidade, menos para imposição da perda da função pública, mesmo sem saber qual será a gravidade da infração que se apurar? Vamos supor que, na ação de improbidade contra o Promotor, que, a meu ver, não é possível, mas se fosse possível, então, podem-se aplicar várias sanções, menos a de perda da função pública, e que aquilo que se apurar na ação de improbidade for de tal gravidade que a sanção seja demissão, aí não se aplica? Aí é uma imunidade do Promotor.

10. Penso que nem o Promotor, nem o Juiz, não têm imunidades, mas têm prerrogativas. A ação de improbidade contra Promotor, se não puder aplicar a pena de demissão, já se está *ex ante*, antecipadamente, dizendo que a sanção não será grave, independentemente do que se apurar? E se se apurar uma conduta grave?

11. Penso, Senhor Ministro ARI PARGENDLER, se o Promotor puder responder à ação de improbidade, poderá também suportar a pena de perda de função.

12. Eu havia feito um destaque nesse julgamento de V. Exa. O meu destaque, Senhor Ministro BENEDITO GONÇALVES, é para afirmar apenas o seguinte: um membro do Ministério Público está sujeito à Lei nº 8.429, sem dúvida nenhuma. O que anotei para dizer foi que quem está sujeito a qualquer Lei sancionadora responde de acordo com o sistema legal de garantias de sua categoria.

13. O meu voto, sou praticamente compelido a antecipar, com as vênias do Senhor Ministro SÉRGIO KUKINA, é pelo desprovimento desse recurso. Ou seja, o Promotor de Justiça só pode vir a perder o cargo nas hipóteses do seu Estatuto. Só e em nenhuma outra hipótese, ainda que a conduta dele seja grave, seja ímproba, seja isso, seja aquilo.

14. Então, o meu voto é pelo desprovimento do recurso e pelo trancamento da ação de improbidade contra o promotor. O que foi dito na instância de Primeiro Grau é que a ação pode tramitar contra o Promotor, mas não se pode aplicar a pena de demissão. Então, não pode tramitar. Se pode tramitar, mas não se pode aplicar sanção, *mutatis mutandis*, como o Senhor Ministro BENEDITO GONÇALVES gosta de dizer, não se pode tramitar. Tramitar para que, se não se pode aplicar a sanção?

15. Então, fica essa minha manifestação antecipada, pedindo vênias a V. Exa., no sentido de negar provimento ao Recurso Especial e trancar a ação de improbidade contra o Promotor, mantendo, portanto, o acórdão recorrido.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2010/0076423-3

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.191.613/MG

Números Origem: 10024081347072002 10024081347072006
10024081347072007

PAUTA: 03/10/2013 JULGADO: 03/10/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **DARCY SANTANA VITOBELLO**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RECORRIDO: MANUELA XAVIER LAGES E OUTRO

ADVOGADO: LUÍS CARLOS PARREIRAS ABRITTA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO – Atos Administrativos – Improbidade Administrativa

SUSTENTAÇÃO ORAL

Exma. Sra. Dra. **DARCY SANTANA VITOBELLO**, Subprocuradora-Geral da República, pela parte **RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS**.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia **PRIMEIRA TURMA**, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Relator dando provimento ao recurso especial e o voto divergente do Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho negando-lhe provimento, pediu vista o Sr. Ministro Sérgio Kukina. Aguardam os Srs. Ministros Ari Pargendler.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima.

VOTO-VOGAL

O SENHOR MINISTRO SÉRGIO KUKINA: Aderindo, por inteiro, aos fundamentos contidos no voto do eminente Ministro Benedito Gonçalves, peço licença para, de forma convergente, agregar algumas poucas considerações, fazendo-o nos termos que seguem.

Com efeito, diz o § 4º do art. 37 da Constituição Federal que “Os atos de

improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”. Daí que, como bem pontuou o Relator, a literalidade desse regramento, de amplo espectro, não abraça qualquer distinção quanto à qualificação dos agentes públicos, tampouco exclui qualquer grupo do campo de incidência das penalidades a serem aplicadas. Em vez disso, a ênfase está tão somente na natureza do ato praticado: ato de improbidade.

Outrossim, fato é que a Lei nº 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público dos Estados) não contempla, entre as hipóteses de perda de cargo de membro do **Parquet**, o cometimento de ato ímprobo, como se lê, *in verbis*:

Art. 38. [...]

§ 1º O membro vitalício do Ministério Público somente perderá o cargo por sentença judicial transitada em julgado, proferida em ação civil própria, nos seguintes casos:

I – prática de crime incompatível com o exercício do cargo, após decisão judicial transitada em julgado;

II – exercício de advocacia;

III – abandono do cargo por prazo superior a 30 (trinta) dias corridos.

§ 2º A ação civil para a decretação da perda do cargo será proposta pelo Procurador-Geral de Justiça perante o Tribunal de Justiça local, após autorização do Colégio de Procuradores, na forma da Lei Orgânica.

No entanto, essa falta de referência expressa à hipótese de improbidade, só por si, não pode conduzir ao entendimento de que o silêncio do diploma orgânico ministerial fosse direcionado a subtrair os agentes do **Parquet** do regime sancionatório dos atos de improbidade administrativa, como previsto na Constituição (art. 37, § 4º) e regulamentado pela Lei nº 8.429/1992.

Ao invés disso, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e a Lei de Improbidade, longe de se chocarem, convivem harmonicamente. A condenação do membro do **Parquet** à pena de perda de cargo, nos moldes do art. 38 da Lei nº 8.625/1993, diz respeito apenas às condutas estritamente especificadas nessa própria Lei Orgânica, que não faz menção aos atos ímprobos, é verdade, e nem necessitaria fazê-lo, uma vez que existe lei especialmente vocacionada para tratar do tema, qual seja, a Lei nº 8.429/1992.

Logo, inexistente qualquer óbice a que os membros do Ministério Público, uma vez regularmente processados e condenados em ação civil pública por ato de improbidade administrativa, sujeitem-se também à pena de perda da função pública, tal como prescrita nos três incisos do art. 12 da Lei nº 8.429/1992.

Registre-se, por oportuno, que o tema não é novo nos domínios da doutrina e que o entendimento acima exposto encontra respaldo em abalizado magistério. Nesse sentido, **Emerson Garcia** ensina o seguinte:

No que concerne aos membros do Ministério Público Estadual, o art. 38, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.625/1993 estabelece que somente poderão perder o cargo por força de decisão proferida em ação civil, a ser julgada pelo Tribunal de Justiça local, nos casos de “prática de crime incompatível com o exercício do cargo”, “exercício da advocacia” e “abandono de cargo por prazo superior a 30 (trinta) dias corridos”. O emprego do advérbio somente poderia embasar a tese de que a enumeração é taxativa, sendo insuscetível de ampliação por força de disposição contida em norma de natureza geral, como é a Lei nº 8.429/1992 (lex generalis specialis non derogat), não se olvidando que referida lei orgânica afasta a possibilidade de o órgão jurisdicional de primeira instância aplicar tal sanção.

Em razão disto, ter-se-ia a impossibilidade de demissão do agente ímprobo pela prática de ato de improbidade, o que seria nitidamente contrário ao interesse público e ao próprio sistema que busca um honeste vivere dos membros do Ministério Público.

Em nosso pensar, a incoerência da referida conclusão está nitidamente entrelaçada com a equívoca identificação da norma especial e da norma geral. In casu, o parâmetro a ser seguido, consoante a própria letra do art. 37, § 4º, da Constituição da República, haverá de ser a natureza do ato, e não a qualidade do agente público. Justifica-se a assertiva, pois toda a sistemática legal e constitucional gira em torno dos atos de improbidade, o que demonstra que a Lei nº 8.429/1992 ocupa o posto de norma de natureza especial, rompendo com a disciplina dispensada aos demais ilícitos passíveis de serem praticados, estes sim regulados pela Lei Orgânica da Instituição, que será considerada norma especial em razão da peculiar condição do agente.

Assim, o que se verifica é o elastecimento das hipóteses autorizadoras da perda da função previstas no art. 38, § 1º, da Lei nº 8.625/1993. Por constituir a Lei nº 8.429/1992 um microsistema de combate à improbidade, com peculiaridades próprias e que comina sanções de natureza cível, também em relação aos membros do Ministério Público Estadual inexistente prerrogativa de foro, devendo ser fixada a competência do juízo monocrático. Em que pese o fato de o art. 38, § 2º, da Lei nº 8.625/1993 ser claro ao estatuir que “a ação civil para a decretação da perda do cargo será proposta pelo Procurador-Geral de Justiça perante o Tribunal de Justiça local”, tal preceito

somente será aplicável às hipóteses previstas no diploma legal em que está inserido, não alcançando a disciplina específica da Lei de Improbidade.

(GARCIA, Emerson e PACHECO ALVES, Rogério. *Improbidade administrativa*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 686-7)

Nessa mesma linha de compreensão, explica **Pedro Roberto Decomain**:

A própria Lei Orgânica do Ministério Público da União prevê, portanto, na esteira do art. 37, parágrafo 4º, da CF/88, a perda do cargo do membro vitalício do Ministério Público, em decorrência da prática de ato de improbidade.

No atinente aos membros dos Ministérios Públicos dos Estados, a respectiva Lei Orgânica Nacional – Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, relaciona as hipóteses de perda do cargo do Promotor ou Procurador de Justiça vitalício no parágrafo 1º, de seu art. 38, assim redigido:

[...]

Como é fácil perceber, o cometimento de ato de improbidade não restou incluído entre as hipóteses nas quais o membro do Ministério Público estadual já detentor da vitaliciedade haveria de perder o cargo.

Essa omissão legislativa, todavia, não se pode sobrepor à generalidade do parágrafo 4º do art. 37 da CF/88. Como já restou apontado em mais de uma ocasião, o dispositivo constitucional em apreço não faz qualquer distinção atinente à categoria do agente responsável pela improbidade. Qualquer que seja tal categoria, fica sujeito à sanção constitucional de perda do cargo ou função (como também às demais sanções constitucionais e infraconstitucionais pertinentes à improbidade).

A lei ordinária não poderia restringir o campo de incidência de uma norma constitucional. Era viável à Lei nº 8.625/1993 veicular as hipóteses em que o membro vitalício do Ministério Público Estadual poderia perder seu cargo. Autorização para isso consta inclusive, ainda que de modo implícito, do art. 128, parágrafo 5º, I, “a”, da CF/88, o qual, a par de assegurar a vitaliciedade aos membros do Ministério Público, também permite percam o cargo por sentença judicial transitada em julgado, embora não refira às hipóteses nas quais a perda poderá ter lugar. Não parece, todavia, viável interpretar dita Lei no sentido de que membros vitalícios do Ministério Público Estadual

não possam perder seus cargos em decorrência do julgamento de procedência de ação na qual sejam acusados da autoria de atos de improbidade.

(Improbidade administrativa. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2014, p. 60-1)

Ante o exposto, em consonância com o voto proferido pelo eminente Relator, dou provimento ao recurso especial, para assentar o entendimento de que membros do Ministério Público podem ser sancionados com a perda da função pública, no âmbito de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, regida pela Lei nº 8.429/92.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2010/0076423-3

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.191.613/MG

Números Origem: 10024081347072002 10024081347072006
10024081347072007

PAUTA: 03/10/2013 JULGADO: 03/03/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **DARCY SANTANA VITOBELLO**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RECORRIDO: MANUELA XAVIER LAGES E OUTRO

ADVOGADO: LUÍS CARLOS PARREIRAS ABRITTA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO – Atos Administrativos – Improbidade Administrativa

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo o julgamento, a Turma, por unanimidade, verificando-se a insuficiência de “*quorum*”, determinou a renovação do julgamento com a reinclusão do feito em pauta, nos termos da questão de ordem suscitada pelo Sr. Ministro Sérgio Kukina, dispensada a lavratura de acórdão.

Votaram os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Marga Tessler (Juíza Federal convocada do TRF 4ª Região) e Napoleão Nunes Maia Filho.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2010/0076423-3

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.191.613/MG

Números	Origem:	10024081347072002	10024081347072006
10024081347072007			

PAUTA: 19/03/2015 JULGADO: 19/03/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **DARCY SANTANA VITO BELLO**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RECORRIDO: MANUELA XAVIER LAGES E OUTRO

ADVOGADO: LUÍS CARLOS PARREIRAS ABRITTA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO – Atos Administrativos – Improbidade Administrativa

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Renovando o julgamento, a Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Marga Tessler (Juíza Federal convocada do TRF 4ª Região) e Napoleão Nunes Maia Filho (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.333.349 – SP (2012/0142268-4)

RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

RECORRENTE: LUIZ GONZAGA LANZI

ADVOGADO: DANIEL MAXIMILIAN DE LUIZI GOUVEIA E OUTRO(S)

RECORRIDO: BANCO MERCANTIL DO BRASIL S/A

ADVOGADO: VANDERLEI VEDOVATTO E OUTRO(S)

INTERES.: FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS FEBRABAN – “AMICUS CURIAE”

ADVOGADOS: RICARDO LUIZ BLUNDI STURZENEGGER

GUSTAVO CÉSAR DE SOUZA MOURÃO E OUTRO(S)

LUCIANO CORREA GOMES

EMENTA

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ Nº 8/2008. DIREITO EMPRESARIAL E CIVIL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PROCESSAMENTO E CONCESSÃO. GARANTIAS PRESTADAS POR TERCEIROS. MANUTENÇÃO. SUSPENSÃO OU EXTINÇÃO DE AÇÕES AJUIZADAS CONTRA DEVEDORES SOLIDÁRIOS E COOBRIGADOS EM GERAL. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 6º, *CAPUT*, 49, § 1º, 52, INCISO III, E 59, *CAPUT*, DA LEI Nº 11.101/2005.

1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: “A recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das execuções nem induz suspensão ou extinção de ações ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória, pois não se lhes aplicam a suspensão prevista nos arts. 6º, *caput*, e 52, inciso III, ou a novação a que se refere o art. 59, *caput*, por força do que dispõe o art. 49, § 1º, todos da Lei nº 11.101/2005”.

2. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da SEGUNDA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para os efeitos do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, foi aprovada a seguinte tese: “A recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das execuções nem tampouco induz suspensão ou extinção de

ações ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória, pois não se lhes aplicam a suspensão prevista nos arts. 6º, *caput*, e 52, inciso III, ou a novação a que se refere o art. 59, *caput*, por força do que dispõe o art. 49, § 1º, todos da Lei nº 11.101/2005”. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Raul Araújo.

Brasília (DF), 26 de novembro de 2014 (Data do Julgamento)

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO – Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

1. Luiz Gonzaga Lanzi opôs embargos à execução ajuizada por Banco Mercantil do Brasil S.A. A tese central defendida na peça de oposição alude a que a execução não possui lastro em título exigível, uma vez que o embargante é apenas avalista de Cédula de Crédito Bancário, cujo devedor principal (Cerâmica Lanzi Ltda.) está em recuperação judicial, com processamento deferido. Assim, buscou a suspensão do procedimento executivo com base no que dispõe o art. 265, inciso IV, alínea “b” do CPC e arts. 6º, *caput*, e 49, *caput*, da Lei nº 11.101/2005.

No curso do processo, o plano de recuperação judicial foi aprovado pela Assembleia de Credores (fls. 161-163) e a recuperação foi, enfim, concedida por sentença (fls. 261-263). Em razão disso, afirmou-se, ainda, que a execução contra o devedor coobrigado deveria ser extinta, tendo em vista a novação da dívida operada pela aprovação do plano, nos termos do art. 59 da Lei nº 11.101/2005.

O Juízo de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Mogi Guaçu/SP acolheu os embargos para extinguir a execução, entendendo que a aprovação do plano de recuperação judicial opera, realmente, novação da dívida avalizada, devendo o crédito ser solvido de acordo com o plano (fls. 261-263).

A sentença foi reformada por acórdão assim ementado:

RECUPERAÇÃO JUDICIAL – Coobrigados – Possibilidade de serem acionados – Inteligência dos arts. 6º, *caput*, 49, § 1º e 59 da Lei nº 11.101/05 – Apelo provido (fl. 310).

Opostos embargos de declaração (fls. 315-318), foram rejeitados (fls. 321-323).

Sobreveio recurso especial apoiado na alínea “a” do permissivo constitucional, no qual se alegou ofensa aos arts. 535, 572 e 614, inciso III, do CPC; arts. 59 e 61, § 2º, da Lei nº 11.101/2005 e art. 365 do Código Civil.

Em linhas gerais, aduz o recorrente que a aprovação do plano de recuperação opera novação dos créditos a ele submetidos, razão pela qual busca a extinção do processo de execução ajuizado contra ele, figurando apenas como garantidor da Cédula de Crédito Bancário na qual a dívida se materializara.

Contra-arrazado (fls. 353-376), o recurso especial foi admitido (fl. 378).

Ascendendo os autos a esta Corte, verifiquei haver multiplicidade de recursos a versar controvérsia alusiva à possibilidade do prosseguimento de ações de cobrança ou execuções ajuizadas em face de devedores solidários ou coobrigados em geral, depois de deferida a recuperação judicial ou mesmo depois de aprovado o plano de recuperação do devedor principal.

Por isso, afetei o julgamento do tema em destaque à eg. Segunda Seção, nos termos do art. 543-C do CPC, bem como da Resolução nº 8/2008.

Como *amicus curiae*, a Federação Brasileira de Bancos – Febraban – manifestou entendimento segundo o qual é “possível o prosseguimento de ações de cobrança ou execuções ajuizadas em face de devedores solidários ou coobrigados em geral, depois de deferida a recuperação judicial e mesmo depois de aprovado o plano de recuperação do devedor principal, não sendo a obrigação solidária atingida pela novação prevista no art. 59 da Lei nº 11.101/2005” (fl. 412).

Em idêntica direção, manifestou-se o Ministério Público Federal mediante parecer subscrito pelo i. Subprocurador-Geral da República Maurício de Paula Cardoso (fls. 426-436).

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

2. Não há ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, pois o Tribunal *a quo* dirimiu as questões pertinentes ao litígio, afigurando-se dispensável que o órgão julgador examine uma a uma as alegações e os fundamentos expendidos pelas partes. Basta que decline as razões jurídicas que embasaram a decisão, sem necessidade de que se reporte de modo específico a determinados preceitos legais. No caso, o julgamento dos embargos de declaração apenas se revelou contrário aos interesses do recorrente, circunstância que não configura omissão, contradição ou obscuridade.

3. Quanto à questão de fundo, cuida-se de controvérsia bastante conhecida no âmbito desta Corte. Após o deferimento da recuperação judicial e, mais adiante, com a aprovação do plano pela assembleia de credores, surgem discussões acerca da posição a ser assumida por quem, juntamente com a empresa recuperanda, figurou como coobrigado em contratos ou títulos de crédito submetidos à recuperação.

De fato, e como se sabe, a recuperação judicial divide-se, essencialmente, em duas fases: (a) a primeira inicia-se com o deferimento de seu processamento (arts. 6º e 52 da Lei nº 11.101/2005); (b) a segunda com a aprovação do plano pelos credores reunidos em assembleia, seguida da concessão da recuperação por sentença (arts.

57 e 58, *caput*) ou, excepcionalmente, pela concessão forçada da recuperação pelo juiz, nas hipóteses previstas nos incisos do § 1º do art. 58 – *Cram Down*.

Assim, para o desate da controvérsia referente à posição do devedor solidário ou coobrigado em geral, convém separar esses dois momentos, muito embora a solução final seja a mesma.

3.1. Deferimento do processamento da recuperação judicial – arts. 6º, *caput*, e 52, inciso III, da Lei nº 11.101/2005

Apresentado o pedido por empresa que busca o soerguimento, estando em ordem a petição inicial – com a documentação exigida pelo art. 51 da Lei nº 11.101/2005 –, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial (art. 52), iniciando-se em seguida a fase de formação do quadro de credores, com apresentação e habilitação dos créditos.

Portanto, uma vez deferido o processamento da recuperação, entre outras providências a serem adotadas pelo magistrado, determina-se a suspensão de todas as ações e execuções, nos termos dos arts. 6º e 52, inciso III, da Lei nº 11.101/2005:

Art. 6º. A decretação da falência ou o **deferimento do processamento** da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em **face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário**.

[...]

Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz **deferirá o processamento** da recuperação judicial e, no mesmo ato:

[...]

III – **ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor**, na forma do art. 6º desta Lei, permanecendo os respectivos autos no juízo onde se processam, ressalvadas as ações previstas nos §§ 1º, 2º e 7º do art. 6º desta Lei e as relativas a créditos excetuados na forma dos §§ 3º e 4º do art. 49 desta Lei;

Em muitos casos analisados por esta Corte, os devedores solidários da obrigação – que tem como devedor principal a empresa recuperanda – indicam a parte final do *caput* do art. 6º como fundamento do pedido de suspensão das ações individuais ajuizadas contra si, invocando a redação que determina a suspensão das ações não apenas contra o devedor principal, mas também “**aquelas dos credores particulares do sócio solidário**”, sendo certo que, em não raras vezes, o devedor solidário é também sócio da pessoa jurídica em recuperação.

A mencionada tese, todavia, se bem analisada, baralha os conceitos de sócio solidário e de devedor solidário e, de fato, não se sustenta.

É que o *caput* do art. 6º da Lei nº 11.101/2005, no que concerne à suspensão das ações por ocasião do deferimento da recuperação, alcança os **sócios solidários**, figuras presentes naqueles tipos societários em que a responsabilidade pessoal dos consorciados não é subsidiária ou limitada às suas respectivas quotas/ações, como é o caso, por exemplo, da sociedade em nome coletivo (art. 1.039 do CC/2002) e da sociedade em comandita simples, no que concerne aos sócios comanditados (art. 1.045 do CC/2002).

A razão de ser da norma que determina, tanto na falência quanto na recuperação judicial, a suspensão das ações dos credores particulares dos sócios solidários repousa no fato de que, na eventualidade de decretação da falência da sociedade, os efeitos da quebra estendem-se àqueles, nos mencionados tipos societários menores, mercê do que dispõe o art. 81 da Lei nº 11.101/2005:

Art. 81. A decisão que decreta a falência da sociedade com sócios ilimitadamente responsáveis também acarreta a falência destes, que ficam sujeitos aos mesmos efeitos jurídicos produzidos em relação à sociedade falida e, por isso, deverão ser citados para apresentar contestação, se assim o desejarem.

Assim, na falência, a *vis attractiva* do Juízo universal determina a suspensão das ações individuais contra o falido (inclusive as ajuizadas contra os sócios solidários), devendo o crédito ser habilitado na execução concursal.

Na recuperação judicial, por sua vez, a crise da empresa revela-se como aquela do próprio sócio ilimitada e solidariamente responsável, devendo este participar ativamente do processo de soerguimento da sociedade – e dele próprio – sob pena de, futuramente, ser-lhe decretada a falência por extensão da quebra da pessoa jurídica.

Nesse sentido, e por todos, confira-se o magistério de Fábio Ulhoa Coelho:

Quando, por outro lado, se trata de sociedade de tipo menor, é necessário distinguir a situação jurídica do sócio com responsabilidade ilimitada (qualquer um, na sociedade em nome coletivo; comanditado, na sociedade em comandita simples; acionista-diretor, na comandita por ações) da dos que respondem limitadamente (comanditário, na comandita simples e o acionista não diretor, na comandita por ações) pelas obrigações sociais. Na falência, de sociedade de tipo menor, os bens dos sócios de responsabilidade ilimitada são *arrecadados* pelo administrador judicial juntamente com os da sociedade. Estão, assim, sujeitos à mesma constrição judicial do patrimônio da falida (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. volume 3. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 286).

A situação é bem diversa, por outro lado, em relação aos **devedores solidários** ou **coobrigados**. Para eles, a disciplina é exatamente inversa, prevendo a Lei expressamente a preservação de suas obrigações na eventualidade de ser deferida a recuperação judicial do devedor principal.

Nesse sentido é o que dispõe § 1º do art. 49 da Lei:

§ 1º Os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso.

Portanto, não há falar em suspensão da execução direcionada a codevedores ou devedores solidários pelo só fato de o devedor principal ser sociedade cuja recuperação foi deferida, pouco importando se o executado é também sócio da recuperanda ou não, uma vez não se tratar de sócio solidário.

Na I Jornada de Direito Comercial realizada pelo CJF/STJ foi aprovado o Enunciado nº 43, com a seguinte redação: “A suspensão das ações e execuções previstas no art. 6º da Lei nº 11.101/2005 não se estende aos coobrigados do devedor”.

3.2. Aprovação do plano de recuperação judicial e a novação dele resultante – art. 59, *caput*, da Lei nº 11.101/2005 e art. 365 do Código Civil

Pelo ângulo agora analisado, a controvérsia situa-se em momento posterior à decisão que defere o processamento da recuperação (arts. 6º, *caput*, e 52 da Lei nº 11.101/2005). Acomoda-se, precisamente, na segunda fase da recuperação, quando o plano já fora aprovado em assembleia e a recuperação judicial concedida pelo juiz (art. 58 da Lei nº 11.101/2005).

A relevância da questão consiste em que, diferentemente da primeira fase, em que as ações são suspensas, a aprovação do plano opera novação dos créditos e a decisão homologatória constitui, ela própria, novo título executivo judicial, nos termos do que dispõe o art. 59, *caput* e § 1º, da Lei nº 11.101/2005.

Confira-se a redação do preceito legal:

Art. 59. O plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias, observado o disposto no § 1º do art. 50 desta Lei.

§ 1º A decisão judicial que conceder a recuperação judicial constituirá título executivo judicial, nos termos do art. 584, inciso III, do *caput* da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil.

Assim, a prosperar a tese defendida no presente recurso – e em vários outros que aportam a esta Corte –, após a novação da dívida, as execuções intentadas contra a empresa recuperanda e seus garantes deveriam ser extintas, nos termos do que dispõem os arts. 364 e 365 do Código Civil, a respeito da novação comum:

Art. 364. A novação extingue os acessórios e garantias da dívida, sempre que não houver estipulação em contrário. Não aproveitará, contudo, ao credor ressalvar o penhor, a hipoteca ou a anticrese, se os bens dados em garantia pertencerem a terceiro que não foi parte na novação.

Art. 365. Operada a novação entre o credor e um dos devedores solidários, somente sobre os bens do que contrair a nova obrigação subsistem as preferências e garantias do crédito novado. Os outros devedores solidários ficam por esse fato exonerados.

Nessa linha de raciocínio, as garantias somente seriam restabelecidas em caso de futura decretação de falência, por força do art. 61, § 2º da Lei, segundo o qual “[d]ecretada a falência, os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas, deduzidos os valores eventualmente pagos e ressalvados os atos validamente praticados no âmbito da recuperação judicial”.

Contudo, penso que a argumentação não resiste a uma análise mais detida do sistema recuperacional.

É certo que um dos principais efeitos da novação civil é a extinção dos acessórios e garantias da dívida, como previsto no art. 364 do Código Civil, não obstante a própria lei civil possibilitar a ressalva quanto à manutenção das garantias, com exceção das reais concedidas por terceiros estranhos à novação.

A doutrina civilista confirma que o supramencionado artigo contempla duas grandes regras: “uma, relativa à eficácia extintiva da novação no que diz com os acessórios da dívida original, outra referente à proteção dos bens dados por terceiros em garantia real” (MARTINS-COSTA. *Judith. Comentários ao novo Código civil*, volume V, tomo I. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 606).

Com efeito, percebe-se de logo que a novação prevista na lei civil é bem diversa daquela disciplinada na Lei nº 11.101/2005. Se a novação civil faz, como regra, extinguir as garantias da dívida, inclusive as reais prestadas por terceiros estranhos ao pacto (art. 364 do Código Civil), a novação decorrente do plano de recuperação traz, como regra, ao reverso, a manutenção das garantias (art. 59, *caput*, da Lei nº 11.101/2005), as quais só serão suprimidas ou substituídas “mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia”, por ocasião da alienação do bem gravado (art. 50, § 1º).

Por outro lado, a novação específica da recuperação desfaz-se na hipótese de falência, quando então os “credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas” (art. 61, §2º).

Dai se conclui que o plano de recuperação judicial opera uma novação *sui generis* e sempre sujeita a condição resolutiva, que é o eventual descumprimento do que ficou acertado no plano, circunstância que a diferencia, sobremaneira, daqueloutra, comum, prevista na lei civil.

Nesse sentido, por todos, novamente Fábio Ulhoa dispõe sobre o tema:

As novações, alterações e renegociações realizadas no âmbito da recuperação judicial são sempre condicionais. Quer dizer, valem e são eficazes unicamente na hipótese de o plano de recuperação ser implementado e ter sucesso. Caso se verifique a convolação da recuperação judicial em falência, os credores retornam, com todos os seus direitos ao *status quo ante*. A substituição de garantia no exemplo acima cogitado se desfaz, e o credor será pago, no processo falimentar, como se não tivesse havido nenhum plano de recuperação da devedora.

De observar também que os credores sujeitos aos efeitos da recuperação judicial conservam intactos seus direitos contra coobrigados, fiadores e obrigados de regresso. Desse modo, o portador de nota promissória firmada pela sociedade empresária em recuperação pode executar o avalista desse título de crédito, como se não houvesse o benefício. Cabe ao avalista suportar, nessa situação, o sacrifício direto representado pela recuperação judicial do avalizado (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*, volume 3, 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 425).

Portanto, muito embora o plano de recuperação judicial opere novação das dívidas a ele submetidas, as garantias reais ou fidejussórias são preservadas, circunstância que possibilita ao credor exercer seus direitos contra terceiros garantidores e impõe a manutenção das ações e execuções aforadas em face de fiadores, avalistas ou coobrigados em geral.

Deveras, não haveria lógica no sistema se a conservação dos direitos e privilégios dos credores contra coobrigados, fiadores e obrigados de regresso (art. 49, § 1º, da Lei nº 11.101/2005) dissesse respeito apenas ao interregno temporal que medeia o deferimento da recuperação e a aprovação do plano, cessando tais direitos após a concessão definitiva com a decisão judicial.

4. Ambas as Turmas de Direito Privado têm entendimento uniforme acerca do tema, seja na primeira fase da recuperação – processamento –, seja na segunda – concessão da recuperação depois de aprovado o plano.

Nos dois casos, entende-se ser descabida a suspensão das ações, em razão do processamento da recuperação, ou extinção, por força da alegada novação operada pelo plano, *verbis* :

DIREITO CIVIL E EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. HOMOLOGAÇÃO DO PLANO. NOVAÇÃO *SUI GENERIS*. EFEITOS SOBRE TERCEIROS COOBRIGADOS. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO. DESCABIMENTO. MANUTENÇÃO DAS GARANTIAS. ARTS. 49, § 1º E 59, *CAPUT*, DA LEI Nº 11.101/2005.

1. A novação prevista na lei civil é bem diversa daquela disciplinada na Lei nº 11.101/2005. Se a novação civil faz, como regra, extinguir as garantias da dívida, inclusive as reais prestadas por terceiros estranhos ao pacto (art. 364 do Código Civil), a novação decorrente do plano de recuperação traz como regra, ao reverso, a manutenção das garantias (art. 59, *caput*, da Lei nº 11.101/2005), sobretudo as reais, as quais só serão suprimidas ou substituídas “mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia”, por ocasião da alienação do bem gravado (art. 50, § 1º). Assim, o plano de recuperação judicial opera uma novação *sui generis* e sempre sujeita a uma condição resolutiva, que é o eventual descumprimento do que ficou acertado no plano (art. 61, § 2º, da Lei nº 11.101/2005).

2. Portanto, muito embora o plano de recuperação judicial opere novação das dívidas a ele submetidas, as garantias reais ou fidejussórias, de regra, são preservadas, circunstância que possibilita ao credor exercer seus direitos contra terceiros garantidores e impõe a manutenção das ações e execuções aforadas em face de fiadores, avalistas ou coobrigados em geral.

3. Deveras, não haveria lógica no sistema se a conservação dos direitos e privilégios dos credores contra coobrigados, fiadores e obrigados de regresso (art. 49, § 1º, da Lei nº 11.101/2005) dissesse respeito apenas ao interregno temporal que medeia o deferimento da recuperação e a aprovação do plano, cessando tais direitos após a concessão definitiva com a homologação judicial.

4. Recurso especial não provido.

(REsp 1326888/RS, Rel. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**, QUARTA TURMA, julgado em 08/04/2014, DJe 05/05/2014)

DIREITO EMPRESARIAL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO AJUIZADA EM FACE DE SÓCIO-AVALISTA DE PESSOA JURÍDICA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. SUSPENSÃO DA AÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PENHORA VIA BACEN-JUD. ESGOTAMENTO DOS MEIOS APTOS A GARANTIR A EXECUÇÃO. DESNECESSIDADE.

1. O *caput* do art. 6º da Lei nº 11.101/05, no que concerne à suspensão das ações por ocasião do deferimento da recuperação,

alcança apenas os sócios solidários, presentes naqueles tipos societários em que a responsabilidade pessoal dos consorciados não é limitada às suas respectivas quotas/ações.

2. Não se suspendem, porém, as execuções individuais direcionadas aos avalistas de título cujo devedor principal é sociedade em recuperação judicial, pois diferente é a situação do devedor solidário, na forma do § 1º do art. 49 da referida Lei. De fato, “[a] suspensão das ações e execuções previstas no art. 6º da Lei nº 11.101/2005 não se estende aos coobrigados do devedor” (Enunciado nº 43 da I Jornada de Direito Comercial CJP/STJ).

[...]

(REsp 1269703/MG, Rel. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**, QUARTA TURMA, julgado em 13/11/2012, DJe 30/11/2012)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. NOVAÇÃO. CONDIÇÃO RESOLUTIVA. SUSPENSÃO. NÃO CABIMENTO.

1. A novação operada pelo plano de recuperação fica sujeita a condição resolutiva, nos termos do art. 61 da Lei nº 11.101/05.

2. Não se suspendem as execuções individuais direcionadas aos avalistas de título cujo devedor principal é sociedade em recuperação judicial.

[...]

5. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

(AgRg no REsp 1334284/MT, Rel. Ministro **PAULO DE TARSO SANSEVERINO**, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/09/2014, DJe 15/09/2014)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DEFERIMENTO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL À EMPRESA CO-EXECUTADA. EXECUÇÃO INDIVIDUAL DO AVALISTA. SUSPENSÃO. NÃO CABIMENTO. AUTONOMIA DAS OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS NO TÍTULO DE CRÉDITO EXEQUENDO.

1. Conforme o disposto art. 6º da Lei nº 11.101/05, o deferimento de recuperação judicial à empresa co-executada não tem o condão de suspender a execução em relação a seus avalistas, a exceção do sócio com responsabilidade ilimitada e solidária.

2. O Aval é ato dotado de autonomia substancial em que se garante o pagamento do título de crédito em favor do devedor principal ou de um co-obrigado, isto é, é uma garantia autônoma e solidária. Assim, não sendo possível o credor exercer seu direito

contra o avalizado, no caso a empresa em recuperação judicial, tal fato não compromete a obrigação do avalista, que subsiste integralmente.

3. As deliberações constantes do plano de recuperação judicial, ainda que aprovados por sentença transitada em julgado, não podem afastar as consequências decorrentes das disposições legais, no caso, o art. 49, § 1º, da Lei nº 11.101/05, o qual prevê que “os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso”.

4. Agravo Regimental improvido.

(AgRg nos EDcl no REsp 1280036/SP, Rel. Ministro **SIDNEI BENETI**, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/08/2013, DJe 05/09/2013)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO JUDICIAL HIPOTECÁRIA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DEFERIMENTO. EMPRESA CO-EXECUTADA. PEDIDO DE SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO EM RELAÇÃO AOS AVALISTAS. IMPOSSIBILIDADE. OBRIGAÇÃO CAMBIÁRIA AUTÔNOMA.

– O deferimento do pedido de processamento de recuperação judicial à empresa co-executada não autoriza a suspensão da execução em relação a seus avalistas, por força da autonomia da obrigação cambiária.

– Agravo no recurso especial não provido.

(AgRg no REsp 1378984/RS, Rel. Ministra **NANCY ANDRIGHI**, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/08/2013, DJe 19/08/2013)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. APLICAÇÃO DO ART. 557, § 1º, DO CPC. CABIMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ART. 6, *CAPUT*, DA LEI Nº 11.101/2005. EXECUÇÃO CONTRA COOBRIGADOS, FIADORES E OBRIGADOS DE REGRESSO. POSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

[...]

2. A suspensão prevista no art. 6º, *caput*, da Lei nº 11.101/2005 atinge somente a empresa devedora em regime de falência, recuperação judicial ou liquidação extrajudicial, não impedindo o curso das execuções contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso (art. 49, § 1º, da citada lei), com ressalva dos sócios com responsabilidade ilimitada e solidária.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1191297/RJ, Rel. Ministro **JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 01/07/2013)

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO. RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DÍVIDA PARTICULAR DO SÓCIO. ARTIGO 6º, DA LEI Nº 11.101/05. NÃO PROVIMENTO.

1. Tratando-se de dívida particular do sócio não solidário das obrigações da sociedade, não há suspensão em razão da recuperação judicial desta.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 305.907/RS, Rel. Ministra **MARIA ISABEL GALLOTTI**, QUARTA TURMA, julgado em 18/06/2013, DJe 28/06/2013)

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DEFERIMENTO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL À EMPRESA CO-EXECUTADA. EXECUÇÃO INDIVIDUAL. SUSPENSÃO. NÃO CABIMENTO. AUTONOMIA DAS OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS NO TÍTULO DE CRÉDITO EXEQUENDO. ACOLHIMENTO.

1. Conforme o disposto art. 6º da Lei nº 11.101/05, o deferimento de recuperação judicial à empresa co-executada não tem o condão de suspender a execução em relação a seus avalistas, a exceção do sócio com responsabilidade ilimitada e solidária.

2. Os credores sujeitos aos efeitos da recuperação judicial conservam intactos seus direitos e, por lógica, podem executar o avalista desse título de crédito (REsp 1.095.352/SP, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, DJe 3.2.11).

3. O Aval é ato dotado de autonomia substancial em que se garante o pagamento do título de crédito em favor do devedor principal ou de um co-obrigado, isto é, é uma garantia autônoma e solidária. Assim, não sendo possível o credor exercer seu direito contra o avalizado, no caso a empresa em recuperação judicial, tal fato não compromete a obrigação do avalista, que subsiste integralmente.

4. Embargos de Divergência acolhidos.

(EAg 1179654/SP, Rel. Ministro **SIDNEI BENETI**, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/03/2012, DJe 13/04/2012)

A título de exemplo, na mesma linha são as seguintes decisões monocráticas: AREsp 569.220/SP, Relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva e AREsp 280.395/SP, Relator Min. Marco Buzzi.

5. Ressalte-se, por oportuno, que o entendimento abraçado de forma unânime nas Turmas de Direito Privado vale para todas as formas de garantia prestadas por terceiro, sejam elas cambiais, reais ou fidejussórias.

No que se refere ao aval, que é o caso ora em exame, a conclusão é reforçada tendo em vista a natureza da obrigação. Sabe-se que o aval – diferentemente da fiança, por exemplo – é obrigação cambiária que não guarda relação de dependência estrita com a obrigação principal assumida pelo avalizado, subsistindo até mesmo quando a última for nula, conforme o magistério de abalizada doutrina:

O aval é obrigação formal, independente e autônoma, surgindo com a simples aposição da assinatura ao título, tornando inadmissível ao avalista arguir falta de causa, opondo defesa de natureza pessoal, só admissível ao aceitante.

“Uma vez que a obrigação do avalista é equiparada à do avalizado, está claro que não é a mesma que esta, mas outra diferente na sua essência, embora idêntica nos seus efeitos. Em virtude desta dupla situação, por um lado, a falsidade, a inexistência ou a nulidade da obrigação do avalizado não afeta a obrigação do avalista, não aproveitando a este nenhuma das defesas pessoais, diretas ou indiretas, que àquele possa legitimamente competir”, diz José Maria Whitaker.

Daí afirmar Carvalho de Mendonça que o aval é obrigação cambial assumida diretamente pelo avalista, a este não sendo lícito opor ao credor que o acionar quaisquer exceções pessoais àquele, a favor de quem deu o aval ou ainda a nulidade da obrigação do avalizado” (ALMEIDA, Amador Paes de. *Teoria e prática dos títulos de crédito*. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 61)

Portanto, dada a autonomia da obrigação resultante do aval, com mais razão o credor pode perseguir seu crédito contra o avalista, independentemente de o devedor avalizado se encontrar em recuperação judicial.

Em se tratando de aval, a jurisprudência segue também esse exato entendimento: v.g. AgRg no REsp 1.334.284/MT, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/09/2014, DJe 15/09/2014; AgRg na MC 20.103/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 21/08/2014, DJe 08/09/2014; AgRg no AREsp 276.695/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/02/2014, DJe 28/02/2014; AgRg no AREsp 96.501/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado

em 06/08/2013, DJe 20/08/2013; AgRg no AREsp 133.109/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 05/02/2013, DJe 18/02/2013.

6. Portanto, para efeito do art. 543-C do CPC, encaminho a seguinte tese:

“A recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das execuções nem induz suspensão ou extinção de ações ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória, pois não se lhes aplicam a suspensão prevista nos arts. 6º, caput, e 52, inciso III, ou a novação a que se refere o art. 59, caput, por força do que dispõe o art. 49, § 1º, todos da Lei nº 11.101/2005”.

7. Diante do exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO (Relator):

Presidente, apenas faço um destaque: antes da sessão, fizemos uma reunião do Nurer. Esse processo repetitivo foi afetado em 05 de setembro de 2014. Então, em dois meses e meio, com toda a tramitação especial do repetitivo, já está em julgamento.

Em relação ao processo, também tenho precedentes na mesma linha. Acompanho o voto do Ministro Relator.

Apenas na questão da redação, pessoalmente ficaria com a redação sugerida pelo eminente Ministro Relator. Não vejo dificuldades.

Apenas sugiro que depois façamos a edição de uma súmula, porque também facilita na publicidade da tese debatida.

Nego provimento ao recurso especial.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA SEÇÃO

Número Registro: 2012/0142268-4

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.333.349/SP

Números	Origem:	00151924220098260362	1032009002247
151924220098260362	22472009	26962008	3021229820098260000
3620120080177691	3620120090151923		

PAUTA: 26/11/2014 JULGADO: 26/11/2014

Relator Exmo. Sr. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**

Presidente da Sessão Exmo. Sr. Ministro **RAUL ARAÚJO**

Subprocurador-Geral da República Exmo. Sr. Dr. **WASHINGTON BOLIVAR DE BRITO JUNIOR**

Secretária Bela. **ANA ELISA DE ALMEIDA KIRJNER**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: LUIZ GONZAGA LANZI

ADVOGADO: DANIEL MAXIMILIAN DE LUIZI GOUVEIA E OUTRO(S)

RECORRIDO: BANCO MERCANTIL DO BRASIL S/A

ADVOGADO: VANDERLEI VEDOVATTO E OUTRO(S)

INTERES.: FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS FEBRABAN – “*AMICUS CURIAE*”

ADVOGADOS : RICARDO LUIZ BLUNDI STURZENEGGER

GUSTAVO CÉSAR DE SOUZA MOURÃO E OUTRO(S)

LUCIANO CORREA GOMES

ASSUNTO: DIREITO CIVIL – Obrigações – Espécies de Títulos de Crédito – Cédula de Crédito Bancário

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Seção, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para os efeitos do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, foi aprovada a seguinte tese: “A recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das execuções nem tampouco induz suspensão ou extinção de ações ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória, pois não se lhes aplicam a suspensão prevista nos arts. 6º, *caput*, e 52, inciso III, ou a novação a que se refere o art. 59, *caput*, por força do que dispõe o art. 49, § 1º, todos da Lei nº 11.101/2005”.

Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Raul Araújo.



Detalhe da imagem da capa

Jurisprudência Internacional



Nota Introdutória

O Pacto de San José da Costa Rica e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada em 22 de novembro de 1969, reconheceu uma série de direitos que devem ser respeitados pelos Estados Partes e, de acordo com o seu art. 2º, se o exercício desses direitos ainda não estivesse garantido por comandos legislativos ou de outra natureza, os Estados comprometer-se-iam a adotar as medidas necessárias para torná-los efetivos.

Com a finalidade de dar efetividade aos compromissos assumidos pelos Estados Partes, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos dispôs sobre o funcionamento de dois órgãos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Comissão representa todos os membros da Organização dos Estados Americanos e tem, como principal função, promover a observância e a defesa dos direitos humanos. No Sistema Interamericano, qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação à Convenção por um Estado Parte. Admitida a petição, a Comissão buscará uma solução amigável, atuando como um órgão político de solução de controvérsias. Frustrada a conciliação, a Comissão se posicionará de modo favorável ou desfavorável à demanda. Caso seja favorável, estabelecerá um prazo para que o Estado Parte tome as medidas que lhe competirem para remediar a situação examinada. Se ainda assim o Estado Parte quedar-se inerte, poderá a Comissão submeter o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Corte, por sua vez, tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e à aplicação das disposições da Convenção, que lhe seja submetido pelos Estados Partes ou pela Comissão e, quando decidir que houve violação de direito, determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do direito violado, sem prejuízo da reparação dos danos sofridos. Pode, ainda, em casos de extrema gravidade e urgência, e quando tal se fizer necessário para evitar danos irreparáveis às pessoas, tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes.

Desde o ingresso do Brasil no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o País já foi condenado quatro vezes por violações de direitos humanos. Na Revista nº 55, apresentamos o caso *Escher e outros versus Brasil*, referente à violação, dentre outros direitos, de garantias judiciais, tendo em vista a realização de interceptações telefônicas ilegais. Nesta edição, trazemos o caso *Gomes Lund e outros versus Brasil*, referente ao desaparecimento de integrantes da Guerrilha do Araguaia durante

as operações militares na década de 1970. O Brasil foi condenado por não ter investigado tais violações e a Corte declarou, por unanimidade, que *“[a]s disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil”*.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

CASO GOMES LUND E OUTROS ("GUERRILHA DO ARAGUAIA") VS. BRASIL

SENTENÇA DE 24 DE NOVEMBRO DE 2010 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas)

No caso *Gomes Lund e outros* ("Guerrilha do Araguaia"),
a Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada "Corte Interamericana", "Corte" ou "Tribunal"), integrada pelos seguintes juízes:

Presidente: Diego García-Sayán

Vice-Presidente: Leonardo A. Franco

Juiz: Manuel E. Ventura Robles

Juíza: Margarette May Macaulay

Juíza: Rhadys Abreu Blondet

Juiz: Alberto Pérez Pérez

Juiz: Eduardo Vio Grossi

Juiz *ad hoc*: Roberto de Figueiredo Caldas

presentes, ademais,

Pablo Saavedra Alessandri, Secretário, e

Emilia Segares Rodríguez, Secretária Adjunta,

de acordo com os artigos 62.3 e 63.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante denominada "a Convenção Americana" ou "a Convenção") e com os artigos 30, 38.6, 59 e 61 do Regulamento da Corte (doravante denominado "o Regulamento"),¹ profere a seguinte Sentença.

¹ Conforme o disposto no artigo 79.1 do Regulamento da Corte, que entrou em vigor em 1º de junho de 2010, "[o]s casos contenciosos que já houvessem sido submetidos à consideração da Corte antes de 1º de janeiro de 2010 continuarão a tramitar até que neles se profira sentença, conforme o Regulamento anterior". Desse modo, o Regulamento da Corte, mencionado na presente Sentença, corresponde ao instrumento aprovado pelo Tribunal no XLIX Período Ordinário de Sessões, realizado de 16 a 25 de novembro de 2000 e reformado parcialmente no LXXXII Período Ordinário de Sessões, realizado de 19 a 31 de janeiro de 2009.

ÍNDICE

I. INTRODUÇÃO DA CAUSA E OBJETO DA CONTROVÉRSIA

II. PROCEDIMENTO PERANTE A CORTE

III. EXCEÇÕES PRELIMINARES

- A. Incompetência temporal do Tribunal
- B. Falta de interesse processual
- C. Falta de esgotamento dos recursos internos
- D. Regra da quarta instância e falta de esgotamento a respeito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

IV. COMPETÊNCIA

V. PROVA

- A. Prova documental, testemunhal e pericial
- B. Admissibilidade da prova documental
- C. Admissibilidade das declarações das supostas vítimas, e da prova testemunhal e pericial

VI. CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS SOBRE OS FAMILIARES

INDICADOS COMO SUPOSTAS VÍTIMAS

VII. DIREITO AO RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, À VIDA, À INTEGRIDADE E À LIBERDADE PESSOAIS

- A. Alegações das partes
- B. Fatos relacionados aos desaparecimentos forçados
- C. O desaparecimento forçado como violação múltipla e continuada de direitos humanos e os deveres de respeito e garantia
- D. O desaparecimento forçado dos integrantes da Guerrilha do Araguaia

VIII. DIREITO ÀS GARANTIAS JUDICIAIS E À PROTEÇÃO JUDICIAL

- A. Alegações das partes
- B. Fatos relacionados com a Lei de Anistia
- C. Obrigação de investigar e, se for o caso, punir graves violações de direitos humanos no Direito Internacional
- D. Incompatibilidade das anistias relativas a graves violações de direitos humanos com o Direito Internacional

IX. DIREITO À LIBERDADE DE PENSAMENTO E DE EXPRESSÃO, ÀS GARANTIAS JUDICIAIS E À PROTEÇÃO JUDICIAL

- A. Alegações das partes

- B. Fatos relativos ao acesso à informação
- C. Direito à liberdade de pensamento e de expressão
- D. Ações judiciais e acesso à informação
- E. Prazo da Ação Ordinária
- F. Marco normativo

X. DIREITO À INTEGRIDADE PESSOAL

- A. Alegações das partes
- B. Considerações da Corte

XI. REPARAÇÕES

- A. Parte lesada
- B. Obrigações de investigar os fatos, julgar e, se for o caso, punir os responsáveis, e de determinar o paradeiro das vítimas
- C. Outras medidas de reabilitação, satisfação e garantias de não repetição
- D. Indenizações, custas e gastos

XII. PONTOS RESOLUTIVOS

VOTO DO JUIZ AD HOC

I

INTRODUÇÃO DA CAUSA E OBJETO DA CONTROVÉRSIA

1. Em 26 de março de 2009, em conformidade com o disposto nos artigos 51 e 61 da Convenção Americana, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante "Comissão Interamericana" ou "Comissão") submeteu à Corte uma demanda contra a República Federativa do Brasil (doravante "o Estado", "Brasil" ou "a União"), que se originou na petição apresentada, em 7 de agosto de 1995, por meio do Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e pela *Human Rights Watch/Americas*, em nome de pessoas desaparecidas no contexto da Guerrilha do Araguaia (doravante também denominada "Guerrilha") e seus familiares.² Em 6 de março de 2001, a Comissão expediu o Relatório de Admissibilidade nº 33/01³ e, em 31 de outubro de 2008, aprovou o Relatório de Mérito nº 91/2008, nos termos do artigo 50 da Convenção, o qual continha determinadas recomendações ao Estado.⁴

² Posteriormente, somaram-se ao caso como peticionários a Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos do Instituto de Estudos da Violência do Estado, a senhora Angela Harkavy e o Grupo Tortura Nunca Mais do Rio de Janeiro.

³ No Relatório de Admissibilidade nº 33/01, a Comissão declarou admissível o caso nº 11.552, com relação à suposta violação dos artigos 4, 8, 12, 13 e 25, em concordância com o artigo 1.1, todos da Convenção Americana, bem como dos artigos I, XXV e XXVI da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (doravante denominada "Declaração Americana") (expediente de anexos à demanda, apêndice 3, tomo III, folha 2322).

⁴ No Relatório de Mérito nº 91/08, a Comissão concluiu que o Estado era responsável pelas violações dos direitos humanos estabelecidos nos artigos I, XXV e XXVI da Declaração Americana, bem como dos artigos 4, 5 e 7, em conexão com o artigo 1.1 da Convenção Americana, em detrimento das vítimas

Esse relatório foi notificado ao Brasil em 21 de novembro de 2008, sendo-lhe concedido um prazo de dois meses para que informasse sobre as ações executadas com o propósito de implementar as recomendações da Comissão. A despeito de duas prorrogações concedidas ao Estado, os prazos para que apresentasse informações sobre o cumprimento das recomendações transcorreram sem que a elas fosse dada uma “implementação satisfatória”. Diante disso, a Comissão decidiu submeter o caso à jurisdição da Corte, considerando que representava “uma oportunidade importante para consolidar a jurisprudência interamericana sobre as leis de anistia com relação aos desaparecimentos forçados e à execução extrajudicial e a consequente obrigação dos Estados de dar a conhecer a verdade à sociedade e investigar, processar e punir graves violações de direitos humanos”. A Comissão também enfatizou o valor histórico do caso e a possibilidade de o Tribunal afirmar a incompatibilidade da Lei de Anistia e das leis sobre sigilo de documentos com a Convenção Americana. A Comissão designou como delegados os senhores Felipe González, Comissário, e Santiago A. Canton, Secretário Executivo; como assessores jurídicos, a senhora Elizabeth Abi-Mershed, Secretária Executiva Adjunta, e os advogados Lilly Ching Soto e Mario López Garelli, especialistas da Secretaria Executiva.

2. Conforme salientou a Comissão, a demanda se refere à alegada “responsabilidade [do Estado] pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, entre membros do Partido Comunista do Brasil [...] e camponeses da região, [...] resultado de operações do Exército brasileiro empreendidas entre 1972 e 1975 com o objetivo de erradicar a Guerrilha do Araguaia, no contexto da ditadura militar do Brasil (1964–1985)”. A Comissão também submeteu o caso à Corte porque, “em virtude da Lei nº 6.683/1979 [...], o Estado não realizou uma investigação penal com a finalidade de julgar e punir as pessoas responsáveis pelo desaparecimento forçado de 70 vítimas e a execução extrajudicial de Maria Lúcia Petit da Silva [...]”; porque os recursos judiciais de natureza civil, com vistas a obter informações sobre os fatos, não foram efetivos para assegurar aos familiares dos desaparecidos e da pessoa executada o acesso à informação sobre a Guerrilha do Araguaia; porque as medidas legislativas e administrativas adotadas pelo Estado restringiram indevidamente o direito de acesso à informação pelos familiares; e porque o desaparecimento das vítimas, a execução de Maria Lúcia Petit da Silva, a impunidade dos responsáveis e a falta de acesso à justiça, à verdade e à informação afetaram negativamente a integridade pessoal dos familiares dos

desaparecidas; nos artigos XVII da Declaração Americana e 3, em relação com o artigo 1.1 da Convenção Americana, em detrimento das vítimas desaparecidas; nos artigos I da Declaração Americana e 5, em conexão com o artigo 1.1 da Convenção Americana, em detrimento dos familiares dos desaparecidos; no artigo 13, em conexão com o artigo 2 da Convenção Americana, em detrimento dos familiares dos desaparecidos; nos artigos XVIII da Declaração Americana e 8.1 e 25 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 2 da mesma Convenção, em detrimento das vítimas desaparecidas e de seus familiares, em virtude da aplicação da Lei de Anistia, nos artigos XVIII da Declaração Americana e 8.1 e 25, em relação com o artigo 1.1 da Convenção Americana, em detrimento das vítimas desaparecidas e de seus familiares, em virtude da ineficácia das ações judiciais não penais interpostas no marco do presente caso (expediente de anexos à demanda, apêndice 3, tomo VII, folha 3655).

desaparecidos e da pessoa executada". A Comissão solicitou ao Tribunal que declare que o Estado é responsável pela violação dos direitos estabelecidos nos artigos 3º (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4º (direito à vida), 5º (direito à integridade pessoal), 7º (direito à liberdade pessoal), 8º (garantias judiciais), 13 (liberdade de pensamento e expressão) e 25 (proteção judicial), da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em conexão com as obrigações previstas nos artigos 1.1 (obrigação geral de respeito e garantia dos direitos humanos) e 2º (dever de adotar disposições de direito interno) da mesma Convenção. Finalmente, solicitou à Corte que ordene ao Estado a adoção de determinadas medidas de reparação.

3. Em 18 de julho de 2009, o Grupo Tortura Nunca Mais do Rio de Janeiro, a Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos do Instituto de Estudos da Violência do Estado e o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (doravante denominados "representantes") apresentaram seu escrito de solicitações, argumentos e provas (doravante denominado "escrito de solicitações e argumentos"), nos termos do artigo 24 do Regulamento. Nesse escrito, solicitaram ao Tribunal que declare, "em relação ao desaparecimento forçado das [supostas] vítimas [...] e à total impunidade referente aos fatos", a responsabilidade internacional do Estado brasileiro pela violação dos artigos 3º, 4º, 5º, 7º, 8º e 25 da Convenção, todos em conexão com os artigos 1.1 e 2º do mesmo instrumento, bem como dos artigos 1º, 2º, 6º e 8º da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (doravante denominada "Convenção Interamericana contra a Tortura"); dos artigos 8º e 25, em conexão com os artigos 1.1 e 2º da Convenção Americana; dos artigos 1º, 6º e 8º da Convenção Interamericana contra a Tortura pela falta de investigação e da devida diligência nos procedimentos de âmbito interno; dos artigos 1.1, 2º, 13, 8º e 25 da Convenção pelas restrições indevidas ao direito de acesso à informação; dos artigos 1.1, 8º, 13 e 25 da Convenção pela violação do direito à verdade; e do artigo 5º da Convenção pela violação da integridade pessoal dos familiares das supostas vítimas desaparecidas. Solicitaram, por conseguinte, à Corte que ordene diversas medidas de reparação. Os familiares de 48 supostas vítimas, mediante poderes de representação outorgados em diversas datas, designaram como seus representantes legais as organizações já mencionadas, as quais são representadas, por sua vez, pelas senhoras Cecília Maria Bouças Coimbra, Elizabeth Silveira e Silva e Victoria Lavínia Grabois Olímpio (Grupo Tortura Nunca Mais); Criméia Alice Schmidt de Almeida (Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos do Instituto de Estudos da Violência do Estado); Viviana Krsticevic, Beatriz Affonso, Helena Rocha e pelo senhor Michael Camilleri (CEJIL).

4. Em 31 de outubro de 2009, o Estado apresentou um escrito no qual interpôs três exceções preliminares, contestou a demanda e formulou observações sobre o escrito de solicitações e argumentos (doravante denominado "contestação da demanda"). O Estado solicitou ao Tribunal que considere fundamentadas as exceções preliminares e, por conseguinte: a) reconheça a incompetência *ratione temporis* para examinar as supostas violações ocorridas antes do reconhecimento da jurisdição contenciosa da Corte pelo Brasil; b) declare-se incompetente, em

virtude da falta de esgotamento dos recursos internos; e c) archive de imediato o presente caso, ante a manifesta falta de interesse processual dos representantes. Subsidiariamente, quanto ao mérito, o Brasil solicitou ao Tribunal que reconheça “todas as ações empreendidas no âmbito interno” e “julgue improcedentes os pedidos [da Comissão e dos representantes], uma vez que está sendo construída no país uma solução, compatível com suas particularidades, para a consolidação definitiva da reconciliação nacional”. O Estado designou o senhor Hildebrando Tadeu Nascimento Valadares como agente e as senhoras Márcia Maria Adorno Cavalcanti Ramos, Camila Serrano Giunchetti, Cristina Timponi Cambiaghi e Bartira Meira Ramos Nagado, bem como os senhores Sérgio Ramos de Matos Brito e Bruno Correia Cardoso, como agentes assistentes.

5. Em conformidade com o artigo 38.4 do Regulamento, em 11 e 15 de janeiro de 2010, a Comissão e os representantes apresentaram, respectivamente, suas alegações às exceções preliminares opostas pelo Estado.

II PROCEDIMENTO PERANTE A CORTE

6. A demanda da Comissão foi notificada ao Estado e aos representantes em 18 de maio de 2009.⁵ Durante o processo perante este Tribunal, além da apresentação dos escritos principais (pars. 1 a 5 *supra*), entre outros remetidos pelas partes, mediante resolução de 30 de março de 2010, o Presidente da Corte (doravante denominado “o Presidente”) ordenou o recebimento, por meio de declarações rendidas perante um agente dotado de fé pública (doravante denominadas “*affidavits*”), dos depoimentos e pareceres de: a) 26 supostas vítimas, uma delas oferecida pela Comissão, outra proposta conjuntamente pela Comissão e pelos representantes e as demais oferecidas unicamente pelos representantes; b) quatro testemunhas, duas propostas pelos representantes e duas pelo Estado, e c) cinco peritos, um proposto pela Comissão, dois pelos representantes e dois pelo Estado,⁶ a respeito dos quais as partes tiveram a oportunidade de apresentar observações. O Presidente também convocou a Comissão, os representantes e o Estado para uma audiência pública para ouvir os depoimentos de: a) três supostas vítimas, uma oferecida pela Comissão e pelos representantes e duas propostas pelos representantes; b) quatro testemunhas, uma oferecida conjuntamente pela Comissão e pelos representantes, uma oferecida pelos representantes e outras duas pelo Estado; c) os pareceres de dois peritos, um proposto pela Comissão e outro

⁵ Anteriormente a esse fato, em 13 de maio de 2009, informou-se ao Estado que ele podia designar um Juiz *ad hoc* para o presente caso. A Comissão apresentou um escrito intitulado “Posição da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre a figura do Juiz *ad hoc*”. Em 12 de junho de 2009, o Brasil designou, como Juiz *ad hoc*, o senhor Roberto de Figueiredo Caldas, que, em 24 de junho de 2009, aceitou o cargo.

⁶ Cf. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) versus Brasil. Convocatória de Audiência Pública*. Resolução do Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 30 de março de 2010, Ponto Resolutivo Primeiro.

pelo Estado, bem como: d) as alegações finais orais das partes sobre as exceções preliminares e os eventuais mérito, reparações e custas⁷.

7. A audiência pública foi realizada em 20 e 21 de maio de 2010, durante o LXXXVII Período Ordinário de Sessões da Corte, realizado na sede do Tribunal.⁸

8. Por outro lado, o Tribunal recebeu oito escritos, na qualidade de *amicus curiae*, das seguintes pessoas e instituições:⁹ a) *Open Society Justice Initiative*, *Commonwealth Human Rights Initiative*, *Open Democracy Advice Centre* e *South African History Initiative*, com relação ao direito à verdade e ao acesso à informação;¹⁰ b) Grupo de Pesquisa de Direitos Humanos na Amazônia, relacionado com a Lei de Anistia;¹¹ c) Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Rio de Janeiro, sobre, *inter alia*, os efeitos de uma eventual sentença da Corte Interamericana e a decisão emitida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153 (doravante também denominada "Arguição de Descumprimento");¹² d) Grupo de Ensino, Pesquisa e Extensão "Democracia e Justiça de Transição" da Universidade Federal de Uberlândia sobre, *inter alia*, a extensão da Lei de Anistia e a importância do presente caso para a garantia do direito à memória e à verdade;¹³ e) José Carlos

⁷ Cf. *Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia")*. Convocatória de Audiência Pública, nota 6 *supra*, Ponto Resolutivo Quarto.

⁸ A esta audiência compareceram: a) pela Comissão Interamericana: Felipe González, Comissário; Santiago A. Cantón, Secretário Executivo; Catalina Botero, Relatora Especial para a Liberdade de Expressão; e Lilly Ching Soto, Leonardo Hidaka e Alejandra Negrete, assessores legais; b) pelos representantes: Viviana Krsticevic, Beatriz Affonso e Helena Rocha, do CEJIL; e Victória Lavínia Graboís Olímpio, do Grupo Tortura Nunca Mais do Rio de Janeiro; e c) pelo Estado: Hildebrando Tadeu Nascimento Valadares, Embaixador do Brasil na Costa Rica; Gláucia Silveira Gauch, Carlos Eduardo da Cunha Oliveira, Camilla Serrano Giunchetti, Maurício Candeloro, Rodrigo Wanderley Lima e Francisco Samuel Barzotto, do Ministério das Relações Exteriores; Cristina Timponi Cambiaghi e Bartira Meira Ramos Nagado, da Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República; Sérgio Ramos de Matos Brito e Ana Claudia de Sousa Freitas, da Advocacia-Geral da União; Mauro Almeida Noletto, do Ministério da Justiça; Paulo Massi Dallari, da Casa Civil; Célia Cristina Whitaker, da Secretaria Especial de Direitos Humanos do Município de São Paulo; Bruno Correia Cardoso, do Ministério da Defesa; Gerson Menandro, do Exército; Miguel Alejandro Gutiérrez Pizarro, da Embaixada do Brasil na Costa Rica e Manoel Lauro Volkmer de Castilho, magistrado. Antes da realização dessa audiência, em 6 de maio de 2010, o Brasil solicitou, *inter alia*, o adiamento da audiência pública do caso para o período de sessões seguinte do Tribunal e, ao mesmo tempo, a divisão da audiência em duas, de maneira que se realizasse uma audiência pública de exceções preliminares e outra, se fosse o caso, no período de sessões seguinte, sobre o mérito do caso. Subsidiariamente, no caso de que não se admitisse esse pedido, o Estado solicitou que a audiência pública, convocada para 20 e 21 de maio de 2010, fosse somente de exceções preliminares. Após considerar as observações da Comissão e dos representantes, a Corte não admitiu a solicitação do Estado (expediente de mérito, tomo VI, folhas 2709 e 2710).

⁹ O Tribunal recebeu outros escritos que foram apresentados fora de prazo, ou que não tinham utilidade ou não apresentavam relação com o objeto do presente caso, motivos pelos quais não são admitidos nem mencionados na presente Sentença.

¹⁰ O escrito original foi recebido na Secretaria da Corte em 7 de junho de 2010 é assinado por James A. Goldston e Darian K. Pavli da *Open Society Justice Initiative*; Maja Daruwala da *Commonwealth Human Rights Initiative*; Alison Tilley da *Open Democracy Advice Centre*, e Catherine Kennedy do *South African History Archive*. As cópias do referido escrito em inglês e espanhol foram recebidas em 3 e 4 de junho de 2010, respectivamente, ao passo que a versão em português foi recebida em 12 de julho de 2010.

¹¹ O escrito e seus anexos foram recebidos na Secretaria da Corte em 4 de junho de 2010. O escrito está assinado por Sílvia Maria da Silveira Loureiro e Jamilly Izabela de Brito Silva.

¹² O escrito original e seus anexos foram recebidos na Secretaria da Corte em 10 de junho de 2010. O escrito está assinado por Guilherme Peres de Oliveira, Ronaldo Cramer e Wadih Damous. Uma cópia desse escrito foi recebida em 4 de junho de 2010.

¹³ O escrito original e seu anexo foram recebidos na Secretaria da Corte em 4 de junho de 2010 e está

Moreira da Silva Filho, Rodrigo Lentz, Gabriela Mezzanotti, Fernanda Frizzo Bragato, Jânia Maria Lopes Saldanha, Luciana Araújo de Paula, Gustavo Oliveira Vieira, Ana Carolina Seffrin, Leonardo Subtil, Castor Bartolomé Ruiz, André Luiz Olivier da Silva, Sheila Stolz da Silveira, Cecília Pires, Sólon Eduardo Annes Viola, o Grupo de Pesquisa “Direito à Memória e à Verdade e Justiça de Transição” (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul), o Núcleo de Pesquisa e Extensão da Universidade Federal do Rio Grande, o Movimento Nacional de Educação em Direitos Humanos e Acesso, Cidadania e Direitos Humanos, o Grupo de Pesquisa “Delmas-Marty: Internacionalização do Direito e Emergência de um Direito Mundial”, o Grupo de Pesquisa “Fundamentação Ética dos Direitos Humanos”, a Cátedra UNESCO/UNISINOS “Direitos Humanos e Violência, Governo e Governança”, o Curso de Graduação em Direito e o Núcleo de Direitos Humanos, todos vinculados à Universidade do Vale do Rio dos Sinos, sobre, *inter alia*, as eventuais consequências desse processo na justiça de transição no Brasil;¹⁴ f) Justiça Global, com respeito à incompatibilidade da Lei de Anistia brasileira com a Convenção Americana;¹⁵ g) Equipe do Núcleo de Direitos Humanos do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, sobre o direito de acesso à informação em poder do Estado;¹⁶ e h) Associação Juízes para a Democracia, sobre o direito à memória e à verdade, com relação à Lei de Anistia.¹⁷

9. Em 21 de junho de 2010, a Comissão e o Estado enviaram suas alegações finais escritas, ao passo que os representantes o fizeram horas depois de vencido o prazo, sem receber objeções, sendo, portanto, admitidas pelo Tribunal. Esses escritos foram transmitidos às partes para que realizassem as observações que julgassem pertinentes sobre determinados documentos a eles anexados. As partes se manifestaram sobre esses documentos e os representantes, além disso, remeteram documentos adicionais.

assinado pelos pesquisadores Adriano Soares Loes, Ailime Silva Ferreira, Alexandre Garrido da Silva, Anna Paula Santos de Souza, Bruna Arantes Vieira, Bárbara de Almeida Andrade Braga, Caroline Milagre Pereira, Carolina Nogueira Teixeira de Menezes, Ana Clara Neves da Silveira, Érika Cristina Camilo Camin, Felipe Martins Vitorino, Flávia Ferreira Jacó de Menezes, Géssika Sampaio da Fonseca, Jéssica da Silva Rehder, José Carlos Cunha Muniz Filho, Júlia Palmeira Macedo, Lara Caroline Miranda, Marcela Marques Maciel, Marco Túlio de Castro Caliman, Marcos Augusto Freitas Ribeiro, Mariana Rezende Guimarães, Maristela Medina Faria, Marília Freitas Lima, Mayara Bastos Mundin, Michelle Gonçalves, Monique Saito, Pablo Cardoso de Andrade, Paula Almeida Faria, Públio Dezopa Parreira, Pedro do Prado Möller, Rafael Momenté Castro, Raphael Siqueira Neves, Régis Cardoso Andrade, Renata Cardoso Fernandes, Roberta Camineiro Baggio, Samara Mariana de Castro, Sara Mirando Magno Freixo, Túlio César Rossetti e Vagner Bruno Caparelli Carqui.

¹⁴ O escrito foi recebido na Secretaria da Corte em 7 de junho de 2010 e está assinado por José Carlos Moreira da Silva Filho, Fernanda Frizzo Bragato e Rodrigo Lentz. Uma cópia do referido escrito foi recebida em 4 de junho de 2010.

¹⁵ O escrito e seu anexo foram recebidos na Secretaria da Corte em 5 de junho de 2010. O escrito está assinado por Andressa Caldas, Sandra Carvalho, Luciana Garcia, Renata Lira, Tamara Melo e Fernando Delgado. Uma cópia do referido escrito foi recebida em 7 de junho de 2010.

¹⁶ O escrito e seus anexos foram recebidos na Secretaria da Corte em 7 de junho de 2010. O escrito está assinado por Marcia Nina Bernardes, Natália Frickmann, Teresa Labrunie, Paula D'Angelo, Natália Damazio e Maria Fernanda Marques. Uma cópia do referido escrito foi recebida em 4 de junho de 2010.

¹⁷ O escrito e seus anexos foram recebidos na Secretaria da Corte em 7 de junho de 2010. O escrito está assinado por Luís Fernando Camargo de Barros Vidal e Kenarik Boujikian Felipe.

III EXCEÇÕES PRELIMINARES

10. Em sua contestação à demanda, o Estado interpôs três exceções preliminares: a) a incompetência do Tribunal em virtude do tempo para examinar determinados fatos; b) a falta de esgotamento dos recursos internos, e c) a falta de interesse processual da Comissão e dos representantes. Posteriormente, durante a audiência pública, o Estado acrescentou como exceção preliminar a "regra da quarta instância" com relação a um fato que qualificou como superveniente (pars. 44 e 47 *infra*).

11. Embora a Convenção Americana e o Regulamento não desenvolvam o conceito de "exceção preliminar", a Corte afirmou reiteradamente, em sua jurisprudência, que por esse meio se questiona a admissibilidade de uma demanda ou a competência do Tribunal para conhecer de determinado caso ou de algum de seus aspectos, em razão da pessoa, da matéria, do tempo ou do lugar.¹⁸ A Corte salientou que uma exceção preliminar tem por finalidade obter uma decisão que previna ou impeça a análise do mérito do aspecto questionado ou do caso em seu conjunto. Por esse motivo, o questionamento deve atender às características jurídicas essenciais, em conteúdo e finalidade, que lhe confirmam o caráter de "exceção preliminar". Os questionamentos que não se revistam dessa natureza, como, por exemplo, os que se referem ao mérito de um caso, podem ser formulados mediante outros atos processuais admitidos na Convenção Americana ou no Regulamento, mas não sob a figura de uma exceção preliminar.¹⁹

A. Incompetência temporal do Tribunal

1. Alegações das partes

12. O Estado alegou a incompetência da Corte Interamericana para examinar supostas violações que teriam ocorrido antes do reconhecimento da competência contenciosa do Tribunal. Esse reconhecimento foi realizado "sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998". Não obstante, o Brasil reconheceu a jurisprudência da Corte, no sentido de que pode conhecer das violações continuadas ou permanentes, mesmo quando iniciem antes do reconhecimento da competência contenciosa do Tribunal, desde que se estendam além desse reconhecimento, mas enfatizou que é inequívoca a falta de competência da Corte para conhecer das detenções arbitrárias, atos de tortura e execuções extrajudiciais ocorridas antes de 10 de dezembro de 1998.

¹⁸ Cf. *Caso Las Palmeras versus Colômbia. Exceções Preliminares*. Sentença de 4 de fevereiro de 2000. Série C nº 67, par. 34; *Caso Garibaldi versus Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 23 de setembro de 2009. Série C nº 203, par. 17, e *Caso Manuel Cepeda Vargas versus Colômbia. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 26 de maio de 2010. Série C nº 213, par. 35. No mesmo sentido, cf. artigo 79 do Regulamento da Corte Internacional de Justiça. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/icjrules.php>; último acesso em 20 de novembro de 2010.

¹⁹ Cf. *Caso Castañeda Gutman versus México. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 6 de agosto de 2008. Série C nº 184, par. 39; *Caso Garibaldi*, nota 18 *supra*, par. 17, e *Caso Manuel Cepeda Vargas*, nota 18 *supra*, par. 35.

13. A Comissão afirmou que, em virtude das datas de ratificação da Convenção Americana e do reconhecimento da competência contenciosa do Tribunal por parte do Estado, a demanda se refere unicamente às violações dos direitos previstos na Convenção Americana que persistem depois desse reconhecimento de competência, em razão da natureza continuada do desaparecimento forçado ou que são posteriores a esse reconhecimento. Desse modo, afirmou que a Corte tem competência para conhecer das violações apresentadas na demanda.

14. Os representantes alegaram que as violações denunciadas no presente caso se referem aos desaparecimentos forçados das supostas vítimas; à impunidade que decorre da falta de investigação, julgamento e punição dos responsáveis por esses atos; bem como à ineficácia das medidas adotadas para respeitar, proteger e garantir o direito à verdade e à informação. Destacaram que a possível data do início dos desaparecimentos não restringe nem limita a competência *ratione temporis* do Tribunal, uma vez que se trata de uma violação de caráter permanente e continuado. Além disso, as alegadas violações relacionadas com os direitos à informação, à verdade e à justiça persistem posteriormente à ratificação da Convenção Americana e ao reconhecimento da jurisdição da Corte por parte do Estado. Por esse motivo, os representantes solicitaram ao Tribunal que indefira essa exceção preliminar. Salientaram, no entanto, que uma das pessoas desaparecidas foi identificada em 1996 e que, por conseguinte, a Corte carece de competência para pronunciar-se a respeito de seu desaparecimento forçado.

2. Considerações da Corte

15. A fim de determinar se tem ou não competência para conhecer de um caso ou de um de seus aspectos, de acordo com o artigo 62.1 da Convenção Americana,²⁰ a Corte deve levar em consideração a data de reconhecimento da competência por parte do Estado, os termos em que se deu esse reconhecimento e o princípio de irretroatividade, disposto no artigo 28 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969.²¹

16. O Brasil reconheceu a competência contenciosa da Corte Interamericana em 10 de dezembro de 1998 e, em sua declaração, indicou que o Tribunal teria competência para os “fatos posteriores” a esse reconhecimento.²² Com base no

²⁰ O artigo 62.1 da Convenção estabelece:

Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção.

²¹ Essa norma estabelece que: “[a]s disposições [de um tratado] não obrigam uma parte em relação a um ato ou fato anterior ou a uma situação que deixou de existir antes da entrada em vigor do tratado, em relação a essa parte”.

²² O reconhecimento de competência feito pelo Brasil em 10 de dezembro de 1998 salienta que “[o] Governo da República Federativa do Brasil declara que reconhece, por tempo indeterminado, como obrigatória e de pleno direito, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em todos os casos relacionados com a interpretação ou aplicação da Convenção Americana [sobre] Direitos Humanos, em conformidade com o artigo 62 dessa mesma Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a esta declaração”. Cf. Informação geral sobre o Tratado: Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Brasil, reconhecimento de competência. Disponível em <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-32.html>; último acesso em 18 de novembro de 2010.

anteriormente exposto e no princípio de irretroatividade, a Corte não pode exercer sua competência contenciosa para aplicar a Convenção e declarar uma violação de suas normas quando os fatos alegados ou a conduta do Estado, que pudesse implicar sua responsabilidade internacional, forem anteriores a esse reconhecimento da competência.²³ Por esse motivo, fica excluída da competência do Tribunal a alegada execução extrajudicial da senhora Maria Lúcia Petit da Silva, cujos restos mortais foram identificados em 1996, ou seja, dois anos antes de o Brasil reconhecer a competência contenciosa da Corte, bem como qualquer outro fato anterior a esse reconhecimento.

17. Ao contrário, em sua jurisprudência constante, este Tribunal estabeleceu que os atos de caráter contínuo ou permanente perduram durante todo o tempo em que o fato continua, mantendo-se sua falta de conformidade com a obrigação internacional.²⁴ Em concordância com o exposto, a Corte recorda que o caráter contínuo ou permanente do desaparecimento forçado de pessoas foi reconhecido de maneira reiterada pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos,²⁵ no qual o ato de desaparecimento e sua execução se iniciam com a privação da liberdade da pessoa e a subsequente falta de informação sobre seu destino, e permanecem até quando não se conheça o paradeiro da pessoa desaparecida e os fatos não tenham sido esclarecidos. A Corte, portanto, é competente para analisar os alegados desaparecimentos forçados das supostas vítimas a partir do reconhecimento de sua competência contenciosa efetuado pelo Brasil.

18. Além disso, o Tribunal pode examinar e se pronunciar sobre as demais violações alegadas, que se fundamentam em fatos que ocorreram ou persistiram a partir de 10 de dezembro de 1998. Ante o exposto, a Corte tem competência para analisar os supostos fatos e omissões do Estado, ocorridos depois da referida data, relacionados com a falta de investigação, julgamento e sanção das pessoas responsáveis, *inter alia*, pelos alegados desaparecimentos forçados e execução extrajudicial; a alegada falta de efetividade dos recursos judiciais de caráter civil a fim de obter informação sobre os fatos; as supostas restrições ao direito de acesso à informação, e o alegado sofrimento dos familiares.

19. Com base nas considerações precedentes, o Tribunal considera parcialmente fundada a exceção preliminar.

²³ Cf. *Caso das Irmãs Serrano Cruz versus El Salvador. Exceções Preliminares*. Sentença de 23 de novembro de 2004. Série C nº 118, par. 66; *Caso Heliodoro Portugal versus Panamá. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 12 de agosto de 2008. Série C nº 186, par. 24, e *Caso Garibaldi* nota 18 *supra*, par. 20.

²⁴ Cf. *Caso Blake versus Guatemala. Exceções Preliminares*. Sentença de 2 de julho de 1996. Série C nº 27, pars. 39 e 40; *Caso Radilla Pacheco versus México. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 23 de novembro de 2009. Série C nº 209, par. 23, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña versus Bolívia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 1º de setembro de 2010. Série C nº 217, par. 21. No mesmo sentido, artigo 14.2 do Projeto de Artigos sobre Responsabilidade do Estado por Fatos Internacionalmente Ilícitos. Cf. *Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas nº 56/83*, de 12 de dezembro de 2001, Anexo, U.N. Doc. A/56/49 (Vol. I)/Corr. 4.

²⁵ *Caso Velásquez Rodríguez versus Honduras. Mérito*. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C nº 4, par. 155; *Caso Chitay Nech e outros versus Guatemala. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 25 de maio de 2010. Série C nº 212, pars. 81 e 87, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, nota 24 *supra*, pars. 59 e 60.

B. Falta de interesse processual

1. Alegações das partes

20. O Brasil alegou que a Comissão reconheceu e valorizou as medidas de reparação adotadas pelo Estado com relação ao presente caso, mas que esse órgão afirmou, de modo genérico, que outras medidas deviam ser implementadas. A critério do Estado, em virtude do “exíguo lapso de tempo transcorrido entre a apresentação do Relatório Parcial de Cumprimento de Recomendações [com respeito ao Relatório de Mérito nº 91/2008] e o envio do caso à Corte (três dias), a avaliação pela [Comissão] do cumprimento das medidas de reparação e de não repetição por ela recomendadas [...] restou prejudicada”. Por outro lado, dada a informação contida no referido relatório estatal, o Brasil considerou que o envio do caso à Corte foi inoportuno e “ressaltou a ausência de interesse processual a ensejar o exame de mérito do [presente] caso”.

21. Em particular, o Estado destacou as medidas de reparação que adotou no presente caso, manifestando, *inter alia*, que: a) promulgou a Lei nº 9.140/1995, mediante a qual “promoveu o reconhecimento oficial de sua responsabilidade pelas mortes e pelos desaparecimentos ocorridos durante o período do regime militar” e pagou indenizações aos familiares de 59 supostas vítimas; b) publicou, em agosto de 2007, o livro “Direito à Memória e à Verdade – Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos”, no qual estabeleceu a versão oficial sobre as violações de direitos humanos cometidas por agentes estatais, “reforçando o reconhecimento público da responsabilidade do Estado”; c) realizou “diversos atos de natureza simbólica e educativa, que promoveram o resgate da memória e da verdade dos fatos ocorridos durante o [...] regime militar”; d) enviou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 5.228/2009 sobre o acesso à informação pública; e) impulsionou o projeto “Memórias Reveladas”, relacionado com diversas iniciativas sobre o arquivamento e a divulgação de documentos relativos ao regime militar, e f) promoveu uma campanha para a entrega de documentos que possam ajudar na localização dos desaparecidos. Adicionalmente, foram realizadas diversas iniciativas sobre a busca dos restos mortais e identificação dos desaparecidos da Guerrilha, entre outras, expedições à região do Araguaia. Com base no anteriormente exposto, o Estado concluiu que a falta de interesse processual “dos peticionários” é consequência do fato de que “as medidas já adotadas [pelo Estado], somadas às que estão em implementação, atend[em] a integralidade de [seus] pedidos”.

22. A Comissão salientou que a alegação do Estado não tem a natureza de uma exceção preliminar e solicitou à Corte que a recusasse. O Brasil dispôs inicialmente de um prazo de dois meses para apresentar relatório sobre o cumprimento das recomendações do Relatório de Mérito nº 91/2008. Esse prazo foi prorrogado em duas ocasiões e, finalmente, esgotou-se em 22 de março de 2009. No entanto, em 24 de março de 2009, o Estado apresentou um relatório parcial e solicitou uma nova prorrogação de seis meses para apresentar informação adicional. Ao analisar as informações apresentadas pelo Brasil, a Comissão concluiu que não

refletiam "a adoção de medidas concretas e suficientes, nem de um compromisso expresso em relação ao cumprimento das recomendações". Por conseguinte, "considerou esgotado o procedimento previsto nos artigos 48 a 50 da Convenção e decidiu submeter o caso à jurisdição da Corte". Por outro lado, expressou que não há disposição que regulamente o exame das respostas estatais às recomendações formuladas no Relatório de Mérito e que tampouco há previsão de um prazo mínimo para examinar as informações apresentadas pelo Estado em relação ao cumprimento de suas recomendações.

23. A Comissão declarou, ademais, que, apesar dos esforços do Estado para implementar medidas de reparação no âmbito interno, as recomendações contidas no Relatório de Mérito nº 91/2008 e nas solicitações da demanda ainda não foram cumpridas totalmente, entre outras, aquelas medidas para: a) assegurar que a Lei de Anistia nº 6.683/1979 "não continue a ser um obstáculo para a persecução penal das graves violações de direitos humanos que constituam crimes contra a humanidade"; b) "determinar, por meio da jurisdição de direito comum, a responsabilidade penal pelos desaparecimentos forçados das [supostas] vítimas"; e c) sistematizar e publicar todos os documentos referentes às operações militares contra a Guerrilha do Araguaia. Por conseguinte, a Comissão solicitou à Corte que indefira esta exceção preliminar.

24. Os representantes afirmaram a autonomia da Comissão para avaliar o cumprimento das recomendações de seus relatórios e para decidir sobre o envio do caso à Corte. As razões para esse envio não podem ser objeto de uma exceção preliminar e o Brasil não alegou um erro da Comissão que pudesse prejudicar seu direito de defesa. Por outro lado, o Estado pretende aplicar ao presente caso uma das condições da ação do direito interno, que define o interesse processual como "a necessidade demonstrada pela parte no sentido de obter a prestação jurisdicional para garantir a efetividade de seu direito [e] para evitar a perpetuação do dano sofrido". O Estado pretende que não se analise o mérito do caso, sob o argumento de que o eventual resultado da sentença da Corte já estaria sendo alcançado por meio das ações implementadas no âmbito interno. Os representantes declararam que as alegações estatais não dizem respeito à competência da Corte ou à admissibilidade do caso, mas às medidas de reparação solicitadas pela Comissão e pelos representantes. Portanto, os argumentos do Brasil se referem a um "questionamento estreitamente vinculado ao exame da eficácia dessas medidas" e, por conseguinte, não constituem uma exceção preliminar.

25. Outrossim, os representantes manifestaram que as medidas adotadas pelo Brasil são insuficientes ou, inclusive, uma delas contrária aos interesses dos familiares. De acordo com os representantes, "subsistem controvérsias importantes entre os fatos denunciados [...] e aqueles reconhecidos pelo Estado, [as quais] se estendem aos direitos [debatidos] e à eficácia das medidas adotadas pelo Estado com a finalidade de fazer justiça, [propiciar o acesso à] verdade, prevenir violações futuras e indenizar os familiares das [supostas] vítimas desaparecidas no presente caso".

2. Considerações da Corte

26. A Corte observa que, sob o mesmo conceito de falta de interesse processual, o Estado referiu-se, na realidade, a duas questões diferentes: a) uma relacionada com a atuação da Comissão Interamericana a respeito do relatório estatal de resposta ao Relatório de Mérito nº 91/2008, e b) outra relacionada com as medidas de reparação adotadas pelo Brasil, as quais, alegadamente, atendem às pretensões da Comissão e dos representantes.

27. A respeito da decisão da Comissão Interamericana de submeter um caso à jurisdição do Tribunal, este sustentou, reiteradamente, que a avaliação que faz a Comissão sobre a conveniência ou não do envio de um caso à Corte é uma atribuição que lhe é própria e autônoma e, por conseguinte, os motivos que determinaram esse envio não podem ser objeto de uma exceção preliminar. No entanto, o que, sim, pode ser objeto de uma exceção preliminar é a omissão ou violação de todas ou de alguma das etapas processuais indicadas nos artigos 50 e 51 da Convenção, de maneira que se provoque um desequilíbrio processual²⁶ ou um erro grave que afete o direito de defesa de alguma das partes no caso perante a Corte.²⁷ A parte que afirma a existência de um erro grave deve demonstrá-lo,²⁸ motivo por que não é suficiente uma queixa ou discrepância de critérios com relação à atuação da Comissão.²⁹

28. O Tribunal considera importante mencionar que, embora o artigo 44 do Regulamento da Comissão se refira à apresentação de um caso à Corte, não há disposição alguma, na Convenção ou nos Regulamentos da Corte ou da Comissão, que regularmente de maneira expressa a análise ou avaliação que deva realizar esta última sobre a resposta do Estado a suas recomendações. Tampouco se estabelece um tempo mínimo, a partir do momento em que o Estado responde às recomendações formuladas no relatório do artigo 50 da Convenção, para que a Comissão decida levar o caso ao conhecimento da Corte.³⁰

29. O Tribunal observa que a Comissão Interamericana submeteu o presente caso ao conhecimento da Corte dois dias depois de ter o Brasil apresentado seu relatório parcial a respeito das recomendações adotadas por aquele órgão, em seu Relatório de Mérito nº 91/2008, após duas prorrogações concedidas ao Estado, a última delas esgotada em 22 de março de 2009. A Corte também observa que o Estado remeteu seu relatório parcial à Comissão com dois dias de atraso, em 24 de

²⁶ Cf. *Caso dos 19 Comerciantes versus Colômbia. Exceção Preliminar*. Sentença de 12 de junho de 2002. Série C nº 93, par. 31.

²⁷ Cf. *Caso dos Trabalhadores Demitidos do Congresso (Aguado Alfaro e outros) versus Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 24 de novembro de 2006. Série C nº 158, par. 66; *Caso Escher e outros versus Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 6 de julho de 2009. Série C nº 200, par. 22, e *Caso Manuel Cepeda Vargas*, nota 18 *supra*, par. 31.

²⁸ Cf. *Caso dos Trabalhadores Demitidos do Congresso (Aguado Alfaro e outros)*, nota 27 *supra*, par. 66; *Caso Escher e outros*, nota 27 *supra*, par. 23, e *Caso Manuel Cepeda Vargas*, nota 18 *supra*, par. 31.

²⁹ Cf. *Caso do Povo Saramaka versus Suriname. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 28 de novembro de 2007. Série C nº 172, par. 32; *Caso Escher e outros*, nota 27 *supra*, par. 23, e *Caso Manuel Cepeda Vargas*, nota 18 *supra*, par. 31.

³⁰ Cf. *Caso dos 19 Comerciantes. Exceção Preliminar*, nota 26 *supra*, par. 32.

março de 2009.³¹ Isto é, embora esgotado o prazo por ela concedido, a Comissão esperou que o Estado informasse se havia ou não adotado medidas específicas com o objetivo de cumprir as recomendações antes de decidir se era conveniente levar o caso ao conhecimento da Corte.

30. A segurança jurídica exige que os Estados saibam a que se ater no procedimento perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.³² Por conseguinte, se a Comissão concede um prazo ao Estado para que cumpra as recomendações do relatório, deve esperar que este lhe remeta a resposta no prazo fixado e avaliá-la com o objeto de decidir se submeter o caso ao conhecimento da Corte é a alternativa mais favorável à tutela dos direitos contemplados na Convenção³³ ou se, ao contrário, as medidas adotadas pelo Estado para cumprir as recomendações da Comissão constituem uma contribuição positiva para o andamento do processo e para o cumprimento das obrigações estabelecidas na Convenção Americana.³⁴ No presente caso, não se evidencia um erro ou a inobservância das normas convencionais ou regulamentares que regem o envio do caso pela Comissão a esta Corte, mas uma mera discrepância de critérios relativamente a essa ação. Com base no exposto, o Tribunal considera que a alegação do Estado não constitui uma exceção preliminar.

31. Por outro lado, quanto à alegada falta de interesse processual da Comissão e dos representantes, em virtude das diversas iniciativas adotadas pelo Brasil no âmbito interno, seguindo sua jurisprudência,³⁵ este Tribunal recorda que a responsabilidade internacional do Estado se origina imediatamente após ter sido cometido um ato ilícito segundo o Direito Internacional, e que a disposição de reparar esse ato no plano interno não impede a Comissão ou Corte de conhecer um caso. Isto é, em conformidade com o preâmbulo da Convenção Americana, a proteção internacional de natureza convencional é "coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos". Consequentemente, quando se alega que o Estado não cumpriu totalmente a obrigação de reparar alguma violação dos direitos reconhecidos na Convenção Americana, cabe a este Tribunal exercer sua competência sobre o suposto ato ilícito, desde que se cumpram determinados requisitos processuais convencionais, bem como, eventualmente, declarar as violações que sejam pertinentes e ordenar as reparações cabíveis, em conformidade com o artigo 63.1 da Convenção. O Tribunal considera, portanto,

³¹ Cf. Contestação da Demanda (expediente de mérito, tomo II, folha 552).

³² Cf. *Caso Cayara. Exceções Preliminares*. Sentença de 3 de fevereiro de 1993. Série C nº 14, par. 38, e *Caso dos 19 Comerciantes, Exceção Preliminar*, nota 26 *supra*, par. 35.

³³ Cf. *Certas Atribuições da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (artigos 41, 42, 44, 46, 47, 50 e 51 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*. Opinião Consultiva OC-13/93, de 16 de julho de 1993. Série A nº 13, par. 54; *Caso do Povo Saramaka*, nota 29 *supra*, par. 39, e *Caso Bayarri versus Argentina. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 30 de outubro de 2008. Série C nº 187, par. 20.

³⁴ Cf. *Caso dos 19 Comerciantes. Exceção Preliminar*, nota 26 *supra*, par. 35.

³⁵ Cf. *Caso dos Irmãos Gómez Paquiyauri versus Peru. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 8 de julho de 2004. Série C nº 110, par. 75; *Caso Bayarri*, nota 33 *supra*, par. 19, e *Caso Da Costa Cadogan versus Barbados. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 24 de setembro de 2009. Série C nº 204, par. 30.

que as ações que o Estado afirma que adotou para reparar as supostas violações cometidas no presente caso, ou evitar sua repetição, podem ser relevantes para a análise da Corte sobre o mérito do caso e, eventualmente, para as possíveis reparações que se ordenem, mas não têm efeito sobre o exercício da competência da Corte para dele conhecer. Com base no exposto acima, o Tribunal desestima a exceção preliminar do Estado.

C. Falta de esgotamento dos recursos internos

1. Alegações das partes

32. O Estado afirmou que a Comissão “deixou de avaliar adequadamente [as] questões [referentes ao esgotamento dos recursos internos], enquanto o caso esteve sob [seu conhecimento] e, depois, quando tomou a decisão de encaminhá-lo [à] Corte”. Recordou que a regra de esgotamento dos recursos internos impede que uma demanda internacional seja interposta antes que a suposta vítima tenha esgotado todos os recursos internos previstos, e colocados à sua disposição, no ordenamento jurídico interno do Estado supostamente responsável. A proteção exercida pelos órgãos internacionais tem caráter subsidiário e o propósito de uma instância internacional não é revisar ou reformar a sentença interna, mas constatar se a referida sentença está em conformidade com as normas internacionais. Tendo em vista as obrigações do Estado de oferecer proteção e recursos judiciais eficazes, estabelecidas nos artigos 8º e 25 da Convenção, cabe às vítimas utilizar todos os recursos internos disponíveis antes de recorrer ao Sistema Interamericano. Por esse motivo, a Corte não pode ignorar essa norma, uma vez que, do contrário, “retiraria a confiança no funcionamento correto do [S]istema, [...] colocando em risco sua credibilidade e existência”.

33. O Estado salientou, ademais, que os representantes não haviam esgotado os seguintes recursos internos: a) a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, mediante a qual se solicitou que a anistia concedida pela Lei de Anistia nº 6.683/1979 não se estenda aos crimes comuns praticados pelos agentes de repressão contra os opositores políticos; b) a Ação Ordinária nº 82.00.024682-5, mediante a qual se solicitou a determinação do paradeiro dos desaparecidos, a localização dos restos mortais, o esclarecimento das circunstâncias da morte e a entrega do relatório oficial sobre as operações militares contra a Guerrilha do Araguaia; c) a Ação Civil Pública nº 2001.39.01.000810-5, interposta pelo Ministério Público Federal para obter do Estado todos os documentos existentes sobre ações militares das Forças Armadas contra a Guerrilha; d) a ação privada subsidiária para a persecução penal dos crimes de ação pública, e e) as iniciativas referentes à solicitação de indenizações, como a Ação Ordinária Civil de Indenização e a solicitação de reparação pecuniária, no âmbito da Lei nº 9.140/1995, da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, e da Comissão de Anistia, de acordo com a Lei nº 10.559/2002, entre outras medidas de reparação.

34. Particularmente, quanto à Ação Ordinária nº 82.00.024682-5, o Brasil informou que, em 8 de fevereiro de 2008, foi emitida uma decisão definitiva a esse respeito, cujo cumprimento já foi iniciado. Em 10 de julho de 2009, data em que se

esgotou o prazo estabelecido para que o Estado cumprisse a decisão, a Advocacia-Geral da União entregou "toda a documentação disponível no âmbito da União, acerca das operações militares, especialmente no que se refere aos enfrentamentos armados, captura e detenção de civis, reconhecimento de corpos, identificação das vítimas, averiguações de peritos, destino dos restos mortais encontrados e informações de transferência de civis, vivos ou mortos, para quaisquer áreas, ocorridas no período". Este juízo, ademais, convocou testemunhas para prestar depoimentos e entregar documentos que tivessem em seu poder relacionados à Guerrilha do Araguaia. Por outro lado, o Estado manifestou que a Ação Civil Pública interposta pelo Ministério Público Federal em 25 de agosto de 2001³⁶ foi julgada procedente em 19 de dezembro de 2005. No entanto, em virtude dos recursos interpostos pela União contra essa sentença, ela não tem ainda caráter definitivo.

35. A Comissão alegou que a questão do não esgotamento dos recursos internos foi devidamente analisada no Relatório de Admissibilidade nº 33/2001, de 6 de março de 2001. Afirmou que três dos quatro eixos de argumentação do Estado, os relacionados com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, a Ação Civil Pública e as considerações específicas sobre medidas de reparação adotadas, são posteriores à data em que expediu o citado Relatório. Adicionalmente, com respeito à Ação Ordinária, a Comissão manifestou expressamente no Relatório de Admissibilidade que esta ação levava anos sem uma decisão definitiva e que essa demora não podia ser considerada razoável. Por essa razão, a Comissão aplicou a exceção prevista no artigo 46.2.c da Convenção e declarou a petição admissível. Ademais, salientou que o Estado não alegou em sua contestação à demanda que a decisão de admissibilidade adotada estivesse baseada em informação errônea ou que fosse fruto de um processo em que as partes tivessem restringida a igualdade de armas ou seu direito de defesa. Aduziu, também, que, em princípio, o conteúdo das decisões de admissibilidade adotadas de acordo com a Convenção e o Regulamento da Comissão não deveria ser objeto de um novo exame substancial. Ante o exposto, a Comissão solicitou à Corte que desestime por ser infundada esta exceção preliminar.

36. Os representantes indicaram que a Comissão já realizou um exame de admissibilidade no caso, razão pela qual a Corte deve remeter-se a este exame. Com base nos princípios de segurança jurídica e da certeza processual, uma vez determinada a admissibilidade do caso, aplica-se o princípio da preclusão, exceto em situações extraordinárias em que haja um erro grave que viole o direito de defesa das partes. No presente caso, o Estado não identificou nenhum erro grave no procedimento perante a Comissão, nem demonstrou prejuízo algum a seu direito de defesa. Durante os seis anos de transcurso da etapa de admissibilidade do caso, o Estado teve amplas oportunidades de contestar todas as alegações dos representantes e as inquietudes da Comissão, motivo por que não há fundamento

³⁶ O artigo 129, inciso III, da Constituição Federal, estabelece que a "Ação Civil Pública" é uma forma de ação coletiva para a defesa de interesses difusos e coletivos.

para reexaminar a decisão da Comissão no Relatório de Admissibilidade. Além disso, o Estado deve apresentar a exceção sobre a falta de esgotamento dos recursos internos antes do pronunciamento da Comissão sobre a admissibilidade do caso. Antes da emissão do Relatório de Admissibilidade nº 33/2001, o Estado somente argumentou a falta de esgotamento de dois recursos internos: a) a Ação Ordinária a respeito da qual, segundo o Brasil, não se deveria aplicar a exceção de demora injustificada, e b) a ação de *habeas data*, que não teria sido interposta. No entanto, na tramitação perante a Corte, o Estado reiterou os argumentos relativos à Ação Ordinária mencionada e acrescentou outras ações judiciais, tais quais a Arguição de Descumprimento nº 153, a Ação Civil Pública e outras medidas que foram ou poderiam ter sido adotadas a fim de atender às medidas de reparação solicitadas. Para os representantes, o Estado não alegou a falta de esgotamento dos recursos mencionados no momento processual oportuno, motivo pelo qual esta exceção preliminar deve ser considerada extemporânea e não deve ser admitida pelo Tribunal.

37. De forma subsidiária, os representantes salientaram a ineficácia dos recursos internos aludidos pelo Estado. Quanto à Ação Ordinária, alegaram que, passados 27 anos de seu início e em que pese a decisão final, “ela não produziu os efeitos esperados, não constituindo, portanto, [um] recurso eficaz para o esclarecimento dos fatos denunciados”. Indicaram que o recurso adequado para remediar as violações alegadas era o recurso penal. No entanto, e apesar de tratar-se de um caso de desaparecimentos forçados, em virtude da Lei de Anistia, o Estado não iniciou uma investigação destinada a esclarecer os fatos, identificar os responsáveis e garantir a justiça, o que não foi negado pelo Estado. A interpretação vigente sobre a Lei de Anistia teve um efeito direto na omissão do Ministério Público em relação aos fatos do presente caso e inibiu os familiares de apresentar queixa a fim de iniciar o procedimento destinado a instaurar a ação penal correspondente. Finalmente, os representantes salientaram que, ao contrário do que determina a jurisprudência do Tribunal, o Brasil indicou outros recursos, mas não demonstrou disponibilidade ou eficácia para remediar as violações alegadas no presente caso, como, por exemplo, a Arguição de Descumprimento ou a Ação Civil Pública, que foram iniciadas posteriormente à emissão do Relatório de Admissibilidade.

2. Considerações da Corte

38. Este Tribunal vem sustentando de maneira consistente que uma objeção ao exercício de jurisdição da Corte, baseada na suposta falta de esgotamento dos recursos internos, deve ser apresentada no momento processual oportuno,³⁷ ou seja, na etapa de admissibilidade do procedimento perante a Comissão.³⁸ A esse respeito,

³⁷ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez versus Honduras. Exceções Preliminares*. Sentença de 26 de junho de 1987. Série C nº 1, par. 88; *Caso Da Costa Cadogan*, nota 35 *supra*, par. 18, e *Caso Usón Ramírez versus Venezuela. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 20 de novembro de 2009. Série C nº 207, par. 19.

³⁸ Cf. *Caso Herrera Ulloa versus Costa Rica. Exceções Preliminares, Reparações e Custas*. Sentença de 2 de julho de 2004. Série C nº 107, par. 81; *Caso Apitz Barbera e outros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) versus Venezuela. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 5 de agosto de 2008. Série C nº 182, par. 24, e *Caso Bayarri*, nota 33 *supra*, par. 16.

o Tribunal reitera que a interpretação que conferiu ao artigo 46.1.a da Convenção, por mais de 20 anos, está em conformidade com o Direito Internacional³⁹ e que, conforme sua jurisprudência⁴⁰ e a jurisprudência internacional,⁴¹ não é tarefa da Corte nem da Comissão identificar *ex officio* quais são os recursos internos a serem esgotados, mas que cabe ao Estado a indicação oportuna dos recursos internos que devem ser esgotados e de sua efetividade.

39. O Tribunal observa do expediente do caso perante a Comissão Interamericana que esta solicitou ao Estado que indicasse, de acordo com o artigo 34 de seu Regulamento então vigente, os elementos de juízo que lhe permitissem verificar se haviam sido esgotados os recursos da jurisdição interna. Em resposta a esse pedido, o Brasil informou que: a) não se havia esgotado a Ação Ordinária, que se encontrava em etapa de conhecimento do processo, e b) existia a possibilidade para os familiares de interpor um *habeas data* para obter documentos e informação de órgãos públicos. Esses são os únicos questionamentos do Estado vinculados a exceções preliminares apresentados oportunamente.

40. Ao contrário, as alegações relativas à Arguição de Descumprimento, à Ação Civil Pública, à possibilidade de interposição de uma ação penal subsidiária e às diversas iniciativas de reparação, foram expostas pelo Brasil, pela primeira vez, como parte de uma exceção preliminar por falta de esgotamento dos recursos internos em sua contestação à demanda, aproximadamente nove anos e oito meses depois de adotada a decisão de admissibilidade por parte da Comissão Interamericana, ou seja, de maneira extemporânea. Por esta razão, não corresponde admitir estes argumentos.

41. Com relação às duas alegações de falta de esgotamento apresentadas oportunamente (par. 39 *supra*), a Corte observa que, no procedimento perante si, o Estado não alegou a falta de interposição de um *habeas data*, motivo por que o Tribunal considera que houve desistência a esse respeito e não fará nenhuma consideração adicional.

42. Com base no exposto acima, o Tribunal analisará unicamente a alegação do Estado referente à falta de esgotamento dos recursos internos a respeito da Ação Ordinária. No momento em que a Comissão emitiu o Relatório nº 33/2001, em 6 de março de 2001, passados mais de 19 anos do início dessa ação, não havia uma decisão definitiva do mérito no âmbito interno. Por esse motivo, a Comissão concluiu que o atraso do processo não podia ser considerado razoável. A Comissão, por conseguinte, entendeu que não se podia exigir o requisito do esgotamento

³⁹ Cf. *Caso Reverón Trujillo versus Venezuela. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 30 de junho de 2009. Série C nº 197, par. 22, e *Caso Usón Ramírez*, nota 37 *supra*, par. 22.

⁴⁰ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez. Exceções Preliminares*, nota 37 *supra*, par. 88; *Caso Reverón Trujillo*, nota 39 *supra*, par. 23, e *Caso Usón Ramírez*, nota 37 *supra*, par. 22.

⁴¹ Cf. E.C.H.R., *Deweert v. Belgium*, Application nº 6903/75, Judgment of 27 February 1980, para. 26; E.C.H.R., *Foti and others v. Italy*, Applications nºs. 7604/76; 7719/76; 7781/77, and 7913/77, Judgment of 10 de december 1982, para. 48, e E.C.H.R., *De Jong, Baljet and van den Brink v. the Netherlands*, Applications nºs. 8805/79; 8806/79, and 9242/81, Judgment of 22 May 1984, para. 36.

dos recursos internos e aplicou ao caso o artigo 46.2.c da Convenção. A Corte observa que não se deduz do expediente a alegada análise inadequada por parte da Comissão a respeito desta exceção. De igual maneira, durante a tramitação do caso perante a Corte, o Estado teve a oportunidade de apresentar seus argumentos de defesa quanto a todos os aspectos da demanda, apesar do que, não demonstrou prejuízo a seu direito de defesa em razão da referida atuação da Comissão. Desse modo, o Tribunal não encontra elementos para modificar, neste caso, o que foi decidido pela Comissão Interamericana. Além disso, a partir dos argumentos das partes e das provas contidas no expediente, a Corte observa que as alegações do Estado relativas à eficácia do recurso e à inexistência de um atraso injustificado na Ação Ordinária versam sobre questões relacionadas com o mérito do caso, uma vez que contradizem as alegações relacionadas com a suposta violação dos artigos 8º, 13 e 25 da Convenção Americana. Com base nas considerações anteriores, o Tribunal desestima esta exceção preliminar.

D. Regra da quarta instância e falta de esgotamento a respeito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental⁴²

1. Alegações das partes

43. Em sua contestação à demanda, dentro de suas alegações relacionadas com a falta de esgotamento dos recursos internos, o Estado sustentou que lhe “deve ser facultada [...] a oportunidade de debater e deliberar democraticamente o tema relacionado ao objeto da [...] demanda no âmbito de seu ordenamento jurídico interno. [...] Em especial, é preciso dar tempo para que [...] o Supremo Tribunal Federal se pronuncie definitivamente acerca das questões jurídicas pendentes do governo militar”. Em particular, manifestou que, em outubro de 2008, a Ordem dos Advogados do Brasil interpôs uma ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental mediante a qual solicitou ao Supremo Tribunal Federal que confira à Lei de Anistia uma interpretação conforme a Constituição de modo que declare que a anistia concedida por essa lei aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes de repressão contra opositores políticos, durante o regime militar.

44. Posteriormente à contestação da demanda, o Brasil informou que, em 29 de abril de 2010, o Supremo Tribunal Federal “declarou improcedente, por sete votos a dois, [a Arguição de Descumprimento nº 153]”, ao considerar que “a Lei de Anistia representou, em seu momento, uma etapa necessária no processo de reconciliação e redemocratização do país” e que “não se tratou de uma autoanistia”. Com base nesta recente decisão, o Estado questionou a competência da Corte Interamericana para

⁴² A *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* é uma modalidade de ação constitucional criada pela Constituição Federal de 1988, modificada pela reforma constitucional de 1993 e regulamentada pela Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Esta estabelece, em seu artigo 1º, que essa ação “será proposta perante o Supremo Tribunal Federal e terá por objetivo evitar ou reparar uma violação a um preceito fundamental que resulte de um ato do Poder Público” (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 35, tomo IV, folha 6309).

revisar decisões adotadas pelas mais altas cortes de um Estado, indicando que este Tribunal não pode analisar as questões de mérito da presente demanda ocorridas até 29 de abril de 2010, em virtude do não esgotamento dos recursos internos. Com a decisão da Arguição de Descumprimento nº 153, verificou-se o esgotamento regular dos recursos internos, surgindo, inclusive, um novo obstáculo para a análise do mérito da demanda: a proibição da quarta instância. O Estado afirma o anteriormente exposto tomando por base, por um lado, que a tramitação da Arguição de Descumprimento nº 153 respeitou o devido processo legal, foi transparente, permitiu a participação de todos os interessados e garantiu a imparcialidade e independência judicial e, por outro lado, o caráter subsidiário da atuação dos órgãos do Sistema Interamericano, que não podem constituir-se em tribunais de alçada para examinar alegados erros, de fato ou de direito, cometidos por tribunais nacionais que tenham atuado dentro de suas competências.

45. Com relação à Arguição de Descumprimento nº 153, os representantes salientaram que: a) esse recurso não estava regulamentado quando o presente caso foi submetido à Comissão; b) a legitimação ativa para sua interposição é limitada e não inclui os familiares ou seus representantes; c) o Partido Comunista do Brasil, que o Estado afirmou que poderia ter interposto essa ação, não é o representante legal dos familiares e, por conseguinte, não poderia interpor essa ação em seu nome, e d) essa ação não constitui um recurso adequado para remediar os desaparecimentos forçados. Por esse motivo, concluíram que é absurdo exigir o esgotamento do recurso mencionado. Por outro lado, os representantes alegaram que a decisão do Supremo Tribunal Federal, ao estender a anistia aos agentes da repressão que cometeram crimes contra a humanidade, impede objetivamente a busca de justiça e o acesso à verdade que as vítimas perseguem. Ao ser este ponto objeto do litígio do presente caso, não se sustenta a alegação de quarta instância apresentada pelo Estado. Embora os representantes tenham coincidido no que diz respeito ao caráter subsidiário da jurisdição internacional, consideraram que a análise do conjunto dos elementos que constituiriam violações continuadas aos direitos das vítimas e de seus familiares é essencial para a determinação da responsabilidade internacional do Estado.

2. Considerações da Corte

46. O Tribunal observa que, com base na Arguição de Descumprimento nº 153, o Estado apresentou duas exceções preliminares, uma relativa à falta de esgotamento dos recursos internos e outra relacionada com a fórmula da quarta instância. Quanto à primeira dessas alegações, a Corte já estabeleceu que o Estado não apresentou essa exceção no momento processual oportuno e desestimou esse argumento (par. 40 *supra*). Embora a extemporaneidade dessa alegação seja o fundamento de sua recusa, a Corte Interamericana considera conveniente prestar os seguintes esclarecimentos. Em primeiro lugar, é evidente que a Arguição de Descumprimento não é um recurso que se possa considerar disponível, não somente porque não estava regulamentada no momento da interposição da denúncia perante a Comissão, mas também porque os particulares, como os familiares das supostas vítimas, não estão legitimados para

utilizá-lo, dado que os únicos legitimados para interpor essa ação são determinados funcionários e instituições do Estado e coletivos sociais.⁴³ Além disso, o objeto da referida ação é evitar ou reparar uma possível lesão a uma norma fundamental, que, no caso perante o Supremo Tribunal Federal, se expressava em uma determinada interpretação constitucional. Disso se deduz claramente que tampouco constituía um recurso adequado para reparar as violações alegadas, isto é, para esclarecer os fatos, estabelecer as responsabilidades individuais deles decorrentes e determinar o paradeiro das supostas vítimas desaparecidas.

47. Por outra parte, o Tribunal observa que a alegação sobre a quarta instância foi interposta pelo Estado na audiência pública do presente caso, posteriormente à apresentação do escrito de contestação à demanda. Embora o artigo 38.1 do Regulamento estabeleça que o momento processual para a interposição de exceções preliminares é o da apresentação do escrito de contestação da demanda, a Corte considera que a sentença do Supremo Tribunal Federal, de 29 de abril de 2010, constitui um fato superveniente (par. 58 *infra*) e, por esse motivo, cabe a este Tribunal pronunciar-se sobre essa alegação estatal. A Comissão e os representantes das vítimas tiveram a oportunidade de apresentar suas alegações com respeito a esta exceção preliminar tanto na audiência pública como nas alegações finais escritas, motivo por que lhes foi garantido o direito de defesa.

48. A demanda apresentada pela Comissão Interamericana não pretende revisar a sentença do Supremo Tribunal Federal, decisão que nem sequer havia sido emitida quando aquele órgão apresentou sua demanda perante a Corte Interamericana, mas que se estabeleça se o Estado violou determinadas obrigações internacionais dispostas em diversos preceitos da Convenção Americana, em prejuízo das supostas vítimas, inclusive, *inter alia*, o direito de não ser submetido a um desaparecimento forçado decorrente dos artigos 3º, 4º, 5º e 7º da Convenção Americana, o direito à proteção judicial e às garantias judiciais relativos ao esclarecimento dos fatos e à determinação das responsabilidades individuais por esses mesmos fatos, decorrentes dos artigos 8º e 25 da Convenção Americana.

49. Em numerosas ocasiões, a Corte Interamericana afirmou que o esclarecimento quanto à violação ou não, pelo Estado, de suas obrigações internacionais, em virtude da atuação de seus órgãos judiciais, pode levar este Tribunal a examinar os respectivos processos internos, inclusive, eventualmente, as decisões de tribunais superiores, para estabelecer sua compatibilidade com a Convenção Americana,⁴⁴ o que inclui, eventualmente, as decisões de tribunais

⁴³ O artigo 103 da Constituição Federal dispõe que podem interpor essa ação:

I. O Presidente da República; II. A Mesa do Senado Federal; III. A Mesa da Câmara dos Deputados; IV. A Mesa das Assembleias Legislativas ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V. O Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI. O Procurador-Geral da República; VII. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII. Partido político com representação no Congresso Nacional; IX. Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

⁴⁴ Cf. *Caso dos "Meninos de Rua" (Villagrán Morales e outros) versus Guatemala. Mérito*. Sentença de 19 de novembro de 1999. Série C nº 63, par. 222; *Caso Escher e outros*, nota 27 *supra*, par. 44, e *Caso Da Costa Cadogan*, nota 35 *supra*, par. 12.

superiores. No presente caso, não se solicita à Corte Interamericana a realização de um exame da Lei de Anistia com relação à Constituição Nacional do Estado, questão de direito interno que não lhe compete e que foi matéria do pronunciamento judicial na Arguição de Descumprimento nº 153 (par. 136 *infra*), mas que este Tribunal realize um controle de convencionalidade, ou seja, a análise da alegada incompatibilidade daquela lei com as obrigações internacionais do Brasil contidas na Convenção Americana. Consequentemente, as alegações referentes a essa exceção são questões relacionadas diretamente com o mérito da controvérsia, que podem ser examinadas por este Tribunal à luz da Convenção Americana, sem contrariar a regra da quarta instância. O Tribunal, portanto, desestima esta exceção preliminar.

IV COMPETÊNCIA

50. A Corte Interamericana é competente, nos termos do artigo 62.3 da Convenção, para conhecer do presente caso, em razão de ser o Brasil Estado Parte da Convenção Americana desde 25 de setembro de 1992 e de ter reconhecido a competência contenciosa da Corte em 10 de dezembro de 1998.

V PROVA

51. Com base no estabelecido nos artigos 46, 47 e 50 do Regulamento, bem como em sua jurisprudência a respeito da prova e sua apreciação,⁴⁵ a Corte examinará e avaliará os elementos probatórios documentais remetidos pelas partes em diversas oportunidades processuais, bem como as declarações das supostas vítimas, os testemunhos e os pareceres periciais rendidos perante agente dotado de fé pública e na audiência pública perante a Corte. Para isso, o Tribunal se aterá aos princípios da crítica sã, dentro do marco normativo correspondente.⁴⁶

A. Prova documental, testemunhal e pericial

52. O Tribunal recebeu as declarações rendidas perante agente dotado de fé pública pelas supostas vítimas, testemunhas e peritos, especificados neste parágrafo, sobre os temas a seguir mencionados. O conteúdo dessas declarações estão incluídos no capítulo correspondente:

1) *Diva Soares Santana*, suposta vítima, proposta pela Comissão Interamericana. Declarou sobre: a) os alegados esforços dos familiares dos desaparecidos para obter justiça, verdade e reparação, bem como para conhecer o

⁴⁵ Cf. *Caso da "Panel Blanca" (Paniagua Morales e outros) versus Guatemala. Reparaciones e Custas*. Sentença de 25 de maio de 2001. Série C nº 76, par. 50; *Caso Rosendo Cantú e outra versus México, Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 31 de agosto de 2010. Série C nº 216, par. 27, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, nota 24 *supra*, par. 39.

⁴⁶ Cf. *Caso da "Panel Blanca" (Paniagua Morales e outros) versus Guatemala. Mérito*. Sentença de 8 de março de 1998. Série C nº 37, par. 76; *Caso Rosendo Cantú e outra*, nota 45 *supra*, par. 27, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, nota 24 *supra*, par. 39.

paradeiro dos desaparecidos, entre eles sua irmã, Dinaelza Santana Coqueiro, e seu cunhado, Vandick Reidner Pereira Coqueiro, e b) o impacto alegadamente sofrido por ela e sua família, em virtude dos fatos do caso;

2) *Victoria Lavínia Grabois Olímpio*, suposta vítima, proposta pela Comissão e pelos representantes. Declarou sobre: a) sua relação familiar com seu pai, Maurício Grabois, seu irmão, André Grabois, e seu esposo e pai de seu filho, Gilberto Olímpio; b) a forma como teve conhecimento dos alegados desaparecimentos forçados dessas pessoas; c) o impacto desses desaparecimentos em sua vida e na de sua família; d) as supostas gestões e ações pessoais e familiares para conhecer a verdade sobre o ocorrido, obter justiça e localizar os restos mortais de seus entes queridos, bem como os obstáculos enfrentados, e e) as alegadas consequências materiais e imateriais dos desaparecimentos e da falta de verdade e justiça para ela e sua família;

3) *Aldo Creder Corrêa*; 4) *Clovis Petit de Oliveira*; 5) *Dilma Santana Miranda*; 6) *Dinorá Santana Rodrigues*; 7) *Dirceneide Soares Santana*; 8) *Elena Gibertini Castiglia*; 9) *Elza da Conceição Oliveira*; 10) *Helenalda Resende de Souza Nazareth*; 11) *Igor Grabois Olímpio*; 12) *João Carlos Schmidt de Almeida*; 13) *José Dalmo Ribeiro Ribas*; 14) *Junília Soares Santana*; 15) *Lorena Moroni Girão Barroso*; 16) *Luíza Gurjão Farias*; 17) *Luiza Monteiro Teixeira*; 18) *Maria Eliana de Castro Pinheiro*; 19) *Maria Leonor Pereira Marques*; 20) *Maristella Nurchis*; 21) *Rosa Olímpio*; 22) *Rosana de Moura Momente*; 23) *Sônia Maria Haas*; 24) *Terezinha Souza Amorim*; 25) *Valéria Costa Couto*, e 26) *Viriato Augusto Oliveira*⁴⁷, supostas vítimas, propostas pelos representantes. Declararam sobre os aspectos referentes a: a) sua relação familiar com as supostas vítimas desaparecidas; b) a maneira como tomaram conhecimento dos alegados desaparecimentos forçados; c) as ações pessoais e gestões dos familiares para conhecer a verdade sobre o ocorrido e localizar os restos mortais de seus entes queridos; d) o contexto político vivido depois dos desaparecimentos; e) a atuação das autoridades públicas, assim como outros obstáculos na busca por justiça; f) as consequências materiais e imateriais dos desaparecimentos e da falta de verdade e justiça em sua vida pessoal e familiar, e g) as indenizações recebidas;

27) *Danilo Carneiro*, testemunha proposta pelos representantes. Declarou sobre: a) as supostas atividades dos militantes políticos na referida região, e b) o padrão de repressão que teria sido imposto pelo Estado durante o regime militar e, em particular, o *modus operandi* das alegadas detenções e das torturas perpetradas por agentes estatais e seus colaboradores contra os opositores políticos e seus supostos colaboradores na região;

28) *Edmundo Teobaldo Müller Neto*, testemunha proposta pelo Estado. Declarou sobre as alegadas atividades do Grupo de Trabalho Tocantins, instituído pelo Decreto nº 567/MD, com o objetivo de localizar, recolher e identificar os corpos dos guerrilheiros e militares mortos no episódio conhecido como Guerrilha do Araguaia;

⁴⁷ Cf. *Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") versus Brasil. Reconsideração*. Resolução da Corte Interamericana de Derechos Humanos de 19 de maio de 2010, Considerandos 23 a 29 e Ponto Resolutivo Primeiro.

29) *Jaime Antunes da Silva*⁴⁸, testemunha proposta pelo Estado. Declarou sobre a alegada implementação do "Centro de Referência das Lutas Políticas no Brasil (1964-1985) – Memórias Reveladas", referente à recuperação e disponibilização dos arquivos dos órgãos de segurança do regime de exceção;

30) *Flavia Piovesan*,⁴⁹ professora de Direito Constitucional e Direitos Humanos, perita proposta pela Comissão. Apresentou laudo pericial sobre: a) a Lei nº 11.111 e os Decretos nº 2.134/1997, nº 4.553/2002 e nº 5.584/2005, com relação aos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal de 1988, e b) as consequências dessas normas para o cumprimento da sentença definitiva proferida no âmbito da Ação Ordinária nº 82.00.24682-5, com o objetivo de que examine a possibilidade concreta de execução da referida sentença;

31) *Damián Miguel Loreti Urba*, advogado especialista em liberdade de expressão e leis de sigilo, perito proposto pela Comissão. Apresentou laudo pericial sobre a Lei nº 11.111 e os Decretos nº 2.134/1997, nº 4.553/2002 e nº 5.584/2005, e as garantias constitucionais fundamentais relativas à liberdade de expressão e ao acesso à informação;

32) *Paulo César Endo*, psicólogo e professor, perito proposto pelos representantes. Apresentou laudo pericial sobre: a) os efeitos nos familiares dos alegados desaparecimentos forçados e da falta de justiça e verdade sobre o ocorrido; b) as características que deve ter um programa adequado de atenção psicológica a esses danos, e c) outras medidas que o Estado deva adotar para reparar as supostas violações cometidas;

33) *Hélio Bicudo*, ex-Promotor do Ministério Público do Estado de São Paulo e especialista em direito internacional dos direitos humanos, perito proposto pelos representantes. Apresentou laudo pericial sobre como a interpretação dada aos crimes conexos previstos na Lei nº 6.683/1979 constitui um suposto obstáculo para a persecução penal e punição dos autores das graves violações dos direitos humanos cometidas durante o regime militar brasileiro;

34) *Estevão Chaves de Rezende Martins*⁵⁰ professor, ex-Secretário Legislativo do Ministério da Justiça e ex-Consultor Geral Legislativo do Senado Federal, perito proposto pelo Estado. Requereu-se um parecer pericial sobre a experiência histórica brasileira à luz do conceito de "justiça de transição", e

35) *Alcides Martins*, Subprocurador Geral da República, perito proposto pelo Estado. Apresentou uma análise técnico-jurídica sobre a Lei de Anistia.

53. Quanto à prova rendida em audiência pública, a Corte ouviu as declarações das pessoas a seguir relacionadas:

⁴⁸ Cf. *Caso Gomes Lund e outros* ("Guerrilha do Araguaia"). *Reconsideração*, nota 47 *supra*, Considerandos 12 a 16 e Ponto Resolutivo Primeiro.

⁴⁹ Cf. *Caso Gomes Lund e outros* ("Guerrilha do Araguaia"). *Reconsideração*, nota 47 *supra*, Vistos 4 e 7.

⁵⁰ Cf. *Caso Gomes Lund e outros* ("Guerrilha do Araguaia"). *Reconsideração*, nota 47 *supra*, Considerandos 4 a 11 e Ponto Resolutivo Primeiro.

1) *Laura Petit da Silva*, suposta vítima, proposta pela Comissão e pelos representantes. Declarou sobre: a) a identificação de sua irmã, Maria Lúcia Petit da Silva; b) o impacto que teve em sua vida e na de sua família a alegada execução de sua irmã e o suposto desaparecimento de seus irmãos, Lúcio e Jaime Petit da Silva, e c) os esforços e obstáculos que teria enfrentado para obter verdade e justiça;

2) *Criméia Alice Schmidt de Almeida* e 3) *Elizabeth Silveira e Silva*, supostas vítimas, propostas pelos representantes. Declararam sobre os aspectos referentes a: a) sua relação familiar com a suposta vítima desaparecida; b) a maneira como tiveram conhecimento do alegado desaparecimento forçado; c) as ações pessoais e gestões dos familiares para conhecer a verdade sobre o ocorrido e localizar os restos mortais de seus entes queridos; d) o contexto político vivido durante o regime militar no Brasil; e) a atuação das autoridades públicas, bem como outros obstáculos na busca por justiça; f) as consequências materiais e imateriais dos desaparecimentos e da falta de verdade e justiça em sua vida pessoal e familiar, e g) as indenizações recebidas;

4) *Marlon Alberto Weichert*, testemunha proposta pela Comissão e pelos representantes. Declarou sobre: a) o alcance e a interpretação conferidos à Lei de Anistia brasileira; b) os demais obstáculos alegadamente utilizados no direito brasileiro para impedir a investigação, julgamento e punição de graves violações de direitos humanos, e c) os obstáculos e as restrições supostamente indevidas ao direito de acesso à informação no Brasil;

5) *Belisário dos Santos*,⁵¹ testemunha proposta pelos representantes. Declarou sobre: a) os supostos obstáculos jurídicos e legais encontrados no litígio de casos de presos políticos, concernentes a fatos ocorridos durante o regime militar brasileiro; b) as obstruções alegadamente encontradas pela Comissão Especial para ter acesso aos documentos oficiais em poder do Estado e na busca e entrega dos restos mortais das supostas vítimas desaparecidas; c) o julgamento de processos e o pagamento de indenizações pela Comissão Especial, e d) as atividades do Comitê de Supervisão do Grupo de Trabalho Tocantins;

6) *José Gregori*, testemunha proposta pelo Estado. Declarou sobre a importância e as atividades da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, e o contexto histórico da Lei nº 9.140/95;

7) *José Paulo Sepúlveda Pertence*, testemunha proposta pelo Estado. Declarou sobre: a) o contexto histórico de elaboração e promulgação da Lei de Anistia, e b) sua alegada contribuição para o processo de reconciliação nacional à época de sua promulgação;

8) *Rodrigo Uprimny*, professor, especialista em justiça de transição, perito proposto pela Comissão. Apresentou perícia sobre: a) o eventual impacto, na sociedade brasileira atual, causado pelo desconhecimento da verdade histórica de seu passado e das graves violações de direitos humanos ocorridas durante o regime militar, e b) as possíveis consequências do anteriormente exposto, e

⁵¹ Cf. *Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia")*. Reconsideração, nota 47 *supra*, Considerandos 18 e 22 e Ponto Resolutivo Segundo.

9) *Gilson Langaro Dipp*, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, ex-Corregedor Nacional de Justiça, perito proposto pelo Estado. Apresentou perícia sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

B. Admissibilidade da prova documental

54. No presente caso, como em outros,⁵² o Tribunal admite o valor probatório dos documentos enviados pelas partes na devida oportunidade processual, que não foram controvertidos ou objetados, nem cuja autenticidade tenha sido colocada em dúvida.

55. Com relação aos artigos ou textos acadêmicos, a Corte já mencionou, anteriormente, que se trata de obras escritas que contêm declarações ou afirmações de seus autores para divulgação pública. Nesse sentido, a valoração de seu conteúdo não se encontra sujeita às formalidades exigidas para as provas testemunhais. Não obstante, seu valor probatório dependerá de que corroborem ou se refiram a aspectos relacionados com o caso concreto.⁵³

56. Quanto às notas de imprensa, este Tribunal considerou que poderão ser apreciadas quando reúnam fatos públicos e notórios ou declarações de funcionários do Estado ou quando corroborem aspectos relacionados com o caso.⁵⁴ O Tribunal decide admitir os documentos que se encontrem completos ou que, pelo menos, possibilitem constatar a fonte e data de publicação e os valorará à luz do conjunto do acervo probatório, das observações do Estado e das regras da crítica sã.

57. De igual modo, a Corte incorpora ao acervo probatório as decisões e outros documentos que considera úteis para a resolução deste caso, em aplicação do artigo 47.1 do Regulamento.

58. Posteriormente à contestação da demanda, em 6 de maio de 2010, o Estado informou ao Tribunal que, em 29 de abril de 2010, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela improcedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153 e confirmou, por sete votos contra dois, a validade interna da Lei de Anistia. O Brasil indicou que essa decisão constitui um fato novo superveniente, nos termos do artigo 46.3 do Regulamento aplicável, que altera substancialmente o rumo da instrução processual até então realizada e solicitou que fossem anexados como prova os votos de quatro ministros do Supremo Tribunal Federal, aportados pelo Estado.

⁵² Cf. *Caso Velásquez Rodríguez. Mérito*, nota 25 *supra*, par. 140; *Caso Rosendo Cantú e outra*, nota 45 *supra*, par. 31, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, nota 24 *supra*, par. 42.

⁵³ Cf. *Caso Radilla Pacheco*, nota 24 *supra*, par. 72; *Caso Fernández Ortega e outro versus México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 30 de agosto de 2010. Série C nº 215, par. 33, e *Caso Rosendo Cantú e outra*, nota 45 *supra*, par. 34.

⁵⁴ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez. Mérito*, nota 25 *supra*, par. 146; *Caso Rosendo Cantú e outra*, nota 45 *supra*, par. 35, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, nota 24 *supra*, par. 43.

59. A Corte considera que a decisão do Supremo Tribunal Federal do Estado, que afirma a constitucionalidade da Lei de Anistia, está ligada aos fatos do presente caso. O Tribunal, por conseguinte, admite como prova de fatos supervenientes os documentos aportados pelo Estado, nos termos do artigo 46.3 do Regulamento, e considerará, no que sejam pertinentes, as informações ali indicadas.

60. Por outro lado, a Corte admite, excepcionalmente, os documentos enviados pelas partes em diversas oportunidades processuais, por julgá-los pertinentes e úteis para a determinação dos fatos e suas eventuais consequências jurídicas, sem prejuízo das considerações a seguir formuladas.

61. A Comissão Interamericana apresentou, com suas alegações finais, documentos enviados pelo perito Uprimny, relativos à perícia por ele apresentada a este Tribunal. O Estado observou que não há uma disposição normativa a respeito da possibilidade de complementação de uma perícia apresentada em audiência pública. Ademais, alegou que esses documentos não se referem a fatos relevantes para o processo, nem se relacionam com nenhum evento de força maior, impedimento grave ou fatos supervenientes, motivos pelos quais os documentos aportados são extemporâneos e inadmissíveis.

62. A Corte recorda que os documentos relativos ao parecer do perito Uprimny foram anexados em atendimento a um pedido do Tribunal, no decorrer da audiência pública, e, por esse motivo, os incorpora ao acervo do presente caso nos termos do artigo 47 do Regulamento. A Corte levará em consideração as observações do Estado, dentro do conjunto do acervo probatório, em aplicação das regras da crítica sã.

63. O Brasil anexou a suas alegações finais escritas a opinião de uma pessoa sobre o parecer do perito Uprimny, além de material de imprensa que, segundo o Estado, contrastaria com a opinião do perito. Os representantes alegaram que a pessoa que elaborou essa resposta, além de não ser um perito convocado pelo Tribunal, não teve seu parecer apresentado oportunamente como prova na contestação do Estado e tampouco se alegou força maior, impedimento grave ou fatos supervenientes para a apresentação dessa prova. Trata-se, por conseguinte, de prova apresentada de forma inoportuna e extemporânea. Com relação ao material de imprensa anexado, salientaram que não tem relação direta com o caso e não foi citado nessa opinião.

64. A Corte observa que a apresentação desses documentos não está prevista nas normas regulamentares, nem foi justificada em alguma das situações que, excepcionalmente, permitem a apresentação extemporânea de provas, nem foi solicitada pelo Tribunal. Com base no anteriormente exposto, não admitirá os documentos que alegadamente responderiam à perícia do senhor Uprimny.

65. Os representantes anexaram a suas alegações finais comprovantes de gastos relacionados com o presente caso e um “complemento da perícia” do senhor Bicudo. Com relação a este último documento, o Estado considerou extemporânea e inadmissível essa apresentação.

66. A Corte observa que a apresentação de uma "perícia complementar" não está prevista nas normas regulamentares, não foi justificada em nenhuma das situações que, excepcionalmente, permitem a apresentação extemporânea de provas, nem foi solicitada pelo Tribunal. Isto posto, não admitirá os documentos relativos à perícia complementar mencionada. Por outro lado, quanto aos comprovantes de gastos enviados pelos representantes, o Tribunal só considerará os documentos enviados com as alegações finais escritas que se referirem às custas e gastos ocorridos por ocasião do procedimento perante esta Corte com posterioridade ao escrito de solicitações e argumentos.

C. Admissibilidade das declarações das supostas vítimas e da prova testemunhal e pericial

67. Quanto às declarações das supostas vítimas e das testemunhas, bem como aos pareceres apresentados na audiência pública e mediante declarações juramentadas, a Corte os considera pertinentes apenas na medida em que se ajustem ao objeto definido pelo Presidente do Tribunal, na resolução em que se ordenou recebê-los,⁵⁵ e em conjunto com os demais elementos do acervo probatório, levando em conta as observações formuladas pelas partes.⁵⁶

68. Com relação às declarações das supostas vítimas, o Estado formulou esclarecimentos e opiniões sobre alguns dos pontos abordados nos depoimentos das senhoras Victória Lavínia Grabois Olímpio e Diva Soares Santana.

69. Conforme a jurisprudência deste Tribunal, as declarações prestadas pelas supostas vítimas não podem ser valoradas isoladamente, mas como parte do conjunto das provas do processo, uma vez que são úteis na medida em que podem proporcionar mais informações sobre as supostas violações e suas consequências.⁵⁷ A Corte registra que as observações do Estado se referem a certos aspectos do conteúdo de ambas as declarações, mas que não impugnaram sua admissibilidade. Ante o exposto, o Tribunal admite essas declarações, sem prejuízo de que seu valor probatório seja considerado à luz dos critérios mencionados (par. 67 *supra*) e das regras da crítica sã.

70. Ademais, a Comissão Interamericana, os representantes e o Estado apresentaram observações sobre algumas declarações testemunhais. A Comissão e os representantes se manifestaram sobre alguns aspectos do conteúdo do depoimento do senhor Antunes da Silva. Além disso, os representantes acrescentaram que "a testemunha extrapolou o objeto definido na resolução [do Presidente]", que incluía somente as atividades relativas ao projeto "Memórias Reveladas", quando se referiu às normas internas e à experiência comparada. Em suas alegações finais, o Estado respondeu a essas observações, sustentando, *inter alia*, que o registro, no *affidavit*,

⁵⁵ Cf. *Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia")*. Convocatória de Audiência Pública, nota 6 *supra*, e *Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia")*. Reconsideração, nota 47 *supra*, Considerandos 4 a 11.

⁵⁶ Cf. *Caso Loayza Tamayo versus Peru*. Mérito. Sentença de 17 de setembro de 1997. Série C n° 33, par. 43; *Caso Rosendo Cantú e outra*, nota 45 *supra*, par. 50, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, nota 24 *supra*, par. 47.

⁵⁷ Cf. *Caso da "Panel Blanca" (Paniagua Morales e outros)*. Reparações e Custas, nota 45 *supra*, par. 70; *Caso Rosendo Cantú e outra*, nota 45 *supra*, par. 52, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, nota 24 *supra*, par. 48.

de uma pequena análise comparativa dos acervos de outros países é fruto dos resultados obtidos através do contato estreito que a testemunha vem mantendo com representantes e técnicos das diversas instituições de arquivo na América Latina. O Brasil salientou, ademais, que “não ficou completamente claro o significado do comentário a respeito da ‘referência à legislação interna’”. Indicou que, se essa observação se refere ao acesso à mesma informação, deve-se destacar que um dos principais objetivos do projeto “Memórias Reveladas” é o acesso à mesma, motivo pelo qual é pertinente a menção à legislação interna. Por outro lado, os representantes formularam observações sobre o conteúdo do depoimento do senhor Müller Neto, que foram respondidas pelo Estado em suas alegações finais.

71. O Tribunal observa que nem a Comissão Interamericana nem os representantes impugnaram a admissibilidade das duas declarações mencionadas, mas ofereceram os esclarecimentos ou as opiniões que julgaram pertinentes sobre seu conteúdo. A Corte avaliará essas declarações, bem como as observações mencionadas, no que resultem pertinentes, nos respectivos capítulos da presente Sentença e de acordo com os critérios indicados anteriormente (par. 67 *supra*). Por outro lado, o Tribunal observa que o depoimento do senhor Antunes da Silva refere-se ao objeto oportunamente indicado e que as breves menções comparativas às experiências da região e às normas que regulamentam o acesso à informação e ao funcionamento do Arquivo não se encontram fora dele.

72. Por último, o Estado e os representantes se pronunciaram sobre determinados laudos periciais. O Brasil formulou observações sobre os laudos dos peritos Piovesan, Loreti, Bicudo, Endo e Uprimny. Quanto aos dois primeiros, o Estado ofereceu informações e sua opinião sobre seu conteúdo, sem impugnar sua admissibilidade. Por outro lado, quanto ao parecer do perito Bicudo, o Brasil indicou que somente uma parte da perícia, “que consta dos parágrafos 13 a 38, guarda relação com seu objeto” e que há manifestações que configuram opiniões pessoais do perito. O Estado sustentou que o perito extrapolou o objeto da perícia e, por esse motivo, solicitou que não se considerem essas manifestações. Quanto ao parecer do senhor Endo, o Brasil lembrou seu objeto e salientou que o perito deveria ajustar-se a ele, bem como evitar comentários pessoais sobre fatos históricos quando não estejam relacionados com a percepção dos familiares. Também mencionou que, em algumas partes do laudo pericial, não ficou claro se o perito refletia a percepção dos familiares ou emitia sua opinião sobre os fatos e eventos históricos, destacando a importância dessa distinção. Ademais, tampouco ficou claro se o perito realizou entrevistas pessoais com todos os familiares dos desaparecidos da Guerrilha do Araguaia, medida considerada imprescindível para caracterizar as reparações imateriais, ou se apenas entrevistou alguns dos afetados. Adicionalmente, o Brasil apresentou observações sobre determinadas medidas recomendadas pelo perito. Por último, com relação à perícia do senhor Uprimny, o Estado, em suas alegações finais, questionou o conteúdo e a metodologia utilizada como base do parecer, aportando a opinião de uma pessoa sobre a perícia e uma nota de imprensa, as quais discrepavam das afirmações desse perito (par. 63 *supra*).

73. Por sua vez, os representantes apresentaram observações sobre os pareceres dos peritos Martins e Rezende Martins. A respeito do primeiro, salientaram que o laudo pericial extrapola os aspectos estabelecidos no objeto determinado pelo Presidente, uma vez que se refere expressamente a outras iniciativas do Estado, como a Comissão de Anistia e a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Ademais, indicaram que o perito realizou uma consideração valorativa sobre o desempenho do Estado, desnecessária para o objetivo da perícia. Finalmente, os representantes fizeram observações sobre o conteúdo do parecer relacionado com a Lei de Anistia. Nas alegações finais, o Brasil respondeu a essas observações e, entre outras considerações, salientou que a análise da Lei de Anistia não pode ser isolada do tempo em que essa lei foi elaborada, nem do fundamento em que estava baseada. Por outro lado, sobre o parecer do perito Rezende Martins, além de algumas observações gerais, os representantes salientaram que, em seu parecer, não apresentou uma análise da experiência histórica brasileira, divergindo do objeto definido pelo Presidente (par. 52, número 34 *supra*).

74. A Corte Interamericana nota que as observações do Estado e dos representantes se baseiam, em termos gerais: a) na discrepância em relação ao conteúdo dos pareceres, contradizendo-os ou sobre eles oferecendo opinião; b) no alcance das manifestações dos peritos, indicando que algumas delas não correspondem ao objeto da perícia; c) no fato de que o perito apresenta opiniões pessoais; e d) na metodologia utilizada para elaborar o parecer.

75. O Tribunal considera pertinente destacar que, diferentemente das testemunhas, que devem evitar emitir opiniões pessoais, os peritos oferecem opiniões técnicas ou pessoais, na medida em que se relacionem com seu especial saber ou experiência. Ademais, os peritos podem referir-se tanto a pontos específicos da *litis* como a qualquer outro ponto relevante do litígio, sempre e quando se circunscrevam ao objeto para o qual foram convocados e suas conclusões estejam suficientemente fundamentadas.⁵⁸ Adicionalmente, quanto às observações sobre o conteúdo dos laudos periciais, o Tribunal entende que elas não impugnam sua admissibilidade, mas que apontam a questionar o valor probatório dos pareceres, os quais serão considerados, no que seja pertinente, nos capítulos correspondentes da presente Sentença. Por outro lado, relativamente a que alguns peritos manifestaram-se fora do objeto da perícia, o Tribunal considerará as observações das partes e reitera que somente admitirá as manifestações que se ajustem ao objeto oportunamente definido (pars. 52 e 53 *supra*).

76. Em particular, a respeito das observações sobre a metodologia do parecer do senhor Endo, sem prejuízo de levar em conta a manifestação do Estado, o Tribunal observa que o parecer contém uma explicação sobre o procedimento empregado. O perito salientou que a estrutura da perícia está composta de três partes diferenciadas; ao passo que as duas primeiras se referem à análise do dano

⁵⁸ Cf. *Caso Reverón Trujillo*, nota 39 *supra*, par. 42; *Caso Fernández Ortega e outros*, nota 53 *supra*, par. 61, e *Caso Rosendo Cantú e outra*, nota 45 *supra*, par. 68.

a determinados familiares, a quem identifica, a terceira parte enfatiza os danos psicológicos que se repetem em mais de um familiar, buscando mostrar o caráter repetitivo do dano. Com vistas à elaboração de uma parte do laudo pericial, o perito realizou entrevistas pessoais com determinados familiares; e para a outra parte, não houve encontros entre os familiares e o perito, mas toda a análise foi realizada com base nos *affidavits* dos familiares. A Corte não considera que as objeções ao método utilizado pelo perito, o qual foi suficientemente explicado no relatório, afetam sua admissibilidade. Com efeito, o fato de que o perito tenha combinado a entrevista pessoal de quatro familiares com a análise das declarações rendidas perante agente dotado de fé pública de mais de 20 familiares não obsta a validade de seu parecer, uma vez que o objeto da perícia, definido na resolução do Presidente da Corte (par. 52, número 32 *supra*), não estabeleceu uma modalidade determinada ou a obrigatoriedade de individualização da análise. Por último, o Tribunal toma nota do questionamento do Estado sobre a metodologia com base na qual o perito Uprimny realizou algumas das manifestações de seu parecer. Sem prejuízo do exposto, o Tribunal já estabeleceu que não admite os documentos anexados ao escrito do Estado relativos a esse parecer (par. 64 *supra*). Isto posto, o Tribunal admite os laudos periciais mencionados, na medida em que se ajustem ao objeto ordenado, e os valorará juntamente com o restante do acervo probatório, levando em conta as observações das partes, em conformidade com as regras da crítica sã.

VI CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS SOBRE OS FAMILIARES INDICADOS COMO SUPOSTAS VÍTIMAS

77. A Comissão e os representantes indicaram como supostas vítimas a determinados familiares das pessoas alegadamente desaparecidas e da senhora Maria Lúcia Petit da Silva. No entanto, há diferentes situações relativas à identificação dos familiares como supostas vítimas no presente caso, a saber: a) 133 pessoas foram indicadas no relatório de mérito e na demanda da Comissão; b) 107 pessoas foram incluídas pela primeira vez na demanda, e c) 40 pessoas foram mencionadas pela primeira vez em uma lista anexada ao escrito de solicitações e argumentos.

78. O Brasil afirmou estar de acordo com o critério do Tribunal sobre a determinação das supostas vítimas em um caso perante a Corte. Lembrou que as supostas vítimas devem ser citadas na demanda e no relatório da Comissão, segundo o artigo 50 da Convenção. Afirmou que corresponde à Comissão, e não ao Tribunal, identificar na devida oportunidade processual as supostas vítimas de um caso perante a Corte.

79. No que se refere aos familiares, a Corte recorda que, na jurisprudência constante dos últimos anos, estabeleceu que as supostas vítimas devem estar indicadas no relatório da Comissão, expedido segundo o artigo 50 da Convenção, e na demanda perante esta Corte. Além disso, em conformidade com o artigo 34.1 do Regulamento, cabe à Comissão, e não a este Tribunal, identificar, com precisão e na

devida oportunidade processual, as supostas vítimas em um caso perante a Corte.⁵⁹

80. O Tribunal, por conseguinte, julga conveniente esclarecer que os familiares que serão considerados como supostas vítimas no presente caso são aqueles indicados como tais pela Comissão Interamericana no relatório de mérito a que se refere o artigo 50 da Convenção Americana e no escrito de demanda.⁶⁰

VII

DIREITO AO RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, À VIDA, À INTEGRIDADE E À LIBERDADE PESSOAIS EM RELAÇÃO ÀS OBRIGAÇÕES DE RESPEITAR E GARANTIR OS DIREITOS

81. Com a finalidade de examinar a alegada responsabilidade internacional do Brasil pela violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica,⁶¹ à vida,⁶² à integridade⁶³ e à liberdade⁶⁴ pessoais, em relação às obrigações de respeito e garantia,⁶⁵ o Tribunal sintetizará as alegações das partes, estabelecerá os fatos que considera provados e fará as considerações pertinentes. No presente caso, os fatos foram estabelecidos, fundamentalmente, com base em documentos oficiais, tais como a Lei nº 9.140/1995, os Relatórios da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, do Ministério da Defesa sobre a Guerrilha do Araguaia e da Comissão Interministerial criada para investigar as circunstâncias dos desaparecimentos ocorridos no marco da Guerrilha.

A. Alegações das partes

82. A Comissão Interamericana indicou que a prática de desaparecimentos forçados é um crime contra a humanidade e que o presente caso "reveste a particular transcendência histórica de que os fatos ocorreram em um contexto de prática sistemática de detenções arbitrárias, torturas, execuções e desaparecimentos forçados perpetrado[s] pelas forças de segurança do governo militar, nos quais os agentes estatais [...] utilizaram a investidura oficial e recursos outorgados pelo Estado

⁵⁹ Cf. *Caso dos Massacres de Ituango versus Colômbia. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença* de 01 de julho de 2006. Série C nº 148, par. 98; *Caso Chitay Nech e outros*, nota 25 *supra*, par. 44, e *Caso Rosendo Cantú e outra*, nota 45 *supra*, par. 140.

⁶⁰ Expediente de anexos à demanda, apêndice 3, tomo VII, folhas 3553 a 3558 e expediente de mérito, tomo I, folhas 37 a 42.

⁶¹ O artigo 3 da Convenção estabelece que "[t]oda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica".

⁶² O artigo 4.1 da Convenção estabelece que "[t]oda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente".

⁶³ O artigo 5.1 da Convenção Americana estabelece que "[t]oda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral."

⁶⁴ O artigo 7.1 da Convenção Americana estabelece que "[t]oda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais".

⁶⁵ O artigo 1.1 da Convenção dispõe que "[o]s Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social".

para [fazer] desaparecer a todos os membros da Guerrilha do Araguaia". Com exceção de alguns poucos casos iniciais de prisão e tortura, todos os membros da Guerrilha detidos foram desaparecidos. Os autores ocultaram todas as provas dos delitos e escaparam de toda punição, "quiseram criar um 'limbo jurídico', implantando-o através da negativa estatal de reconhecer que as vítimas estavam sob sua custódia, ou dando informações contraditórias sobre seu paradeiro, provocando deliberadamente a impossibilidade da vítima exercer seus direitos, e mantendo seus familiares num vazio informativo sobre seu paradeiro ou situação". Embora a Comissão Interamericana tenha valorado o reconhecimento de responsabilidade pelos desaparecimentos forçados realizado no âmbito interno e o pagamento de determinadas indenizações, destacou que os familiares dos desaparecidos continuam sem informação mínima sobre o ocorrido e sobre o paradeiro de seus entes queridos, bem como sobre seu paradeiro, passados quase 40 anos do início dos fatos. Com base no exposto, solicitou que a Corte estabeleça que o Estado violou os direitos à personalidade jurídica, à vida e à integridade e liberdade pessoais dos desaparecidos, previstos nos artigos 3º, 4º, 5º e 7º da Convenção Americana, respectivamente, com relação à obrigação geral de respeitar os direitos, prevista no artigo 1.1 do mesmo instrumento.

83. Os representantes salientaram que o extermínio da Guerrilha fez parte de um padrão de repressão, perseguição e eliminação sistemática e generalizada da oposição política do regime ditatorial e constituiu um de seus episódios mais sangrentos. De acordo com a informação disponível, um grande número de supostas vítimas esteve sob custódia do Estado em algum momento antes de seu desaparecimento. O isolamento prolongado e a falta de comunicação a que foram submetidas as supostas vítimas constituem um tratamento cruel e desumano. O *modus operandi* seguido pelos agentes estatais nas detenções da região, bem como em outros desaparecimentos forçados e prisões de opositores políticos no Brasil, permite deduzir que as supostas vítimas foram torturadas durante o período em que estiveram sob custódia do Estado. As circunstâncias dos desaparecimentos não foram esclarecidas, os restos mortais não foram localizados, identificados e entregues a seus familiares, e os responsáveis não foram investigados, processados ou sancionados. Por conseguinte, solicitaram à Corte que declare a responsabilidade agravada do Estado e aplique as consequências jurídicas por ela acarretadas, pela violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade, à vida, à integridade e à liberdade pessoais, consagrados, respectivamente, nos artigos 3º, 4º, 5º e 7º da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 do mesmo tratado.

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". Por outro lado, o Estado referiu-se a diversas medidas adotadas, entre muitas outras, como a Lei nº 9.140/1995 e a publicação do relatório "Direito à Memória e à Verdade". Além disso, não apresentou alegações específicas a respeito dos atos de desaparecimentos forçados supostamente ocorridos no presente caso. Não obstante,

fez objeções à aplicação da "doutrina de crimes contra a humanidade" ao caso, em função dos princípios de legalidade e anterioridade da lei penal. Destacou, *inter alia*, que para que o costume internacional possa criar um tipo penal "seria necessário que estivesse devidamente consolidado no momento dos fatos (1972-1974)" e que a "universalização da tipificação do crime de lesa-humanidade no plano internacional ocorreu apenas com o [...] Estatuto de Roma [do Tribunal Penal Internacional], em 1998".

B. Fatos relacionados com os desaparecimentos forçados

1. Contexto histórico

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 nacional⁶⁶ e normas de exceção, como os atos institucionais, "que funcionaram como pretense marco legal para dar cobertura jurídica à escalada repressiva".⁶⁷ Esse período foi caracterizado "pela instalação de um aparelho de repressão que assumiu características de verdadeiro poder paralelo ao Estado"⁶⁸ e chegou ao seu "mais alto grau" com a promulgação do Ato Institucional nº 5 em dezembro de 1968.⁶⁹ Entre outras manifestações repressivas nesse período, encontram-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*⁷⁰ Também se estendeu o alcance da justiça militar, e uma Lei de Segurança Nacional introduziu, entre outras medidas, as penas perpétua e de morte.⁷¹

86. Entre 1969 e 1974, produziu-se "uma ofensiva fulminante sobre os grupos armados de oposição".⁷² 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.⁷³ 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".⁷⁴

⁶⁶ Entre outros, os Decretos-lei nº 314, de 1967, e 510 e 898, de 1969.

⁶⁷ Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. *Direito à Memória e à Verdade*. Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, Brasília, 2007 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo I, anexo 7, folha 5584).

⁶⁸ *Direito à Memória e à Verdade*, nota 67 *supra*, folha 5587.

⁶⁹ Cf. *Direito à Memória e à Verdade*, nota 67 *supra*, folha 5586 e 5591, e Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968.

⁷⁰ Cf. *Direito à Memória e à Verdade*, nota 67 *supra*, folhas 5587 e 5591.

⁷¹ Cf. *Direito à Memória e à Verdade*, nota 67 *supra*, folhas 5587 e 5591, e Decreto-Lei nº 898, de 29 de setembro de 1969.

⁷² *Direito à Memória e à Verdade*, nota 67 *supra*, folha 5592.

⁷³ *Direito à Memória e à Verdade*, nota 67 *supra*, folha 5591.

⁷⁴ *Direito à Memória e à Verdade*, nota 67 *supra*, folha 5592.

Como consequência, a partir de 1974, “oficialmente não houve mortes nas prisões, [todos] os presos políticos mortos ‘desapareceram’ [e] o regime passou a não mais assumir o assassinato de opositores”.⁷⁵

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.⁷⁶ A Comissão Especial destacou que o “Brasil é o único país [da região] que não trilhou procedimentos [penais] para examinar as violações de direitos humanos ocorridas em seu período ditatorial, mesmo tendo oficializado, com a lei nº 9.140/1995, o reconhecimento da responsabilidade do Estado pelas mortes e desaparecimentos denunciados”.⁷⁷ Isso tudo devido a que, em 1979, o Estado editou uma Lei de Anistia (pars. 134 e 135 *infra*).

2. Guerrilha do Araguaia

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”.⁷⁸ No início de 1972, às vésperas da primeira expedição do Exército à região do Araguaia,⁷⁹ a Guerrilha contava com cerca de 70 pessoas, em sua maioria jovens.⁸⁰

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.⁸¹ Nas primeiras campanhas, os guerrilheiros detidos não foram privados da vida, nem desapareceram.⁸² 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”.⁸³ No entanto, após uma “ampla e profunda operação de inteligência,

⁷⁵ *Direito à Memória e à Verdade*, nota 67 *supra*, folha 5614.

⁷⁶ Cf. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. *Papel cumprido e trabalho por fazer*, 2006. *Extrato do Livro Relatório* (expediente de anexos à demanda, apêndice 3, tomo V, anexo 2, folha 2762), e *Direito à Memória e à Verdade*, nota 67 *supra*, folha 5595.

⁷⁷ *Direito à Memória e à Verdade*, nota 67 *supra*, folha 5586.

⁷⁸ *Direito à Memória e à Verdade*, nota 67 *supra*, folha 5759.

⁷⁹ A região onde aconteceram os fatos está localizada no limite dos Estados do Maranhão, Pará e o atual Tocantins, por onde passa o Rio Araguaia.

⁸⁰ Cf. *Direito à Memória e à Verdade*, nota 67 *supra*, folhas 5758 e 5759.

⁸¹ Cf. *Direito à Memória e à Verdade*, nota 67 *supra*, folhas 5758, 5760 e 5761. Ver também, Ministério da Defesa. *Informações sobre a Guerrilha do Araguaia*, Escrito da União no trâmite da Ação Ordinária (expediente de mérito, tomo VII, folhas 3314 e 3315, 3342 a 3379).

⁸² Cf. *Direito à Memória e à Verdade*, nota 67 *supra*, folha 5759; *Informações sobre a Guerrilha do Araguaia*, nota 81 *supra*, folhas 3332 e 3333, e 3336 a 3339. Igualmente, cf. declaração rendida perante agente dotado de fé pública do senhor Danilo Carneiro (expediente de mérito, tomo V, folha 2173), e testemunhos dos senhores José Genoíno Neto, Danilo Carneiro, Glênio Fernandes de Sá e Dower Moraes Cavalcante no marco da Ação Ordinária (expediente de anexos à demanda, tomo I, anexo 9, folhas 50, 56, 58 e 60).

⁸³ *Direito à Memória e à Verdade*, nota 67 *supra*, folha 5762.

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.⁸⁴

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.⁸⁵ Por outro lado, "o governo militar impôs silêncio absoluto sobre os acontecimentos do Araguaia e proibiu a imprensa de divulgar notícias sobre o tema, enquanto o Exército negava a existência do movimento".⁸⁶

3. Lei nº 9.140/95 e Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos

91. Em 4 de dezembro de 1995, foi promulgada a Lei nº 9.140/1995, 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 1979.⁸⁷ Essa lei "reconheceu automaticamente 136 casos de desaparecidos, constantes num 'Dossiê' organizado por familiares e militantes de direitos humanos ao longo de 25 anos de buscas".⁸⁸ 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.⁸⁹

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".⁹⁰ 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.⁹¹

93. A Lei nº 9.140/1995 também determinou a possibilidade da concessão de uma reparação pecuniária aos familiares dos mortos e desaparecidos políticos, concedida no âmbito da Comissão Especial.⁹² 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

⁸⁴ *Direito à Memória e à Verdade*, nota 67 *supra*, folhas 5759 e 5761.

⁸⁵ Cf. *Direito à Memória e à Verdade*, nota 67 *supra*, folha 5762. Ver também Grupo de Trabalho Tocantins, *Relatório sobre a 4ª Expedição de Trabalho de Campo (3ª fase), anexo R* (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo I, folha 8104), e *Informações sobre a Guerrilha do Araguaia*, nota 81 *supra*, folhas 3445 a 3452.

⁸⁶ *Direito à Memória e à Verdade*, nota 67 *supra*, folha 5762.

⁸⁷ Cf. Lei nº 9.140/95 de 4 de dezembro de 1995 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo I, anexo 1, folha 5567), e *Direito à Memória e à Verdade*, nota 67 *supra*, folha 5582.

⁸⁸ *Direito à Memória e à Verdade*, nota 67 *supra*, folhas 5582 e 6058 a 6061. Os 136 desaparecidos incluídos na Lei nº 9.140/95 estão identificados no seu Anexo I.

⁸⁹ Lei nº 9.140/95, Anexo I, nota 87 *supra*, folhas 5 a 15.

⁹⁰ Lei nº 9.140/95, artigo 4.I.a, nota 87 *supra*, folha 5567.

⁹¹ Lei nº 9.140/95, artigo 7, nota 87 *supra*, folha 5567.

⁹² Lei nº 9.140/95, artigo 10 a 12, nota 87 *supra*, folha 5568.

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).⁹³

4. Busca e identificação de restos mortais

94. Entre 1980 e 2006, foram realizadas, ao total, 13 expedições de busca à região do Araguaia por parte dos familiares das vítimas, da Comissão Especial, da Comissão Interministerial e do Ministério Público, entre outros.

i. Buscas empreendidas pelos familiares

95. Em outubro de 1980, abril de 1991 e janeiro de 1993, os familiares das supostas vítimas empreenderam campanhas de busca de informação e dos restos mortais de seus familiares, nas quais recolheram depoimentos de habitantes da região e encontraram indícios de corpos enterrados em cemitérios clandestinos.⁹⁴ Em abril de 1991, com o apoio da Comissão de Justiça e Paz da Arquidiocese de São Paulo, os familiares realizaram escavações no cemitério de Xambioá, onde encontraram três restos mortais, dos quais foram exumados os de duas pessoas, “uma mulher, envolta em um paraquedas, e um homem de idade avançada”.⁹⁵ Desses corpos encontrados em 1991, foram identificados os restos mortais de Maria Lúcia Petit da Silva e Bérqson Gurjão Farias, em 1996⁹⁶ e 2009⁹⁷, respectivamente. Por outro lado, um familiar do senhor Lourival Moura Paulino informou que seu corpo foi identificado no cemitério de Marabá, em 2008.

ii. Buscas empreendidas pela Comissão Especial

96. A Comissão Especial⁹⁸ realizou sua primeira missão, em maio de 1996, com o apoio da Equipe Argentina de Antropologia Forense,⁹⁹ na qual não se

⁹³ Os senhores Hélio Luiz Navarro de Magalhães e Pedro Alexandrino de Oliveira Filho foram reconhecidos como vítimas de desaparecimento pela Lei nº 9.140/95, mas seus familiares, na solicitação à Comissão Especial, não pediram indenização. Por outro lado, os familiares dos senhores Francisco Manoel Chaves e Pedro Matias de Oliveira (“Pedro Carretel”) não submeteram petições à Comissão Especial. Cf. *Tabela de indenizações pagas a familiares de mortos ou desaparecidos políticos da Guerrilha do Araguaia* (anexos às alegações finais do Estado, tomo I, anexo 19, folhas 9110 a 9115).

⁹⁴ Cf. *Direito à Memória e à Verdade*, nota 67 *supra*, folha 5763; declaração rendida pela senhora Schmidt de Almeida na audiência pública realizada em 20 de maio de 2010, e *Relatório de viagens ao lugar onde ocorreu a Guerrilha do Araguaia e histórico dos restos mortais encontrados* (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo III, anexo 20, folhas 6381 a 6386).

⁹⁵ Cf. *Direito à Memória e à Verdade*, nota 67 *supra*, folha 5763, e declaração rendida pela senhora Schmidt de Almeida, nota 94 *supra*. Os restos mortais da terceira pessoa foram exumados em 1996, na expedição da Comissão Especial, nota 94 *supra*.

⁹⁶ *Direito à Memória e à Verdade*, nota 67 *supra*, folha 5763, e declaração rendida pela senhora Schmidt de Almeida, nota 94 *supra*. Sobre o reconhecimento da senhora Maria Lúcia Petit da Silva, cf. declaração rendida pela senhora Petit da Silva na audiência pública realizada em 20 de maio de 2010.

⁹⁷ Os restos mortais de Bérqson Gurjão Farias foram identificados em 7 de julho de 2009, após a realização de testes de DNA mais avançados. Cf. *Relatório de viagem*, nota 94 *supra*, folha 6385.

⁹⁸ A Comissão Especial também tem competência para “envidar esforços para a localização dos corpos de pessoas desaparecidas no caso de existência de indícios quanto ao local em que possam estar depositados”. Cf. Lei nº 9.140/95, artigo 4.II, nota 87 *supra*, folha 5567.

⁹⁹ Cf. *Relatório de viagens*, nota 94 *supra*, folhas 6381 a 6388; Relatório técnico da primeira visita da Equipe Argentina de Antropologia Forense realizada à região do Araguaia entre os dias 8 e 11 de maio de 1996 (expediente de anexos à demanda, apêndice 3, tomo III, folhas 2439 a 2449), e *Direito à Memória e à Verdade*, nota 67 *supra*, folhas 5607 e 5763.

realizaram escavações.¹⁰⁰ Em seguida, entre junho e julho de 1996, a Comissão Especial e a Equipe Argentina de Antropologia Forense realizaram uma segunda missão, quando encontraram três restos mortais, mas apenas um apresentava características compatíveis com a busca.¹⁰¹ Finalmente, em março de 2004, foi realizada outra missão na qual tampouco se obtiveram resultados.¹⁰²

iii. Buscas empreendidas por outros órgãos do Estado

97. Em julho de 2001, o Ministério Público Federal realizou uma missão à região do Araguaia, também com o apoio da Equipe Argentina de Antropologia Forense.¹⁰³ Posteriormente, em outubro de 2001, com o apoio da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados, a missão do Ministério Público Federal encontrou oito restos mortais, os quais ainda não foram identificados.¹⁰⁴ O Ministério Público realizou outra viagem à região, em dezembro de 2001, sem produzir resultados concretos.¹⁰⁵

iv. Buscas empreendidas pela Comissão Interministerial

98. Em 2 de outubro de 2003, o Estado criou uma Comissão Interministerial, através do Decreto nº 4.850, para investigar as circunstâncias dos desaparecimentos ocorridos no marco da Guerrilha do Araguaia, com o propósito de obter informações que levassem à localização dos restos mortais de seus membros, sua identificação, traslado e sepultura, bem como a expedição das respectivas certidões de óbito.¹⁰⁶ A Comissão Interministerial solicitou a colaboração das Forças Armadas, a fim de estabelecer "quem foi morto, onde foi enterrado e como isso ocorreu".¹⁰⁷ No entanto, as Forças Armadas alegaram "não possuir documento acerca do ocorrido na região do Araguaia entre 1972 e 1974" e afirmaram "que todos os documentos atinentes à repressão feita pelo regime militar à [Guerrilha do Araguaia] foram destruídos sob o respaldo das legislações vigentes em diferentes períodos".¹⁰⁸ A Comissão

¹⁰⁰ Cf. *Relatório de viagens*, nota 94 *supra*, folha 6382.

¹⁰¹ Cf. *Direito à Memória e à Verdade*, nota 67 *supra*, folha 5763; *Relatório de viagens*, nota 94 *supra*, folha 6385, e declaração rendida pela senhora Schmidt de Almeida, nota 94 *supra*. Também, cf. *Relatório Técnico da 2ª Missão da Equipe Argentina de Antropologia Forense* de 25 de julho de 1996 (expediente de anexos à demanda, apêndice 3, tomo III, folhas 2450 a 2458).

¹⁰² Cf. *Relatório de viagens*, nota 94 *supra*, folha 6383. Igualmente, cf. *Relatório da Equipe Argentina de Antropologia Forense sobre missão de 4 a 13 de março de 2004* (expediente de anexos à demanda, apêndice 3, tomo III, folhas 1435 a 1446).

¹⁰³ Esta missão foi resultado dos Inquéritos Cíveis Públicos nº MPF/SP 103/2001, MPF/PA 0112001 e MPF/DF OS/2001. Ver *Relatório de viagens*, nota 94 *supra*, folhas 6382 e 6383. Os restos mortais encontrados foram enviados a Brasília, mas não foram identificados. Em seu relatório de 2 de agosto de 2001, a Equipe Argentina de Antropologia Forense reiterou suas recomendações a respeito dos recursos humanos e logísticos necessários para as buscas futuras e enfatizou a importância de incluir o trabalho de campo e buscar testemunhas na região. Cf. *Relatório da Equipe Argentina de Antropologia Forense* de 2 de agosto de 2001 (expediente de anexos à demanda, apêndice 3, tomo III, anexo 42, folhas 1429 a 1434).

¹⁰⁴ Cf. *Relatório de viagens*, nota 94 *supra*, folha 6386, e alegações finais escritas do Estado (expediente de mérito, tomo IX, folhas 4931 a 4933).

¹⁰⁵ Cf. *Relatório de viagens*, nota 94 *supra*, folhas 6382 e 6383.

¹⁰⁶ Cf. *Relatório da Comissão Interministerial* criada pelo Decreto nº 4.850, de 2 de outubro de 2003 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo I, anexo 1, folhas 5529 a 5531). A Comissão Interministerial era constituída por representantes dos Ministérios da Justiça, da Casa Civil, do Ministério da Defesa, da Secretaria Especial dos Direitos Humanos e da Advocacia-Geral da União.

¹⁰⁷ *Relatório da Comissão Interministerial*, nota 106 *supra*, folha 5531.

¹⁰⁸ *Relatório da Comissão Interministerial*, nota 106 *supra*, folha 5531.

Interministerial concluiu suas atividades em março de 2007, após a realização de três expedições à região do Araguaia, sem encontrar restos mortais.¹⁰⁹ Estas viagens ocorreram em duas oportunidades, uma em agosto de 2004, quando contou com a participação de peritos da Polícia Federal e o apoio das Forças Armadas e, em outra ocasião, em dezembro de 2006,¹¹⁰ com a participação de peritos da Polícia Federal.¹¹¹ No relatório final, datado de 8 de março de 2007,¹¹² a Comissão Interministerial recomendou, *inter alia*: a) a “desclassificação de qualquer grau de sigilo sobre qualquer documento público relativo [à Guerrilha do Araguaia]”; b) a “revisão da legislação relativa ao tema de acesso e sigilo de informação e documentos públicos”; c) novas diligências de busca de restos mortais a serem conduzidas pela Comissão Especial; d) a criação de uma instância administrativa permanente, no Ministério da Defesa, para receber depoimentos e documentos sobre a localização dos restos mortais dos desaparecidos, e e) que “as Forças Armadas procedam [...] a [uma] ‘rigorosa investigação’ formal para construção de quadro preciso e detalhado das operações realizadas [contra a] Guerrilha, intimando e ouvindo formalmente os agentes ainda vivos”.

v. Banco de Dados Genéticos e Grupo de Trabalho Tocantins

99. A partir de setembro de 2006, o Estado deu início ao projeto de criação de um Banco de DNA, a fim de recolher amostras de sangue dos familiares e criar um perfil genético de cada desaparecido.¹¹³ Desde então, foram recolhidas “142 amostras de sangue [de familiares], de 108 desaparecidos políticos”.¹¹⁴

100. Em 2009, mediante o Decreto nº 567 do Ministério da Defesa, o Estado criou o Grupo de Trabalho Tocantins com a finalidade de coordenar e executar as atividades necessárias para a localização, reconhecimento e identificação dos corpos dos guerrilheiros e dos militares mortos durante a Guerrilha do Araguaia, em cumprimento da sentença da Ação Ordinária (par. 192 *infra*).¹¹⁵ Esse grupo explorou 23 sítios na região do Araguaia.¹¹⁶ O trabalho desse grupo é supervisionado por um Comitê Interinstitucional¹¹⁷ e, em abril de 2010, o prazo para cumprir suas atividades foi prorrogado por um ano.¹¹⁸ Até o presente momento, o Tribunal não foi informado de que tenham sido encontrados outros restos mortais.¹¹⁹

¹⁰⁹ Cf. *Relatório da Comissão Interministerial*, nota 106 *supra*, folhas 5527 a 5537.

¹¹⁰ Cf. *Relatório de viagens*, nota 94 *supra*, folhas 6382 e 6383.

¹¹¹ Cf. *Relatório de viagens*, nota 94 *supra*, folhas 6384 e 6385.

¹¹² Cf. *Relatório da Comissão Interministerial*, nota 106 *supra*, folha 5535 a 5537.

¹¹³ Cf. *Direito à Memória e à Verdade*, nota 67 *supra*, folhas 5611 e 5612, e *Relatório da Comissão Interministerial*, nota 106 *supra*, folha 5534.

¹¹⁴ Alegações finais escritas do Estado, nota 104 *supra*, folha 4933.

¹¹⁵ Cf. Resolução nº 567/MD do Ministério da Defesa de 29 de abril de 2009 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo IV, anexo 29, folha 6390).

¹¹⁶ Cf. *Relatório Geral das atividades de campo de 2009 do Grupo de Trabalho Tocantins* (expediente de anexos às alegações finais escritas do Estado, tomo II, anexo 36, folhas 9488 e 9494).

¹¹⁷ Cf. Decreto do Ministério da Defesa de 17 de julho de 2009 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo IV, anexo 29, folhas 6703 a 6772), e alegações finais escritas do Estado, nota 104 *supra*, folha 4951.

¹¹⁸ Cf. Resolução nº 713 do Ministério da Defesa de 30 de abril de 2010 (expediente de anexos às alegações finais escritas do Estado, tomo II, anexo 21, folha 9123).

¹¹⁹ Cf. *Relatório Geral das atividades de campo de 2009, do Grupo de Trabalho Tocantins*, nota 116 *supra*, folhas 9465 a 9572.

C. O desaparecimento forçado como violação múltipla e continuada de direitos humanos e os deveres de respeito e garantia

101. Este Tribunal considera adequado reiterar o fundamento jurídico que sustenta uma perspectiva integral sobre o desaparecimento forçado de pessoas, em virtude da pluralidade de condutas que, unidas por um único fim, violam de maneira permanente, enquanto subsistam, bens jurídicos protegidos pela Convenção.¹²⁰

102. A Corte nota que não é recente a atenção da comunidade internacional ao fenômeno do desaparecimento forçado de pessoas. O Grupo de Trabalho sobre Desaparecimentos Forçados e Involuntários de Pessoas das Nações Unidas elaborou, desde a década de 80, uma definição operacional do fenômeno, nela destacando a detenção ilegal por agentes, dependência governamental, ou grupo organizado de particulares atuando em nome do Estado, ou contando com seu apoio, autorização ou consentimento.¹²¹ Os elementos conceituais estabelecidos por esse Grupo de Trabalho foram retomados posteriormente nas definições de distintos instrumentos internacionais (par. 104 *infra*).

103. Adicionalmente, no Direito Internacional, a jurisprudência deste Tribunal foi precursora da consolidação de uma perspectiva abrangente da gravidade e do caráter continuado ou permanente da figura do desaparecimento forçado de pessoas, na qual o ato de desaparecimento e sua execução se iniciam com a privação da liberdade da pessoa e a subsequente falta de informação sobre seu destino, e permanece enquanto não se conheça o paradeiro da pessoa desaparecida e se determine com certeza sua identidade. Em conformidade com todo o exposto, a Corte reiterou que o desaparecimento forçado constitui uma violação múltipla de vários direitos protegidos pela Convenção Americana, que coloca a vítima em um estado de completa desproteção e acarreta outras violações conexas, sendo especialmente grave quando faz parte de um padrão sistemático ou prática aplicada ou tolerada pelo Estado.¹²²

104. A caracterização pluriofensiva, quanto aos direitos afetados, e continuada ou permanente do desaparecimento forçado se desprende da jurisprudência deste Tribunal, de maneira constante, desde seu primeiro caso contencioso há mais de vinte anos,¹²³ inclusive com anterioridade à definição contida da Convenção

¹²⁰ Cf. *Caso Radilla Pacheco*, nota 24 *supra*, par. 138, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, nota 24 *supra*, par. 57.

¹²¹ Cf. *Caso Chitay Nech e outros*, nota 25 *supra*, par. 82; e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, nota 24 *supra*, par. 58. Cf. também, Relatório do Grupo de Trabalho sobre Desaparecimentos Forçados ou Involuntários das Nações Unidas, Comissão de Direitos Humanos, 37º período de sessões, U.N. Doc. E/CN.4/1435, de 22 de janeiro de 1981, par. 4, e Relatório do Grupo de Trabalho sobre Desaparecimentos Forçados ou Involuntários das Nações Unidas, Comissão de Direitos Humanos, 39º período de sessões, U.N. Doc. E/CN.4/1983/14, de 21 de janeiro de 1983, pars. 130 a 132.

¹²² Cf. *Caso Anzualdo Castro versus Peru. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 22 de setembro de 2009. Série C nº 202, par. 59; *Caso Radilla Pacheco*, nota 24 *supra*, par. 139, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, nota 24 *supra*, par. 59.

¹²³ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez. Mérito*, nota 25 *supra*, par. 155; *Caso Chitay Nech e outros*, nota 25 *supra*, pars. 81 e 87, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, nota 24 *supra*, par. 60.

Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas.¹²⁴ Essa caracterização resulta consistente com outras definições contidas em diferentes instrumentos internacionais,¹²⁵ que salientam como elementos simultâneos e constitutivos do desaparecimento forçado: a) a privação da liberdade; b) a intervenção direta de agentes estatais ou sua aquiescência, e c) a negativa de reconhecer a detenção e revelar a sorte ou o paradeiro da pessoa implicada.¹²⁶ Em ocasiões anteriores, este Tribunal já salientou que, ademais, a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos,¹²⁷ as decisões de diferentes instâncias das Nações Unidas,¹²⁸ bem como de vários tribunais constitucionais e outros altos tribunais nacionais dos Estados americanos,¹²⁹ coincidem com a caracterização indicada.¹³⁰

¹²⁴ Essa Convenção estabelece que: “entende-se por desaparecimento forçado a privação de liberdade de uma pessoa ou mais pessoas, seja de que forma for, praticada por agentes do Estado ou por pessoas ou grupos de pessoas que atuem com a autorização, apoio ou consentimento do Estado, seguida de falta de informação ou da recusa a reconhecer a privação de liberdade ou a informar sobre o paradeiro da pessoa, impedindo assim o exercício dos recursos legais e das garantias processuais pertinentes”.

¹²⁵ Cf. Artigo 2 da Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado, U.N. Doc. A/RES/61/177, de 20 de dezembro de 2006; artigo 7, numeral 2, inciso i) do Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional, U.N. Doc. A/CONF.183/9, de 17 de julho de 1998, e Grupo de Trabalho sobre Desaparecimentos Forçados ou Involuntários de Pessoas das Nações Unidas, Observação Geral sobre o artigo 4 da Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados de 15 de janeiro de 1996. Relatório da Comissão de Direitos Humanos. U.N. Doc.E/CN.4/1996/38, par. 55.

¹²⁶ Cf. *Caso Gómez Palomino versus Peru. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 22 de novembro de 2005. Série C nº 136, par. 97; *Caso Chitay Nech e outros*, nota 25 *supra*, par. 85, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, nota 24 *supra*, par. 60.

¹²⁷ Cf. E.C.H.R., *Case of Kurt v. Turkey*, Application nº 15/1997/799/1002, Judgment of 25 May 1998, paras. 124 a 128; E.C.H.R., *Case of Çakici v. Turkey*, Application nº 23657/94, Judgment of 8 July 1999, paras. 104 a 106; E.C.H.R., *Case of Timurtas v. Turkey*, Application nº 23531/94, Judgment of 13 June 2000, paras. 102 a 105; E.C.H.R., *Case of Tas v. Turkey*, Application nº 24396/94, Judgment of 14 November 2000, paras. 84 a 87, e E.C.H.R., *Case of Cyprus v. Turkey*, Application nº 25781/94, Judgment of 10 May 2001, paras. 132 a 134 e 147 a 148.

¹²⁸ Cf. C.D.H., *Caso de Ivan Somers versus Hungria*, Comunicação nº 566/1993, Decisão de 23 de julho de 1996, par. 6.3; C.D.H., *Caso de E. e A.K. versus Hungria*, Comunicação nº 520/1992, Decisão de 5 de maio de 1994, par. 6.4, e C.D.H., *Caso de Solorzano versus Venezuela*, Comunicação nº 156/1983, Decisão de 26 de março de 1986, par. 5.6.

¹²⁹ Cf. Superior Tribunal de Justiça da República Bolivariana da Venezuela, *Caso Marco Antonio Monasterios Pérez*, sentença de 10 de agosto de 2007 (declarando a natureza pluriofensiva e permanente do delito de desaparecimento forçado); Suprema Corte de Justiça da Nação do México, *Tesis: P./J. 87/2004*, “Desaparecimento forçado de pessoas. O prazo para que opere a prescrição não se inicia até que apareça a vítima ou se determine seu destino” (afirmando que os desaparecimentos forçados são delitos permanentes e que se deve começar a calcular a prescrição a partir do momento em que cessa sua consumação); Câmara Penal da Corte Suprema do Chile, *Caso Caravana*, sentença de 20 de julho de 1999; Plenário da Corte Suprema do Chile, *Caso de desaforamento de Pinochet*, sentença de 8 de agosto de 2000; Tribunal de Apelações de Santiago, Chile, *Caso Sandoval*, sentença de 4 de janeiro de 2004 (todos declarando que o delito de desaparecimento forçado é contínuo, de lesa-humanidade, imprescritível e não anistiável); Câmara Federal de Apelações do Tribunal Penal e Correcional da Argentina, *Caso Videla e outros*, sentença de 9 de setembro de 1999 (declarando que os desaparecimentos forçados são delitos contínuos e de lesa-humanidade); Tribunal Constitucional da Bolívia, *Caso José Carlos Trujillo*, sentença de 12 de novembro de 2001; Tribunal Constitucional do Peru, *Caso Castillo Páez*, sentença de 18 de março de 2004 (declarando, em virtude do ordenado pela Corte Interamericana, no mesmo caso, que o desaparecimento forçado é um delito permanente até que se determine o paradeiro da vítima), e Corte Suprema do Uruguai, *Caso Juan Carlos Blanco e Caso Gavasso e outros*, sentenças de 18 de outubro de 2002 e de 17 de abril de 2002, respectivamente.

¹³⁰ Cf. *Caso Goiburú e outros versus Paraguai. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 22 de setembro de 2006. Série C nº 153, par. 83; *Caso Chitay Nech e outros*, nota 25 *supra*, par. 85, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, nota 24 *supra*, par. 60.

105. A Corte verificou a consolidação internacional na análise desse crime, o qual configura uma grave violação de direitos humanos, dada a particular relevância das transgressões que implica e a natureza dos direitos lesionados.¹³¹ A prática de desaparecimentos forçados implica um crasso abandono dos princípios essenciais em que se fundamenta o Sistema Interamericano de Direitos Humanos¹³² e sua proibição alcançou o caráter de *jus cogens*.¹³³

106. O dever de prevenção do Estado abrange todas as medidas de caráter jurídico, político, administrativo e cultural que promovam a salvaguarda dos direitos humanos.¹³⁴ Desse modo, a privação de liberdade em centros legalmente reconhecidos, bem como a existência de registros de detidos, constituem salvaguardas fundamentais, *inter alia*, contra o desaparecimento forçado. A *contrario sensu*, a implantação e a manutenção de centros clandestinos de detenção configuram *per se* uma falta à obrigação de garantia, por atentar diretamente contra os direitos à liberdade pessoal, à integridade pessoal, à vida¹³⁵ e à personalidade jurídica.¹³⁶

107. Pois bem, já que um dos objetivos do desaparecimento forçado é impedir o exercício dos recursos legais e das garantias processuais pertinentes quando uma pessoa tenha sido submetida a sequestro, detenção ou qualquer forma de privação da liberdade, com o objetivo de ocasionar seu desaparecimento forçado, se a própria vítima não pode ter acesso aos recursos disponíveis é fundamental que os familiares ou outras pessoas próximas possam aceder a procedimentos ou recursos judiciais rápidos e eficazes, como meio para determinar seu paradeiro ou sua condição de saúde, ou para individualizar a autoridade que ordenou a privação de liberdade ou a tornou efetiva.¹³⁷

108. Em definitivo, sempre que haja motivos razoáveis para suspeitar que uma pessoa foi submetida a desaparecimento forçado deve iniciar-se uma investigação.¹³⁸ Essa obrigação independe da apresentação de uma denúncia, pois, em casos de desaparecimento forçado, o Direito Internacional e o dever geral de garantia impõem a obrigação de investigar o caso *ex officio*, sem dilação, e de maneira séria, imparcial e efetiva. Trata-se de um elemento fundamental e

¹³¹ Cf. *Caso Goiburú e outros*, nota 130 *supra*, par. 83; *Caso Chitay Nech e outros*, nota 25 *supra*, par. 85, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, nota 24 *supra*, par. 60.

¹³² Cf. *Caso Velásquez Rodríguez versus Honduras*. Mérito, nota 25 *supra*, par. 158; *Caso Chitay Nech e outros*, nota 25 *supra*, par. 86, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, nota 24 *supra*, par. 61.

¹³³ Cf. *Caso Goiburú e outros*, nota 130 *supra*, par. 84; *Caso Chitay Nech e outros*, nota 25 *supra*, par. 86; e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, nota 24 *supra*, par. 61.

¹³⁴ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez versus Honduras*. Mérito, nota 25 *supra*, par. 175; *Caso González e outras ("Campo Algodonero") versus México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 16 de novembro de 2009. Série C nº 205, par. 252, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, nota 24 *supra*, par. 63.

¹³⁵ Cf. *Caso Anzualdo Castro versus Peru*, nota 122 *supra*, par. 63, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, nota 24 *supra*, par. 63.

¹³⁶ Cf. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, nota 24 *supra*, par. 63.

¹³⁷ Cf. *Caso Anzualdo Castro*, nota 122 *supra*, par. 64; *Caso Radilla Pacheco*, nota 24 *supra*, par. 141, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, nota 24 *supra*, par. 64.

¹³⁸ Cf. *Caso Radilla Pacheco*, nota 24 *supra*, par. 143; *Caso Chitay Nech e outros*, nota 25 *supra*, par. 92; e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, nota 24 *supra*, par. 65.

condicionante para a proteção dos direitos afetados por essas situações¹³⁹. Em qualquer caso, toda autoridade estatal, funcionário público ou particular, que tenha tido notícia de atos destinados ao desaparecimento forçado de pessoas, deverá denunciá-lo imediatamente.¹⁴⁰

109. Para que uma investigação seja efetiva, os Estados devem estabelecer um marco normativo adequado para conduzir a investigação, o que implica regulamentar como delito autônomo, em suas legislações internas, o desaparecimento forçado de pessoas, posto que a persecução penal é um instrumento adequado para prevenir futuras violações de direitos humanos dessa natureza.¹⁴¹ Outrossim, o Estado deve garantir que nenhum obstáculo normativo ou de outra índole impeça a investigação desses atos e, se for o caso, a punição dos responsáveis.

110. De todo o exposto, pode-se concluir que os atos que constituem o desaparecimento forçado têm caráter permanente e que suas consequências acarretam uma pluriofensividade aos direitos das pessoas reconhecidos na Convenção Americana, enquanto não se conheça o paradeiro da vítima ou se encontrem seus restos, motivo pelo qual os Estados têm o dever correlato de investigar e, eventualmente, punir os responsáveis, conforme as obrigações decorrentes da Convenção Americana.¹⁴²

111. Nesse sentido, no presente caso, a análise do desaparecimento forçado deve abranger o conjunto dos fatos submetidos à consideração do Tribunal.¹⁴³ Somente desse modo a análise jurídica desse fenômeno será consequente com a complexa violação de direitos humanos que ele implica,¹⁴⁴ com seu caráter continuado ou permanente e com a necessidade de considerar o contexto em que ocorreram os fatos, a fim de analisar os efeitos prolongados no tempo e focalizar integralmente suas consequências,¹⁴⁵ levando em conta o *corpus juris* de proteção, tanto interamericano como internacional.¹⁴⁶

D. O desaparecimento forçado dos integrantes da Guerrilha do Araguaia

112. A Corte Interamericana observa que, no procedimento perante si, o Estado não controverteu nem reconheceu expressamente sua responsabilidade internacional pelo alegado desaparecimento forçado dos integrantes da Guerrilha

¹³⁹ Cf. *Caso do Massacre de Pueblo Bello versus Colômbia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de janeiro de 2006. Série C nº 140, par. 145; *Caso Chitay Nech e outros*, nota 25 *supra*, par. 92, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, nota 24 *supra*, par. 65.

¹⁴⁰ Cf. *Caso Anzualdo Castro*, nota 122 *supra*, par. 65; *Caso Chitay Nech e outros*, nota 25 *supra*, par. 92, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, nota 24 *supra*, par. 65.

¹⁴¹ Cf. *Caso Gómez Palomino*, nota 126 *supra*, pars. 96 e 97; *Caso Radilla Pacheco*, nota 24 *supra*, par. 144, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, nota 24 *supra*, par. 66.

¹⁴² Cf. *Caso Radilla Pacheco*, nota 24 *supra*, par. 145, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, nota 24 *supra*, par. 67.

¹⁴³ Cf. *Caso Heliodoro Portugal*, nota 23 *supra*, par. 112; *Caso Chitay Nech e outros*, nota 25 *supra*, par. 87, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, nota 24 *supra*, par. 67.

¹⁴⁴ Cf. *Caso Heliodoro Portugal*, nota 23 *supra*, par. 150; *Caso Chitay Nech e outros*, nota 25 *supra*, par. 87, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, nota 24 *supra*, par. 68.

¹⁴⁵ Cf. *Caso Goiburú e outros*, nota 130 *supra*, par. 85; *Caso Chitay Nech e outros*, nota 25 *supra*, par. 87, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, nota 24 *supra*, par. 68.

¹⁴⁶ Cf. *Caso Radilla Pacheco*, nota 24 *supra*, par. 146, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, nota 24 *supra*, par. 68.

do Araguaia. No entanto, de maneira reiterada, o Brasil se referiu ao reconhecimento de responsabilidade interno e às diversas medidas de reparação adotadas a respeito das vítimas do regime militar, inclusive várias das supostas vítimas do presente caso.

113. Em particular, o Estado referiu-se à Lei nº 9.140/1995, que, em seu artigo 1º, dispõe:

São reconhecidas como mortas, para todos os efeitos legais, as pessoas relacionadas no Anexo I desta Lei, por terem participado, ou terem sido acusadas de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, e que, por este motivo, tenham sido detidas por agentes públicos, achando-se, desde então, desaparecidas, sem que delas haja notícias.¹⁴⁷

114. O Brasil incluiu no Anexo I mencionado e, por conseguinte, considerou como vítimas desaparecidas 60 pessoas indicadas como supostas vítimas no presente caso.¹⁴⁸ Os termos da Lei nº 9.140/1995 não deixam dúvidas sobre a responsabilidade assumida pelo Estado com relação a esses desaparecimentos e sobre a reprovação atribuída a tal conduta, caracterizada como um ilícito da maior gravidade. Na exposição de motivos dessa norma, indica-se:¹⁴⁹

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.

¹⁴⁷ A Lei nº 10.536/2002 prorrogou o prazo previsto no artigo 1º da Lei nº 9140/95 até 5 de outubro de 1988.

¹⁴⁸ No Anexo I da Lei nº 9.140/95 o Estado também reconheceu a senhora Maria Lúcia Petit da Silva como vítima de desaparecimento forçado, o que elevaria o número de membros da Guerrilha do Araguaia reconhecidos pelo Estado como vítimas de desaparecimento forçado para 61. Para efeitos desta *Sentença*, a Corte não considerará a senhora Petit da Silva como vítima de desaparecimento forçado, em virtude da regra de competência temporal do Tribunal (*supra* par. 16).

¹⁴⁹ Exposição de Motivos nº MJ/352 da Lei nº 9.140/95, de 28 de agosto de 1995 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo I, anexo 6, folhas 5571 e 5572).

115. Por outro lado, a lei mencionada criou a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos com a finalidade, entre outras, de localizar os restos das pessoas desaparecidas, reconhecê-las como vítimas e, conforme o caso, autorizar o pagamento de indenizações. A Comissão Especial, em seu relatório final, dedicou um capítulo aos fatos da Guerrilha do Araguaia e determinou como vítimas desses fatos 62 pessoas indicadas como supostas vítimas desaparecidas no presente caso.¹⁵⁰

116. Além disso, na audiência pública, o Brasil salientou que “reafirma sua responsabilidade pelas violações de direitos humanos ocorridas no trágico episódio conhecido como Guerrilha do Araguaia”. Ademais, na tramitação do presente caso perante este Tribunal, de maneira reiterada, o Estado salientou que, mediante a Lei nº 9.140/1995 e a Comissão Especial, reconheceu internamente sua responsabilidade pelas mortes e desaparecimentos forçados, *inter alia*, dos membros da Guerrilha do Araguaia.¹⁵¹ Entre outras manifestações, o Estado afirmou expressamente que:

Por meio da aprovação da Lei nº 9.140/1995, o Estado brasileiro promoveu o reconhecimento oficial de sua responsabilidade pelas mortes e desaparecimentos ocorridos durante o regime militar [...];

Além [desse] reconhecimento explícito [...], em 29 de agosto de 2007, o Estado brasileiro lançou o livro-relatório “Direito à Memória e à Verdade – Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos” em ato público realizado no Palácio do Planalto, sede do Governo Federal, com a presença do Presidente da República, de diversos Ministros de Estado, de membros do Poder Legislativo e de familiares de vítimas do regime militar. Nesse evento, o Presidente da República, em seu discurso, referiu-se ao reconhecimento de responsabilidade do Estado brasileiro frente à questão dos opositores que foram mortos.

¹⁵⁰ Além das 60 supostas vítimas deste caso reconhecidas como vítimas na Lei nº 9.140/95, o Livro *Direito à Memória e à Verdade*, entre outros reconheceu aos senhores Antônio Pedro Ferreira Pinto e Pedro Matias de Oliveira (ou “Pedro Carretel”) como vítimas de desaparecimento forçado durante a Guerrilha do Araguaia. Ambos são supostas vítimas no presente caso.

¹⁵¹ Cf. Expediente de mérito, tomo II, folhas 553 e 554. Igualmente, durante a tramitação perante a Comissão Interamericana o Estado se manifestou em termos semelhantes ao afirmar que “[a] implementação da Lei nº 9.140/95 significa que o governo brasileiro assumiu de fato a responsabilidade objetiva pelos ‘desaparecidos políticos’, o que inclui, evidentemente, o reconhecimento da responsabilidade civil e administrativa dos agentes públicos. Com relação à responsabilidade penal desses agentes públicos, aplica-se a Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, a chamada ‘Lei de Anistia’” (escrito de fevereiro de 1997, expediente de anexos à demanda, anexo 3, tomo I, folha 1716). Adicionalmente, o Estado indicou que “[n]o plano da proteção internacional, o reconhecimento da responsabilidade pelo Estado é considerado relevante demonstração de boa-fé na observância dos princípios concernentes aos tratados internacionais sobre direitos humanos”. O Estado também solicitou à Comissão que considerasse “o reconhecimento das mortes, efetuado pela Lei [nº.] 9.140/9[5], bem como da responsabilidade do Estado pelos atos praticados”. Cf. Escrito de observações a respeito das alegações adicionais dos representantes, de 7 de maio de 2007 (expediente de anexos à demanda, apêndice 3, folhas 2675 e 2677).

[O Relatório da Comissão Especial] trouxe a versão oficial sobre as violações de direitos humanos, cometidas por agentes do Estado, reforçando o reconhecimento público da responsabilidade do Estado brasileiro.¹⁵²

117. A Comissão Interamericana reconheceu "a boa-fé do Estado ao admitir a 'detenção arbitrária, a tortura das vítimas e seu desaparecimento', conforme a gravidade e o caráter continuado ou permanente do delito de desaparecimento forçado de pessoas e a política de extermínio aos opositores, que realizou o Estado, através de suas Forças Armadas, na região do Araguaia". Por sua vez, os representantes solicitaram à Corte que tome nota do reconhecimento dos fatos e da aceitação da responsabilidade do Estado, e que os efeitos desses atos sejam incorporados à Sentença.

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. No entanto, há uma diferença relacionada com o número de vítimas. A Comissão Interamericana afirmou que foram vítimas de desaparecimento forçado 70 pessoas, enquanto os representantes informaram que foram 69 pessoas.¹⁵³ Por sua vez, o Estado, por meio da Lei nº 9.140/1995, reconheceu sua responsabilidade pelo desaparecimento de 60 das supostas vítimas desaparecidas do presente caso¹⁵⁴ e, posteriormente, no Relatório da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, reconheceu também como vítimas, entre outros, os senhores Antônio Ferreira Pinto e Pedro Matias de Oliveira (também conhecido como Pedro Carretel),¹⁵⁵ os quais são supostas vítimas no presente caso. Consequentemente, o número total de pessoas reconhecidas internamente pelo Brasil como vítimas desaparecidas da Guerrilha do Araguaia chega a 62 pessoas, dentre as 70 indicadas pela Comissão como vítimas de desaparecimento forçado perante este Tribunal.

119. Por outro lado, há oito pessoas indicadas como supostas vítimas desaparecidas pela Comissão Interamericana e pelos representantes, que não foram reconhecidas internamente pelo Estado como desaparecidas, nem na Lei nº 9.140/1995, nem através da Comissão Especial. Essas pessoas seriam camponeses da região do Araguaia e identificar-se-iam como "Batista", "Gabriel", "Joaquinzão", José de Oliveira, Josias Gonçalves de Souza, Juarez Rodrigues Coelho, Sabino Alves da Silva e "Sandoval".

¹⁵² Escrito de contestação à demanda (expediente de mérito, tomo III, folhas 553 e 554).

¹⁵³ Os representantes não consideraram o senhor Josias Gonçalves de Souza como suposta vítima de desaparecimento forçado no presente caso.

¹⁵⁴ O Estado também reconheceu sua responsabilidade pelo desaparecimento forçado da senhora Maria Lúcia Petit da Silva, cujos restos mortais foram identificados posteriormente a este reconhecimento. De tal maneira, a senhora Petit da Silva não é considerada desaparecida, mas executada extrajudicialmente (nota 148 *supra*). Cf. Lei nº 9.140/95, Anexo I, nota 87 *supra*, folhas 5 a 15.

¹⁵⁵ Cf. *Direito à Memória e à Verdade*, nota 67 *supra*, folha 5766.

120. A Corte recorda que a Lei nº 9.140/1995 estabeleceu um procedimento para que os familiares das vítimas pudessem solicitar o reconhecimento e a consequente indenização, por parte da Comissão Especial, do familiar desaparecido ou morto durante a ditadura militar.¹⁵⁶ A respeito dos oito camponeses antes mencionados, durante os quinze anos de funcionamento da Comissão Especial, esta recebeu somente um pedido de reconhecimento de responsabilidade referente a “Joaquinzão” (ou Joaquim de Souza). Em 31 de maio de 2005, a Comissão Especial recusou esse pedido, entre outras razões, em virtude de dúvidas sobre a identidade da suposta vítima.¹⁵⁷ Por outro lado, não houve um pedido de reconhecimento perante a Comissão Especial, por parte dos familiares dos demais camponeses antes mencionados. Por esse motivo, a Comissão Especial não se pronunciou sobre o caráter de vítimas, nem as incluiu na lista de pessoas reconhecidas como desaparecidas da Guerrilha do Araguaia.¹⁵⁸ Nem a Comissão Interamericana nem os representantes incorporaram provas sobre eles. O Tribunal não dispõe de informação a respeito da existência ou identidade de eventuais familiares dessas supostas vítimas. Com base no anterior, a Corte Interamericana não dispõe de elementos probatórios suficientes que permitam um pronunciamento a respeito das oito pessoas antes mencionadas e, por esta razão, estabelece um prazo de 24 meses, contados a partir da notificação desta Sentença, para que se aporte prova suficiente, em conformidade com a legislação interna, a respeito de “Batista”, “Gabriel”, “Joaquinzão”, José de Oliveira, Josias Gonçalves de Souza, Juarez Rodrigues Coelho, Sabino Alves da Silva e “Sandoval”, que permita ao Estado identificá-los e, se for o caso, considerá-los vítimas nos termos da Lei nº 9.140/1995 e da presente Sentença, adotando as medidas reparatórias pertinentes a seu favor. Esta conclusão não impede nem preclui a possibilidade de que, vencido este prazo e na hipótese de que sejam identificadas posteriormente, essas pessoas possam ser consideradas vítimas no direito interno, se o Estado, de boa-fé, assim o dispuser e adotar medidas reparatórias em seu favor.

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.¹⁵⁹ O Estado continua sem definir o paradeiro das 60 vítimas desaparecidas

¹⁵⁶ Cf. Lei nº 9.140/95, nota 87 *supra*, artigo 7º.

¹⁵⁷ Cf. *Direito à Memória e à Verdade*, nota 67 *supra*, folha 5830. Em suas alegações finais escritas, o Estado informou que o caso de “Joaquinzão” perante a Comissão Especial foi reaberto em 2009 e encontra-se novamente sob análise. Caso seja reconhecida sua condição de desaparecido, será concedida indenização aos familiares (expediente de mérito, tomo IX, folha 8632).

¹⁵⁸ Cf. *Direito à Memória e à Verdade*, nota 67 *supra*, folhas 5821, 5822, 5828, 5833 e 5834.

¹⁵⁹ As duas vítimas de desaparecimento forçado identificadas são Lourival Moura Paulino e Bérqson Gurjão Farias, respectivamente, nos anos 2008 e 2009. A terceira pessoa identificada, em 1996, foi a senhora Maria Lúcia Petit da Silva (notas 96, 148 e 154 *supra*). Em relação à identificação do senhor Lourival Moura Paulino

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.¹⁶⁰

122. Do mesmo modo, a Corte reitera que o desaparecimento forçado de pessoas constitui uma violação múltipla que se inicia com uma privação de liberdade contrária ao artigo 7º da Convenção Americana.¹⁶¹ Como estabeleceu o Tribunal, a sujeição de pessoas detidas a órgãos oficiais de repressão, a agentes estatais ou a particulares que atuem com sua aquiescência ou tolerância, que impunemente pratiquem a tortura ou assassinato, representa, por si mesmo, uma infração ao dever de prevenção de violações dos direitos à integridade pessoal e à vida, estabelecidos nos artigos 5º e 4º da Convenção Americana, ainda na hipótese em que os atos de tortura ou de privação da vida destas pessoas não possam ser demonstrados no caso concreto.¹⁶² Por outro lado, desde seu primeiro caso contencioso,¹⁶³ a Corte também afirmou que a prática de desaparecimento implicou, com frequência, na execução dos detidos, em segredo e sem fórmula de julgamento, seguida da ocultação do cadáver, com o objetivo de apagar toda pista material do crime e de procurar a impunidade dos que o cometeram, o que significa uma brutal violação do direito à vida, reconhecido no artigo 4º da Convenção. Esse fato, unido à falta de investigação do ocorrido, representa uma infração de um dever jurídico a cargo do Estado, estabelecido no artigo 1.1 da Convenção, em relação ao artigo 4.1 do mesmo instrumento, qual seja, o de garantir a toda pessoa sujeita a sua jurisdição a inviolabilidade da vida e o direito a não ser dela privado arbitrariamente.¹⁶⁴ Finalmente, a Corte concluiu que o desaparecimento forçado também implica a vulneração do direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, estabelecido no artigo 3º da Convenção Americana, uma vez que o desaparecimento busca não somente uma das mais graves formas de subtração de uma pessoa de todo o âmbito do ordenamento jurídico, mas também negar sua existência e deixá-la em uma espécie de limbo ou situação de indeterminação jurídica perante a sociedade e o Estado.¹⁶⁵

123. A Corte Interamericana destaca a gravidade dos fatos ocorridos entre 1969 e 1974, os quais se enquadram na "fase de repressão mais extremada [...] do regime militar no Brasil" (pars. 86 e 87 *supra*). A esse respeito, em seu Relatório Final,

em 2008, a Corte observa que somente os representantes prestaram essa informação. Não obstante, a Corte considerará o senhor Moura Paulino como vítima identificada para os efeitos desta Sentença.

¹⁶⁰ Cf. *Caso La Cantuta versus Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de novembro de 2006. Série C nº 162, par. 114; *Caso Heliodoro Portugal*, nota 23 *supra*, par. 34, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña versus Bolívia*, nota 24 *supra*, par. 82.

¹⁶¹ Cf. *Caso Velázquez Rodríguez*. Mérito, nota 25 *supra*, par. 155.

¹⁶² Cf. *Caso Velázquez Rodríguez*. Mérito, nota 25 *supra*, par. 175; *Caso Chitay Nech e outros*, nota 25 *supra*, par. 95, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, nota 24 *supra*, par. 95.

¹⁶³ Cf. *Caso Velázquez Rodríguez*. Mérito, nota 25 *supra*, par. 157.

¹⁶⁴ Cf. *Caso Velázquez Rodríguez*. Mérito, nota 25 *supra*, par. 188.

¹⁶⁵ Cf. *Caso Anzualdo Castro*, nota 122 *supra*, par. 90; *Caso Chitay Nech e outros*, nota 25 *supra*, par. 98, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, nota 24 *supra*, par. 98.

a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos caracterizou o período em que ocorreram os fatos do presente caso da seguinte maneira:

num clima de verdadeiro “terror de Estado”, o regime lançou [uma] ofensiva fulminante [contra] os grupos armados de oposição [...] em primeiro lugar, contra as organizações que agiam nas grandes capitais [...]. Entre 1972 e 1974, combateu e exterminou uma base guerrilheira que o [Partido Comunista do Brasil] mantinha em treinamento na região do Araguaia [...].¹⁶⁶

124. Os desaparecimentos forçados afetaram especialmente os integrantes da Guerrilha do Araguaia, um dos “grupos políticos com maior número de militantes desaparecidos”,¹⁶⁷ que representam a metade do total de desaparecidos políticos no Brasil.¹⁶⁸

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 3º, 4º, 5º e 7º, em relação ao artigo 1.1, da Convenção Americana, em prejuízo das seguintes pessoas: Adriano Fonseca Fernandes Filho; André Grabois; Antônio Alfredo de Lima (ou Antônio Alfredo Campos); Antônio Carlos Monteiro Teixeira; Antônio de Pádua Costa; Antônio Ferreira Pinto; Antônio Guilherme Ribeiro Ribas; Antônio Teodoro de Castro; Arildo Aírton Valadão; Áurea Elisa Pereira Valadão; Bérqson Gurjão Farias; Cilon Cunha Brum; Ciro Flávio Salazar de Oliveira; Custódio Saraiva Neto; Daniel Ribeiro Callado; Dermeval da Silva Pereira; Dinaelza Santana Coqueiro; Dinalva Oliveira Teixeira; Divino Ferreira de Souza; Elmo Corrêa; Francisco Manoel Chaves; Gilberto Olímpio Maria; Guilherme Gomes Lund; Helenira Resende de Souza Nazareth; Hélio Luiz Navarro de Magalhães; Idalísio Soares Aranha Filho; Jaime Petit da Silva; Jana Moroni Barroso; João Carlos Haas Sobrinho; João Gualberto Calatrone; José Huberto Bronca; José Lima Piauhy Dourado; José Maurílio Patrício; José Toledo de Oliveira; Kleber Lemos da Silva; Líbero Giancarlo Castiglia; Lourival de Moura Paulino; Lúcia Maria de Souza; Lúcio Petit da Silva; Luiz René Silveira e Silva; Luiz Vieira de Almeida; Luíza Augusta Garlippe; Manuel José Nurchis; Marcos José de Lima; Maria Célia Corrêa; Maurício Grabois; Miguel Pereira dos Santos; Nelson Lima Piauhy Dourado; Orlando Momento; Osvaldo Orlando da Costa; Paulo Mendes Rodrigues; Paulo Roberto Pereira Marques; Pedro Alexandrino de Oliveira Filho; Pedro Matias de Oliveira (“Pedro Carretel”); Rodolfo de Carvalho Troiano; Rosalindo Souza; Suely Yumiko Kanayama; Telma Regina Cordeiro Corrêa; Tobias Pereira Júnior; Uirassú de Assis Batista; Vandick Reidner Pereira Coqueiro, e Walkíria Afonso Costa.

¹⁶⁶ *Direito à Memória e à Verdade*, nota 67 *supra*, folha 5592.

¹⁶⁷ *Direito à Memória e à Verdade*, nota 67 *supra*, folha 5614, 5761 e 5762. No mesmo sentido, ver Exposição de Motivos nº MJ/352, nota 149 *supra*.

¹⁶⁸ Cf. *Direito à Memória e à Verdade*, nota 67 *supra*, folha 5798.

VIII

DIREITO ÀS GARANTIAS JUDICIAIS E À PROTEÇÃO JUDICIAL EM RELAÇÃO ÀS OBRIGAÇÕES DE RESPEITAR E GARANTIR OS DIREITOS E O DEVER DE ADOTAR DISPOSIÇÕES DE DIREITO INTERNO

126. No presente caso, a responsabilidade estatal pelo desaparecimento forçado das vítimas não se encontra controvertida (pars. 116 e 118 *supra*). No entanto, as partes discrepam a respeito das obrigações internacionais do Estado, decorrentes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil em 1992, que, por sua vez, reconheceu a competência contenciosa deste Tribunal em 1998. Desse modo, a Corte Interamericana deve decidir, no presente caso, se a Lei de Anistia sancionada em 1979 é ou não compatível com os direitos consagrados nos artigos 1.1, 2º,¹⁶⁹ 8.1¹⁷⁰ e 25¹⁷¹ da Convenção Americana ou, dito de outra maneira, se aquela pode manter seus efeitos jurídicos a respeito de graves violações de direitos humanos, uma vez que o Estado obrigou-se internacionalmente a partir da ratificação da Convenção Americana.

A. Alegações das partes

127. A Comissão Interamericana recordou que o Estado afirmou que a investigação e punição dos responsáveis pelos desaparecimentos forçados das vítimas e a execução de Maria Lúcia Petit da Silva estão impossibilitadas pela Lei de Anistia. Dada a interpretação que o Estado conferiu a essa norma, além da falta de investigação e sanção penal, nem os familiares das vítimas, nem a sociedade brasileira puderam conhecer a verdade sobre o ocorrido. A aplicação de leis de anistia a perpetradores de graves violações de direitos humanos é contrária às obrigações estabelecidas na Convenção e à jurisprudência da Corte Interamericana. Em casos de execução e desaparecimento forçado, os artigos 8º e 25 da Convenção estabelecem que os familiares das vítimas têm o direito a que essa morte ou desaparecimento seja efetivamente investigado pelas autoridades estatais, que os responsáveis sejam processados e, se for o caso, punidos, e que se reparem os danos que os familiares tenham sofrido. Do mesmo modo, nenhuma lei ou norma de direito interno, como as disposições de anistia, as regras de prescrição e outras

¹⁶⁹ O artigo 2 da Convenção Americana dispõe:

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1º ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

¹⁷⁰ O artigo 8.1 da Convenção Americana dispõe:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

¹⁷¹ O artigo 25.1 da Convenção Americana dispõe:

Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

excludentes de responsabilidade, pode impedir que um Estado cumpra essa obrigação, especialmente quando se trate de graves violações de direitos humanos que constituam crimes contra a humanidade, como os desaparecimentos forçados do presente caso, pois esses crimes são inaniistáveis e imprescritíveis. A obrigação de garantir os direitos protegidos pelos artigos 4º, 5º e 7º da Convenção Americana implica o dever de investigar os fatos que afetaram esses direitos substantivos. Essa Lei não deve continuar impedindo a investigação dos fatos. Isto posto, a Comissão considerou que o Estado incorreu na violação dos artigos 8.1 e 25 da Convenção Americana, em concordância com os artigos 1.1 e 2º do mesmo instrumento, em detrimento das 70 vítimas desaparecidas na Guerrilha do Araguaia e de seus familiares, bem como de Maria Lúcia Petit da Silva e de seus familiares.

128. Os representantes coincidiram com as alegações da Comissão sobre a obrigação de investigar e sancionar as violações de direitos humanos do presente caso. Embora os Estados tenham a obrigação de remover todos os obstáculos fáticos e jurídicos que possam dificultar o esclarecimento judicial exaustivo de violações à Convenção Americana, há, no presente caso, diversos obstáculos legais. Quanto à Lei de Anistia, a interpretação a ela conferida no âmbito interno é a que considera como “crimes conexos” todos aqueles cometidos pelos agentes do Estado, inclusive as graves violações de direitos humanos. Essa interpretação constitui o maior obstáculo à garantia do direito de acesso à justiça e do direito à verdade dos familiares dos desaparecidos, o que criou uma situação de total impunidade. Essa interpretação foi referendada recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, o que torna maior o obstáculo que a lei representa para a investigação dos fatos, pelos efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes* dessa decisão. Finalmente, salientaram a irrelevância do contexto de criação da Lei de Anistia para o Direito Internacional, pois consideraram que, na medida em que ela impeça a persecução dos responsáveis por graves violações de direitos humanos, será contrária às obrigações internacionais do Estado. A Lei de Anistia não foi o resultado de um processo de negociação equilibrada, já que seu conteúdo não contemplou as posições e necessidades reivindicadas por seus destinatários e respectivos familiares. Desse modo, atribuir o consentimento à anistia para os agentes repressores ao lema da campanha e aos familiares dos desaparecidos é deformar a história.

129. Por outro lado, os representantes indicaram que a prescrição é um segundo obstáculo legal à investigação dos fatos e à punição dos responsáveis, como o demonstram casos nos quais se aplicou essa figura a condutas delituosas ocorridas durante o regime militar. O terceiro obstáculo é a falta de tipificação do crime de desaparecimento forçado no direito brasileiro, sobre o qual indicaram que: a) ao tratar-se de um delito de execução permanente, a proibição penal é aplicável enquanto se mantenha a conduta delituosa; b) a falta de tipificação desse crime no ordenamento jurídico brasileiro implica o descumprimento pelo Estado das disposições do artigo 2º da Convenção e impõe ao Estado a obrigação de aplicar o direito penal de forma compatível com suas obrigações convencionais,

de modo a evitar que essas condutas permaneçam impunes, e c) o princípio de legalidade não deve prejudicar o julgamento e a sanção dos atos que, no momento em que são cometidos, já constituíam delitos, segundo os princípios gerais de direito reconhecidos pela comunidade internacional. Um quarto obstáculo legal é a intervenção da jurisdição militar, uma vez que no direito interno existem antecedentes recentes que abrem a possibilidade para que isso ocorra, em violação das normas interamericanas e internacionais. Por tudo isso, concluíram que o Estado violou os artigos 8º e 25 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 2º do mesmo tratado. Além disso, dado que o Estado não adotou medidas efetivas para evitar, prevenir e sancionar atos de tortura sofridos pelas pessoas desaparecidas, violou os artigos 1º, 6º e 8º da Convenção Interamericana para Prevenir e Sancionar a Tortura.

130. O Estado solicitou à Corte que reconhecesse todas as ações empreendidas no âmbito interno e fez considerações sobre o processo de transição política e a evolução do tratamento do assunto, a partir das supostas demandas da sociedade brasileira. A concessão de anistia usualmente se justifica pela percepção de que a punição dos crimes contra os direitos humanos, depois de terminadas as hostilidades, pode chegar a representar um obstáculo ao processo de transição, perpetuando o clima de desconfiança e rivalidade entre os diversos grupos políticos nacionais, motivo pelo qual, em períodos como este, procuram-se meios alternativos à persecução penal para alcançar a reconciliação nacional, como forma de ajustar as necessidades de justiça e paz, tais como a reparação patrimonial das vítimas e seus familiares e o estabelecimento de comissões da verdade. A Lei de Anistia foi aprovada nesse contexto específico de transição para a democracia e de necessidade de reconciliação nacional e, por isso, o Brasil pediu "cautela" em relação a que lhe apliquem soluções específicas adotadas pela Comissão e pela Corte a respeito de outros Estados. A propósito, destacou que a Lei de Anistia foi antecedida de um debate político e foi "considerada, por muitos, um passo importante para a reconciliação nacional".

131. Com relação às alegações da Comissão e dos representantes sobre sua suposta obrigação de não aplicar as instituições de prescrição e irretroatividade da lei penal, o Brasil alegou que as únicas hipóteses constitucionais em que se admite a imprescritibilidade referem-se à prática de racismo e à ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. A Convenção Americana prevê, em seu artigo 9º, o princípio de legalidade e irretroatividade, e a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas "estabelece, no artigo VII, expressamente, a prescrição desse tipo de crime". Por outro lado, indicou que a tipificação dos crimes de lesa-humanidade ocorreu recentemente, em 1998, com a aprovação do Estatuto de Roma, e salientou que o costume internacional não pode ser fonte criadora do direito penal, posto que não oferece segurança jurídica, como sim o faz uma lei em sentido estrito. O princípio de legalidade foi uma das principais conquistas no campo dos direitos humanos e, como tal, constitui uma

cláusula pétrea da Constituição brasileira, que não pode ser abolida, nem mesmo através de emenda constitucional. Por esta razão, o Estado solicitou ao Tribunal que aplique esse princípio.

132. Adicionalmente, o Estado alegou que todos os direitos humanos devem ser igualmente garantidos e, por esse motivo, deve-se buscar harmonia entre os princípios e direitos estabelecidos na Convenção Americana, com auxílio do princípio de proporcionalidade. No caso, apresenta-se uma aparente colisão entre o princípio de garantia de não repetição, do qual decorre a obrigação do Estado de promover a persecução penal dos perpetradores de crimes de lesa-humanidade, e o princípio de legalidade. Considerou que a melhor opção para salvaguardar ambos princípios em colisão é o pleno respeito ao artigo 9º, e o respeito satisfatório ao artigo 1º, ambos da Convenção Americana. A Corte, por conseguinte, deve considerar que as medidas já adotadas pelo Estado são suficientes, pois a opção contrária implicaria o completo desconhecimento do princípio de legalidade.

133. Finalmente, o Estado ressaltou, como característica distintiva da anistia brasileira, sua bilateralidade e reciprocidade, posto que não abrigou somente os agentes do Estado, mas, desde o princípio, teve por objetivo abarcar os dois lados do conflito político-ideológico. Ressaltou, também, que a restrição estabelecida no parágrafo 2º do artigo 1º da referida lei, que excetuava a aplicação de benefícios a respeito de determinadas condutas, não foi aplicada pela jurisprudência brasileira, argumentando que se criaria um tratamento desproporcional da Anistia, dado que esta era geral e irrestrita. Para compreender o mérito da Lei de Anistia, é necessário ter presente que ela se insere em um amplo e paulatino processo de abertura política e de redemocratização do país.

B. Fatos relacionados com a Lei de Anistia

134. Em 28 de agosto de 1979, após ter sido aprovada pelo Congresso Nacional, foi sancionada a Lei nº 6.683/1979, que concedeu anistia nos seguintes termos:¹⁷²

Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

§1º Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes

¹⁷² Lei nº 6.683 de 28 de agosto de 1979 (expediente de contestação à demanda, tomo IV, anexo 33, folha 6824).

de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

§2º Excetua-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal.

135. Em virtude dessa lei, até esta data, o Estado não investigou, processou ou sancionou penalmente os responsáveis pelas violações de direitos humanos cometidas durante o regime militar, inclusive as do presente caso.¹⁷³ Isso se deve a que "a interpretação [da Lei de Anistia] absolve automaticamente todas as violações de direitos humanos que tenham sido perpetradas por agentes da repressão política".¹⁷⁴

136. Em 29 de abril de 2010, o Supremo Tribunal Federal, por sete votos a dois,¹⁷⁵ declarou a improcedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, interposta pela Ordem dos Advogados do Brasil, e afirmou a vigência da Lei de Anistia e a constitucionalidade da interpretação do parágrafo 1º do seu artigo 1º (pars. 44 e 58 *supra*). Essa decisão tem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante e contra ela não cabe nenhum recurso.¹⁷⁶ Entre outros fundamentos, o voto do Ministro Relator destacou que a Lei de Anistia foi "uma lei-medida",¹⁷⁷ não uma regra para o futuro e, como tal, deve "interpretar-se em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual foi criada e não a realidade atual". Nesse sentido, a Lei implementou "uma decisão política [do] momento da transição conciliada de 1979", uma vez que "foram todos absolvidos, uns absolvendo-se a si mesmos". A lei, efetivamente, incluiu na anistia os "agentes políticos que praticaram crimes comuns contra opositores políticos, presos ou não, durante o regime militar".¹⁷⁸ O acordo político realizado pela classe política,

¹⁷³ Cf. Relatório parcial de cumprimento das recomendações da Comissão Interamericana de março de 2009 (expediente da contestação à demanda, tomo I, anexo 4, folha 5548, 5551 e 5552); *Direito à Memória e à Verdade*, nota 67 *supra*, folhas 5593 e 5615, e Relatório de Mérito nº 91/08, nota 4 *supra*, folha 3625. Cf. também o depoimento prestado pelo senhor dos Santos Junior na audiência pública realizada o 20 de maio de 2010. Igualmente, cf. nota 151 *supra*.

¹⁷⁴ *Direito à Memória e à Verdade*, nota 67 *supra*, folha 5595.

¹⁷⁵ Voto do Ministro Relator da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153 decidida pelo Supremo Tribunal Federal (expediente de mérito, tomo VI, folhas 2598 a 2670); DVD com vídeos da sustentação oral (expediente de mérito, tomo VII, anexo 9, folhas 3885), e votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (expediente de mérito, tomo VI, folhas 2577 a 2597 e 2671 a 2704, e tomo VII, anexo 8, folhas 3839 a 3884).

¹⁷⁶ Cf. Lei nº 9.882/99. Artigos 10 e 12. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm; último acesso em 20 de novembro de 2010. Igualmente, cf. declaração pericial do senhor Gilson Langaro Dipp prestada na audiência pública realizada em 21 de maio de 2010.

¹⁷⁷ Segundo o relator, as leis-medida "disciplinam diretamente determinados interesses, mostrando-se imediatas e concretas. Consubstanciam, em si mesmas, um ato administrativo especial. [...] As leis-medida configuram ato administrativo completável por agente da Administração, mas trazendo em si mesmas o resultado específico do pretendido, ao qual se dirigem. Daí por que são leis apenas em *sentido formal*, não o sendo, contudo, em *sentido material*". Voto do Ministro Relator, nota 175 *supra*, folha 2641.

¹⁷⁸ Segundo o relator, "o que caracteriza a anistia é a sua *objetividade*, o que importa em que esteja referida a um ou mais delitos, não a determinadas pessoas [...] A anistia é mesmo para ser concedida a pessoas indeterminadas". Voto do Ministro Relator, nota 175 *supra*, folha 2617.

que possibilitou a transição para o Estado de direito “resultou em um texto de lei [e, portanto,] quem poderia revê-lo seria exclusivamente o Poder Legislativo. Ao Supremo Tribunal Federal não incumbe alterar textos normativos concessivos de anistias”. Finalmente, a respeito da recepção ou não da Lei nº 6.683/1979 na nova ordem constitucional democrática, salientou que “a [Lei de Anistia] de 1979 já não pertence à ordem decaída. Está integrada na nova ordem [constitucional]. Constitui a origem da nova norma fundamental” e, portanto, “sua adequação à Constituição de 1988 resulta inquestionável.”¹⁷⁹

C. Obrigação de investigar e, se for o caso, punir graves violações de direitos humanos no Direito Internacional

137. Desde sua primeira sentença, esta Corte destacou a importância do dever estatal de investigar e punir as violações de direitos humanos.¹⁸⁰ A obrigação de investigar e, se for o caso, julgar e punir, adquire particular importância ante a gravidade dos crimes cometidos e a natureza dos direitos ofendidos, especialmente em vista de que a proibição do desaparecimento forçado de pessoas e o correspondente dever de investigar e punir os responsáveis há muito alcançaram o caráter de *jus cogens*.¹⁸¹

138. O Tribunal reitera que a obrigação de investigar violações de direitos humanos encontra-se dentro das medidas positivas que os Estados devem adotar para garantir os direitos reconhecidos na Convenção.¹⁸² O dever de investigar é uma obrigação de meios e não de resultado, que deve ser assumida pelo Estado como um dever jurídico próprio e não como uma simples formalidade, condenada de antemão a ser infrutífera, ou como mera gestão de interesses particulares, que dependa da iniciativa processual das vítimas, de seus familiares ou da contribuição privada de elementos probatórios.¹⁸³ À luz desse dever, uma vez que as autoridades estatais tenham conhecimento do fato, devem iniciar, *ex officio* e sem demora, uma investigação séria, imparcial e efetiva.¹⁸⁴ Essa investigação deve ser realizada por todos os meios legais disponíveis e deve estar orientada à determinação da verdade.

139. A Corte também salientou que, do artigo 8º da Convenção, infere-se que as vítimas de violações de direitos humanos ou seus familiares devem contar com amplas possibilidades de ser ouvidos e atuar nos respectivos processos, tanto à procura do esclarecimento dos fatos e da punição dos responsáveis, como em busca de uma devida reparação. Outrossim, o Tribunal salientou que a obrigação de

¹⁷⁹ Voto do Ministro Relator, nota 175 *supra*, folhas 2598 a 2670.

¹⁸⁰ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez*. Mérito, nota 25 *supra*, par. 166.

¹⁸¹ Cf. *Caso Goiburú e outros*, nota 130 *supra*, par. 84; *Caso Chitay Nech e outros*, nota 25 *supra*, par. 193, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, nota 24 *supra*, par. 197.

¹⁸² Cf. *Caso Velásquez Rodríguez*. Mérito, nota 25 *supra*, pars. 166 e 176; *Caso Fernández Ortega e outros*, nota 53 *supra*, par. 191, e *Caso Rosendo Cantú e outra*, nota 45 *supra*, par. 175.

¹⁸³ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez*. Mérito, nota 25 *supra*, par. 177; *Caso Fernández Ortega e outros*, nota 53 *supra*, par. 191, e *Caso Rosendo Cantú e outra*, nota 45 *supra*, par. 175.

¹⁸⁴ Cf. *Caso do Massacre de Pueblo Bello*, nota 139 *supra*, par. 143; *Caso Rosendo Cantú e outra*, nota 45 *supra*, par. 175, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, nota 24 *supra*, par. 65.

investigar e o respectivo direito da suposta vítima ou dos familiares não somente se depreendem das normas convencionais de Direito Internacional imperativas para os Estados Parte, mas que, além disso, têm origem na legislação interna, que faz referência ao dever de investigar, de ofício, certas condutas ilícitas e às normas que permitem que as vítimas ou seus familiares denunciem ou apresentem queixas, provas, petições ou qualquer outra diligência, com a finalidade de participar processualmente da investigação penal, com a pretensão de estabelecer a verdade dos fatos.¹⁸⁵

140. Além disso, a obrigação, conforme o Direito Internacional, de processar e, caso se determine sua responsabilidade penal, punir os autores de violações de direitos humanos, decorre da obrigação de garantia, consagrada no artigo 1.1 da Convenção Americana. Essa obrigação implica o dever dos Estados Parte de organizar todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas por meio das quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira tal que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos.¹⁸⁶ Como consequência dessa obrigação, os Estados devem prevenir, investigar e punir toda violação dos direitos humanos reconhecidos pela Convenção e procurar, ademais, o restabelecimento, caso seja possível, do direito violado e, se for o caso, a reparação dos danos provocados pela violação dos direitos humanos.¹⁸⁷ Se o aparato estatal age de modo que essa violação fique impune e não se reestabelece, na medida das possibilidades, à vítima a plenitude de seus direitos, pode-se afirmar que se descumpriu o dever de garantir às pessoas sujeitas a sua jurisdição o livre e pleno exercício de seus direitos.¹⁸⁸

141. A obrigação de investigar e, se for o caso, punir as graves violações de direitos humanos foi afirmada por todos os órgãos dos sistemas internacionais de proteção de direitos humanos. No sistema universal, o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas estabeleceu, em seus primeiros casos, que os Estados têm o dever de investigar de boa-fé as violações ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.¹⁸⁹ Posteriormente, considerou, em sua jurisprudência reiterada, que a

¹⁸⁵ Cf. a título de exemplo, Código de Processo Penal:

Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.

Art. 27. Qualquer pessoa do povo poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, nos casos em que caiba a ação pública, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e a autoria e indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção.

Art. 268. Em todos os termos da ação pública, poderá intervir, como assistente do Ministério Público, o ofendido ou seu representante legal ou, na falta, qualquer das pessoas mencionadas no artigo 31.

¹⁸⁶ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez. Mérito*, nota 25 *supra*, par. 166; *Caso González e outras ("Campo Algodonero")*, nota 139 *supra*, par. 236, e *Caso Do Massacre de Las Dos Erres versus Guatemala, Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 24 de novembro de 2009. Série C n° 211, par. 234.

¹⁸⁷ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez. Mérito*, nota 25 *supra*, par. 166; *Caso Ticona Estrada e outros versus Bolívia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 27 de novembro de 2008. Série C n° 191, par. 78, e *Caso Garibaldi*, nota 18 *supra*, par. 112.

¹⁸⁸ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez. Mérito*, nota 25 *supra*, par. 176; *Caso Kawas Fernandez versus Honduras. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 3 de abril de 2009. Série C n° 196, par. 76, e *Caso González e outras ("Campo Algodonero")*, nota 139 *supra*, par. 288.

¹⁸⁹ Cf. C.D.H., *Caso Larrosa versus Uruguai*. Comunicação 88/1981, Decisão de 25 de março de 1983, par.

investigação penal e o consequente julgamento constituem medidas corretivas necessárias para violações de direitos humanos.¹⁹⁰ Particularmente, em casos de desaparecimentos forçados, o Comitê concluiu que os Estados devem estabelecer o que ocorreu com as vítimas desaparecidas e levar à justiça as pessoas por eles responsáveis.¹⁹¹

142. No mesmo sentido se pronunciou o Comitê contra a Tortura das Nações Unidas para o qual, ante a suspeita de atos de tortura contra alguma pessoa, os Estados devem proceder a uma investigação, de forma imediata e imparcial, levada a cabo pelas autoridades competentes.¹⁹²

143. A antiga Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas reconheceu que exigir responsabilidade dos autores de violações graves dos direitos humanos é um dos elementos essenciais de toda reparação eficaz para as vítimas e “um fator fundamental para garantir um sistema de justiça justo e equitativo e, em definitivo, promover uma reconciliação e uma estabilidade justas em todas as sociedades, inclusive nas que se encontram em situação de conflito ou pós-conflito, e pertinente no contexto dos processos de transição”.¹⁹³

144. Diversos relatores especiais das Nações Unidas indicaram que a obrigação de respeitar e fazer respeitar as normas internacionais de direitos humanos inclui o dever de adotar medidas para prevenir as violações, bem como o dever de investigá-las e, quando seja procedente, adotar medidas contra os autores dessas violações.¹⁹⁴

11.5, e C.D.H., *Caso Gilboa versus Uruguai*. Comunicação 147/1983, Decisão de 1 de novembro de 1985, par. 7.2.

¹⁹⁰ Cf. C.D.H., *Caso Sathasivam versus Sri Lanka*. Comunicação nº 1436/2005, Decisão de 8 de julho de 2008, par. 6.4; C.D.H., *Caso Amirov versus Federação Russa*. Comunicação nº 1447/2006, Decisão de 2 de abril de 2009, par. 11.2, e C.D.H., *Caso Felipe e Evelyn Pestaño versus Filipinas*. Comunicação nº 1619/2007, Decisão de 23 de março de 2010, par. 7.2.

¹⁹¹ Cf. C.D.H., *Caso Bleier versus Uruguai*. Comunicação nº 37/1978, Decisão de 29 de março de 1982, par. 15; C.D.H., *Caso Dermot versus Uruguai*. Comunicação nº 84/1981, Decisão de 21 de outubro de 1982, pars. 9.6 e 11.a, e C.D.H., *Caso Quinteros versus Uruguai*. Comunicação nº 107/1981, Decisão de 25 de março de 1983, pars. 15 e 16.

¹⁹² Cf. C.A.T., *Caso Qani Halimi-Nedzibi versus Áustria*. Comunicação nº 8/1991 Decisão de 30 de novembro de 1993, par. 13.5; C.A.T., *Caso Saadia Ali versus Tunísia*. Comunicação nº 291/2006, Decisão de 21 de novembro de 2008, par. 15.7, e C.A.T., *Caso Besim Osmani v. República da Sérvia*. Comunicação nº 261/2005, Decisão de 8 maio de 2009, par. 10.7.

¹⁹³ Cf. Comissão de Direitos Humanos. *Impunidade*. Resolução 2005/81, 61º período de sessões, U.N. Doc. E/CN.4/RES/2005/81, de 21 de abril de 2005. No mesmo sentido, ver também, Comissão de Direitos Humanos. *Impunidade*. Resoluções: 2004/72, 60º período de sessões, U.N. Doc. E/CN.4/RES/2004/72, de 21 de abril de 2004; 2003/72, 59º período de sessões, U.N. Doc. E/CN.4/RES/2003/72, de 25 de abril de 2003; 2002/79, 58º período de sessões, U.N. Doc. E/CN.4/RES/2002/79, de 25 de abril de 2002; 2001/70, 57º período de sessões, U.N. Doc. E/CN.4/RES/2001/70, de 25 de abril de 2001; 2000/68, 56º período de sessões, U.N. Doc. E/CN.4/RES/2000/68, de 27 de abril de 2000, e 1999/34, 55º período de sessões, U.N. Doc. E/CN.4/RES/1999/34, de 26 de abril de 1999 (tradução da Secretaria da Corte Interamericana).

¹⁹⁴ Cf. Relatório final apresentado pelo relator Cherif Bassiouni. *Os direitos civis e políticos, em especial as questões relacionadas com a independência do Poder Judiciário, a administração de justiça e a impunidade*. O direito de restituição, indenização e reabilitação das vítimas de violações graves dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, apresentado em virtude da resolução 1999/33 da Comissão de Direitos Humanos, U.N. Doc. E/CN.4/2000/62, 18 de janeiro de 2000, Anexo: Princípios e Diretrizes Básicos sobre o direito das vítimas de violações das normas internacionais de direitos humanos e do direito internacional humanitário a interpor recursos e obter reparações, Princípio 3, p. 7. Cf. também, Relatório final de Diane

145. Por sua vez, no Sistema Europeu, a Corte Europeia Europeu de Direitos Humanos considerou que, em casos de violações do direito à vida ou à integridade pessoal, a noção de um "recurso efetivo" implica, além do pagamento de uma compensação, quando proceda, e sem prejuízo de qualquer outro recurso disponível no sistema nacional, a obrigação do Estado demandado de levar a cabo uma investigação exaustiva e eficaz, capaz de conduzir à identificação e punição dos responsáveis, bem como ao acesso efetivo do demandante ao procedimento de investigação.¹⁹⁵

146. De igual modo, no Sistema Africano, a Comissão Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos sustentou que a concessão de total e completa imunidade contra o processamento e julgamento de violações de direitos humanos, bem como a falta de adoção de medidas que garantam que os autores dessas violações sejam punidos, e que as vítimas sejam devidamente compensadas, não apenas impedem que as últimas obtenham reparação dessas violações, negando-lhes, com isso, seu direito a um recurso efetivo, mas promovem a impunidade e constituem uma violação das obrigações internacionais dos Estados.¹⁹⁶

D. Incompatibilidade das anistias relativas a graves violações de direitos humanos com o Direito Internacional

147. As anistias ou figuras análogas foram um dos obstáculos alegados por alguns Estados para investigar e, quando fosse o caso, punir os responsáveis por violações graves aos direitos humanos.¹⁹⁷ Este Tribunal, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, os órgãos das Nações Unidas e outros organismos universais e regionais de proteção dos direitos humanos pronunciaram-se sobre a incompatibilidade das leis de anistia, relativas a graves violações de direitos humanos com o Direito Internacional e as obrigações internacionais dos Estados.

148. Conforme já fora antecipado, este Tribunal pronunciou-se sobre a incompatibilidade das anistias com a Convenção Americana em casos de graves violações dos direitos humanos relativos ao Peru (*Barrios Altos* e *La Cantuta*) e Chile (*Almonacid Arellano* e outros).

149. No Sistema Interamericano de Direitos Humanos, do qual o Brasil faz parte por decisão soberana, são reiterados os pronunciamentos sobre a incompatibilidade das leis de anistia com as obrigações convencionais dos Estados,

Orentlicher, Especialista independente encarregada de atualizar o conjunto de princípios para lutar contra a impunidade. *Conjunto de princípios atualizados para a proteção e promoção dos direitos humanos mediante a luta contra a impunidade*, Comissão de Direitos Humanos, U.N. Doc. E/CN.4/2005/102/Add.1, de 8 de fevereiro de 2005, Princípio 1, p. 7.

¹⁹⁵ Cf. E.C.H.R., *Case of Aksoy v. Turkey*. Application nº 21987/93, Judgment of 18 December 1996, para 98; E.C.H.R., *Case of Aydin v. Turkey*. Application nº 23178/94, Judgment of 25 September 1997, para 103; E.C.H.R., *Case of Selçuk and Asker v. Turkey*. Applications nºs. 23184/94 and 23185/94, Judgment of 24 April 1998, para 96, e E.C.H.R., *Case of Keenan v. United Kingdom*. Application nº 27229/95, Judgment of 3 April 2001, para 123. ¹⁹⁶ Cf. A.C.H.P.R., *Case of Mouvement Ivoirien des Droits Humains (MIDH) v. Côte d'Ivoire*, Communication nº 246/2002, Decision of July 2008, paras. 97 and 98.

¹⁹⁷ No presente caso, o Tribunal utiliza de maneira genérica o termo "anistias" para referir-se a normas que, independentemente de sua denominação, perseguem a mesma finalidade.

quando se trata de graves violações dos direitos humanos. Além das mencionadas decisões deste Tribunal, a Comissão Interamericana concluiu, no presente caso e em outros relativos à Argentina,¹⁹⁸ ao Chile,¹⁹⁹ ao El Salvador,²⁰⁰ ao Haiti,²⁰¹ ao Peru²⁰² e ao Uruguai,²⁰³ sua contrariedade com o Direito Internacional. A Comissão também recordou que:

se pronunciou em um número de casos-chave, nos quais teve a oportunidade de expressar seu ponto de vista e cristalizar sua doutrina em matéria de aplicação de leis de anistia, estabelecendo que essas leis violam diversas disposições, tanto da Declaração Americana como da Convenção. Essas decisões, coincidentes com o critério de outros órgãos internacionais de direitos humanos a respeito das anistias, declararam, de maneira uniforme, que tanto as leis de anistia como as medidas legislativas comparáveis, que impedem ou dão por concluída a investigação e o julgamento de agentes de [um] Estado, que possam ser responsáveis por sérias violações da Convenção ou da Declaração Americana, violam múltiplas disposições desses instrumentos.²⁰⁴

150. No âmbito universal, em seu Relatório ao Conselho de Segurança, intitulado “O Estado de Direito e a justiça de transição nas sociedades que sofrem ou sofreram conflitos”, o Secretário-Geral das Nações Unidas salientou que:

[...] os acordos de paz aprovados pelas Nações Unidas nunca pod[e]m prometer anistias por crimes de genocídio, de guerra, ou de lesa-humanidade, ou por infrações graves dos direitos humanos [...].²⁰⁵

¹⁹⁸ Cf. CIDH. Relatório nº 28/92, Casos 10.147; 10.181; 10.240; 10.262; 10.309, e 10.311. Argentina, de 2 de outubro de 1992, pars. 40 e 41.

¹⁹⁹ Cf. CIDH. Relatório nº 34/96, Casos 11.228; 11.229; 11.231, e 11.282. Chile, 15 de outubro de 1996, par. 70, e CIDH. Relatório nº 36/96. Chile, 15 de outubro de 1996, par. 71.

²⁰⁰ Cf. CIDH. Relatório nº 1/99, Caso 10.480. El Salvador, de 27 de janeiro de 1999, pars. 107 e 121.

²⁰¹ Cf. CIDH. Relatório nº 8/00, Caso 11.378. Haiti, de 24 de fevereiro de 2000, pars. 35 e 36.

²⁰² Cf. CIDH. Relatório nº 20/99, Caso 11.317. Peru, de 23 de fevereiro de 1999, pars. 159 e 160; CIDH. Relatório nº 55/99, Casos 10.815; 10.905; 10.981; 10.995; 11.042 e 11.136. Peru, 13 de abril de 1999, par. 140; CIDH. Relatório nº 44/00, Caso 10.820. Peru, 13 de abril de 2000, par. 68, e CIDH. Relatório nº 47/00, Caso 10.908. Peru, 13 de abril de 2000, par. 76.

²⁰³ Cf. CIDH. Relatório nº 29/92. Casos 10.029, 10.036 e 10.145. Uruguai. 2 de outubro de 1992, pars. 50 e 51.

²⁰⁴ CIDH. Relatório nº 44/00, Caso 10.820. Peru, 13 de abril de 2000, par. 68, e CIDH. Relatório nº 47/00, Caso 10.908. Peru, 13 de abril de 2000, par. 76. No mesmo sentido, cf. CIDH. Relatório nº 55/99, Casos 10.815; 10.905; 10.981; 10.995; 11.042, e 11.136. Peru, 13 de abril de 1999, par. 140 (tradução da Secretaria da Corte Interamericana).

²⁰⁵ Relatório do Secretário-Geral ao Conselho de Segurança das Nações Unidas. *O Estado de direito e a justiça de transição nas sociedades que sofrem ou sofreram conflitos*. U.N. Doc. S/2004/616, 3 de agosto de 2004, par. 10 (tradução da Secretaria da Corte Interamericana).

151. Nesse mesmo sentido, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos concluiu que as anistias e outras medidas análogas contribuem para a impunidade e constituem um obstáculo para o direito à verdade, ao opor-se a uma investigação aprofundada dos fatos,²⁰⁶ e são, portanto, incompatíveis com as obrigações que cabem aos Estados, em virtude de diversas fontes de Direito Internacional.²⁰⁷ Mais ainda, quanto ao falso dilema entre paz ou reconciliação, por um lado, e justiça, por outro, declarou que:

as anistias que eximem de sanção penal os responsáveis por crimes atrozes, na esperança de garantir a paz, costumam fracassar na consecução de seu objetivo, e, em vez disso, incentivaram seus beneficiários a cometer novos crimes. Ao contrário, celebraram-se acordos de paz sem disposições relativas à anistia, em algumas situações em que se havia dito que a anistia era uma condição necessária para a paz, e em que muitos temiam que os julgamentos prolongassem o conflito.²⁰⁸

152. Em consonância com o anteriormente exposto, o Relator Especial das Nações Unidas sobre a Questão da Impunidade destacou que:

os autores de violações não poderão beneficiar-se da anistia, enquanto as vítimas não tenham obtido justiça mediante um recurso efetivo. Juridicamente, carecerá de efeito com respeito às ações das vítimas vinculadas ao direito à reparação.²⁰⁹

153. Do mesmo modo, a Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Viena em 1993, enfatizou, na sua Declaração e Programa de Ação, que os Estados "devem revogar a legislação que favoreça a impunidade dos responsáveis por violações graves de direitos humanos, [...] e castigar as violações", destacando que, em casos de desaparecimentos forçados, os Estados estão obrigados, em primeiro lugar, a impedi-las e, uma vez que tenham ocorrido, a julgar os autores dos fatos.²¹⁰

²⁰⁶ Cf. Relatório do Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, *O direito à verdade*. UN Doc. A/HRC/5/7, de 7 de junho de 2007, par. 20.

²⁰⁷ Cf. Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. *Instrumentos do Estado de Direito para sociedades que saíram de um conflito. Anistias*. HR/PUB/09/1, Publicação das Nações Unidas, Nova York e Genebra, 2009, p. V.

²⁰⁸ Cf. Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. *Instrumentos do Estado de Direito para sociedades que saíram de um conflito*, nota 207 *supra*, p. V (tradução da Secretaria da Corte Interamericana).

²⁰⁹ Relatório final revisado acerca da questão da impunidade dos autores de violações dos direitos humanos (direitos civis e políticos) elaborado por M. Louis Joinet, em conformidade com a decisão 1996/119 da Subcomissão de Prevenção de Discriminações e Proteção das Minorias, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev1, de 2 de outubro de 1997, par. 32 (tradução da Secretaria da Corte Interamericana).

²¹⁰ Conferência Mundial de Direitos Humanos, *Declaração e Programa de Ação de Viena*. U.N. Doc. A/CONF.157/23, de 12 de julho de 1993, Programa de Ação, pars. 60 e 62.

154. Por sua vez, o Grupo de Trabalho sobre Desaparecimentos Forçados ou Involuntários das Nações Unidas analisou, em diferentes ocasiões, o tema das anistias em casos de desaparecimentos forçados. Em sua Observação Geral sobre o artigo 18 da Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados, salientou que se considera que uma lei de anistia é contrária às disposições da Declaração, inclusive quando tenha sido aprovada em referendo ou procedimento de consulta similar, se, direta ou indiretamente, em razão de sua aplicação ou implementação, cesse a obrigação de um Estado de investigar, processar e punir os responsáveis pelos desaparecimentos, ou quando oculte o nome daqueles que perpetraram tais violações ou se exonere seus autores de responsabilidade.²¹¹

155. Adicionalmente, o mesmo Grupo de Trabalho manifestou sua preocupação quanto a que, em situações pós-conflito, se promulguem leis de anistia ou se adotem outras medidas que tenham como efeito a impunidade,²¹² e lembrou aos Estados que:

é fundamental adotar medidas efetivas de prevenção, para que não haja desaparecimentos. Entre elas, destacam-se [...] a instauração de processo contra todas as pessoas acusadas de cometer atos de desaparecimento forçado e a garantia de que sejam processadas em tribunais civis competentes e que não se dê acolhida a nenhuma lei especial de anistia ou a medidas análogas, que possam eximi-las de ações ou sanções penais e da concessão de reparação e indenização adequada às vítimas e seus familiares.²¹³

156. Também no âmbito universal, os órgãos de proteção de direitos humanos criados por tratados mantiveram o mesmo critério sobre a proibição das anistias que impeçam a investigação e a punição dos que cometam graves violações dos direitos humanos. O Comitê de Direitos Humanos, em sua Observação General 31, manifestou que os Estados devem assegurar-se de que os culpados de infrações reconhecidas como crimes no Direito Internacional ou na legislação nacional, entre eles a tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, as privações

²¹¹ Cf. Grupo de Trabalho sobre Desaparecimentos Forçados ou Involuntários das Nações Unidas. Observação Geral sobre o artigo 18 da Declaração sobre a proteção de todas as pessoas contra os desaparecimentos forçados. Relatório apresentado no 62º período de sessões da Comissão de Direitos Humanos. U.N. Doc. E/CN.4/2006/56, de 27 de dezembro de 2005, par. 2, alíneas a, c e d.

²¹² Cf. Grupo de Trabalho sobre Desaparecimentos Forçados ou Involuntários das Nações Unidas, nota 211 *supra*, par. 23.

²¹³ Grupo de Trabalho sobre Desaparecimentos Forçados ou Involuntários, das Nações Unidas. Relatório, nota 211 *supra*, par. 599. No mesmo sentido, cf. Grupo de Trabalho sobre Desaparecimentos Forçados ou Involuntários das Nações Unidas. Relatório ao Conselho de Direitos Humanos, 4º período de sessões. U.N. Doc. A/HRC/4/41, de 25 de janeiro de 2007, par. 500 (tradução da Secretaria da Corte Interamericana).

de vida sumárias e arbitrárias e os desaparecimentos forçados, compareçam perante a justiça e não tentem eximir os autores da responsabilidade jurídica, como ocorreu com certas anistias.²¹⁴

157. O Comitê de Direitos Humanos também se pronunciou a respeito no procedimento de petições individuais e nos relatórios sobre os países. No "Caso Hugo Rodríguez versus Uruguai", salientou que não pode aceitar a postura de um Estado de não estar obrigado a investigar violações de direitos humanos cometidas durante um regime anterior, em virtude de uma lei de anistia, e reafirmou que as anistias para violações graves de direitos humanos são incompatíveis com o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, indicando que elas contribuem a criar uma atmosfera de impunidade que pode socavar a ordem democrática e dar lugar a outras graves violações de direitos humanos.²¹⁵

158. Por sua vez, o Comitê contra a Tortura também afirmou que as anistias que impeçam a investigação de atos de tortura, bem como o julgamento e a eventual sanção dos responsáveis, violam a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.²¹⁶

159. Igualmente no âmbito universal, ainda que em outro ramo do Direito Internacional, como é o direito penal internacional, as anistias ou normas análogas também foram consideradas inadmissíveis. O Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, em um caso relativo a tortura, considerou que careceria de sentido, por um lado, manter a proscrição das violações graves dos direitos humanos e, por outro, aprovar medidas estatais que as autorizem ou perdoem, ou leis de anistia que absolvam seus perpetradores.²¹⁷ No mesmo sentido, o Tribunal Especial para Serra Leoa considerou que as leis de anistia desse país não são aplicáveis a graves

²¹⁴ Cf. C.D.H., *Observação Geral 31: Natureza da obrigação jurídica geral imposta aos Estados Partes no Pacto*. U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de maio de 2004, par. 18. Essa Observação Geral aplicou o conteúdo da observação número 20, referente somente a atos de tortura, a outras graves violações dos direitos humanos. A esse respeito, também cf. C.D.H., *Observação Geral 20: Substitui a observação geral 7, proibição da tortura e dos tratamentos ou penas cruéis (art. 7)*. U.N. Doc. A/47/40(SUPP) Anexo VI, A, de 10 de março de 1992, par. 15.

²¹⁵ Cf. C.D.H., *Caso Hugo Rodríguez versus Uruguai*, Comunicação nº 322/1988, UN Doc. CCPR/C/51/D/322/1988, Decisão de 9 de agosto de 1994, pars. 12.3 e 12.4. A Comissão também reiterou sua postura ao formular observações finais sobre os relatórios apresentados pelos Estados Partes no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em que salientou que as anistias contribuem para criar "uma atmosfera de impunidade" e afetam o Estado de Direito. Igualmente cf. C.D.H. Observações finais a respeito do exame dos relatórios apresentados pelos Estados Partes, em virtude do artigo 40 do Pacto, sobre os seguintes Estados: Peru, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.67, de 25 de julho de 1996, par. 9, e, em similar sentido, lêmen, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.51, de 3 de outubro de 1995, inciso 4, par. 3; Paraguai, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.48, de 3 de outubro de 1995, inciso 3, par. 5, e Haiti, U.N. Doc. CCPR/C/79/Add.49, de 3 de outubro de 1995, inciso 4, par. 2 (tradução da Secretaria da Corte Interamericana).

²¹⁶ Cf. C.A.T., *Observação Geral 2: Aplicação do artigo 2 pelos Estados Partes*, U.N. Doc. CAT/C/GC/2, 24 de janeiro de 2008, par. 15, e C.A.T., *Observações finais a respeito do exame dos relatórios apresentados pelos Estados Partes, em virtude do artigo 19 da Convenção*, sobre os seguintes Estados: Benin, U.N. Doc. CAT/C/BEN/CO/2, 19 de fevereiro de 2008, par. 9, e ex-República Iugoslava da Macedônia, U.N. Doc. CAT/C/MKD/CO/2, 21 de maio de 2008, par. 5.

²¹⁷ Cf. I.C.T.Y., *Case of Prosecutor v. Furundžija*. Judgment of 10 December 1998. Case nº IT-95-17/1- T, para. 155.

crimes internacionais.²¹⁸ Essa tendência universal se viu consolidada mediante a incorporação do parâmetro mencionado na elaboração dos estatutos dos tribunais especiais de mais recente criação no âmbito das Nações Unidas. Nesse sentido, tanto os Acordos das Nações Unidas com a República do Líbano e com o Reino de Camboja, como os Estatutos que criam o Tribunal Especial para o Líbano, o Tribunal Especial para Serra Leoa e as Salas Extraordinárias das Cortes de Camboja, incluíram em seus textos cláusulas que ressaltam que as anistias que sejam concedidas não constituirão um impedimento para o processamento das pessoas responsáveis pelos delitos que se encontrem dentro da competência desses tribunais.²¹⁹

160. A contrariedade das anistias relativas a violações graves de direitos humanos com o Direito Internacional foi afirmada também pelos tribunais e órgãos de todos os sistemas regionais de proteção de direitos humanos.

161. No Sistema Europeu, a Corte Europeia de Direitos Humanos considerou que é da maior importância, para efeitos de um recurso efetivo, que os processos penais referentes a crimes como a tortura, que impliquem violações graves de direitos humanos, não sejam prescritíveis, nem passíveis de concessão de anistias ou perdões a respeito.²²⁰

162. No Sistema Africano, a Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos considerou que as leis de anistia não podem isentar o Estado que as adota do cumprimento das obrigações internacionais²²¹ e salientou, ademais, que, ao proibir o julgamento de autores de violações graves de direitos humanos, mediante a concessão de anistia, os Estados não só promoviam a impunidade, mas também eliminavam a possibilidade de que esses abusos fossem investigados e que as vítimas desses crimes dispusessem de um recurso efetivo para obter reparação.²²²

163. Do mesmo modo, diversos Estados membros da Organização dos Estados Americanos, por meio de seus mais altos tribunais de justiça, incorporaram

²¹⁸ Cf. S.C.S.L., *Case of Prosecutor v. Gbao*, Decision nº SCSL-04-15-PT-141, Appeals Chamber, Decision on Preliminary Motion on the Invalidity of the Agreement Between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the Establishment of the Special Court, 25 May 2004, para. 10; S.C.S.L., *Case of Prosecutor v. Sesay, Callon and Gbao*, Case nº SCSL-04-15-T, Judgment of the Trial Chamber, 2 March 2009, para. 54, e S.C.S.L., *Case of Prosecutor v. Sesay, Callon and Gbao*, Case nº SCSL-04-15-T, Trial Chamber, Sentencing Judgment, 8 April 2009, para. 253.

²¹⁹ Cf. Acordo entre as Nações Unidas e a República Libanesa relativo ao estabelecimento de um Tribunal Especial para o Líbano, artigo 16 e Estatuto do Tribunal Especial para o Líbano, artigo 6, Resolução 1757 do Conselho de Segurança das Nações Unidas. U.N. Doc. S/RES/1757, de 30 de maio de 2007; Estatuto do Tribunal Especial para Serra Leoa, de 16 de janeiro de 2002, artigo 10; Acordo entre as Nações Unidas e o Governo Real do Camboja para o Processamento sob a Lei Cambojana dos Crimes cometidos durante o Período do Kampuchea Democrático, de 6 de março de 2003, artigo 11, e Lei sobre o estabelecimento das Salas Extraordinárias nos Tribunais do Camboja para o Processamento de Crimes Cometidos durante o Período do Kampuchea Democrático, com emendas aprovadas em 27 de outubro de 2004 (NS/RKM/1004/006), novo artigo 40 (tradução da Secretaria da Corte Interamericana).

²²⁰ Cf. E.C.H.R., *Case of Abdülmet Yaman v. Turkey*, Judgment of 2 November 2004, Application nº 32446/96, para. 55.

²²¹ Cf. A.C.H.P.R., *Case of Malawi African Association and Others v. Mauritania*, Communication nºs. 54/91, 61/91, 98/93, 164/97 to 196/97 and 210/98, Decision of 11 May 2000, para. 83.

²²² Cf. A.C.H.P.R., *Case of Zimbabwe Human Rights NGO Forum v. Zimbabwe*, Communication nº 245/2002, Decision of 21 May 2006, paras. 211 and 215.

os parâmetros mencionados, observando de boa-fé suas obrigações internacionais. A Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina resolveu, no Caso Simón, declarar sem efeitos as leis de anistia que constituíam neste país um obstáculo normativo para a investigação, julgamento e eventual condenação de fatos que implicavam violações dos direitos humanos:²²³

Na medida em que [as anistias] se orientam ao “esquecimento” de graves violações dos direitos humanos, elas se opõem às disposições da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e são, portanto, constitucionalmente intoleráveis.²²⁴

A transposição das conclusões da Corte Interamericana em “Barrios Altos” para o caso argentino é imperativa, se é que as decisões do Tribunal internacional mencionado hão de ser interpretadas de boa-fé como diretrizes jurisprudenciais. Por certo, seria possível encontrar diversos argumentos para distinguir [o caso argentino do “Caso Barrios Altos”], mas essas distinções seriam puramente anedóticas.²²⁵

Na medida em que [as leis de anistia] obstaculizam o esclarecimento e a efetiva punição de atos contrários aos direitos reconhecidos nos tratados mencionados, impedem o cumprimento do dever de garantia com que se comprometeu o Estado argentino e são inadmissíveis.²²⁶

Do mesmo modo, toda a regulamentação de direito interno que, invocando razões de “pacificação”[,], disponha a concessão de qualquer forma de anistia que deixe impunes violações graves dos direitos humanos, cometidas pelo regime que a disposição beneficia, é contrária a claras e obrigatórias disposições do Direito Internacional e deve ser efetivamente suprimida.²²⁷

A fim de dar cumprimento aos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, a supressão das leis de [anistia] é impostergável e deverá ocorrer de maneira que não possa

²²³ Cf. Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina. *Caso Simón, Julio Héctor e outros s/privação ilegítima da liberdade, etc.*, Causa 17.768, Resolução de 14 de junho de 2005, Considerando 31 (tradução da Secretaria da Corte Interamericana).

²²⁴ Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina. *Caso Simón, Julio Héctor e outros s/privação ilegítima da liberdade, etc.*, nota 223 *supra*, Considerando 26.

²²⁵ Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina. *Caso Simón, Julio Héctor e outros s/privação ilegítima da liberdade, etc.*, nota 223 *supra*, Considerando 24 (tradução da Secretaria da Corte Interamericana).

²²⁶ Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina. *Caso Simón, Julio Héctor e outros s/privação ilegítima da liberdade, etc.*, nota 223 *supra*, Considerando 25 (tradução da Secretaria da Corte Interamericana).

²²⁷ Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina. *Caso Simón, Julio Héctor e outros s/privação ilegítima da liberdade, etc.*, nota 223 *supra*, Considerando 26 (tradução da Secretaria da Corte Interamericana).

delas decorrer obstáculo normativo algum para o julgamento de fatos, como os que constituem o objeto da presente causa. Isto significa que os beneficiários dessas leis não podem invocar nem a proibição de retroatividade da lei penal mais grave, nem a coisa julgada. [A] sujeição do Estado argentino à jurisdição interamericana impede que o princípio de “irretroatividade” da lei penal seja invocado para descumprir os deveres assumidos, em matéria de perseguição de violações graves dos direitos humanos.²²⁸

164. No Chile, a Corte Suprema de Justiça concluiu que as anistias a respeito de desaparecimentos forçados abrangeriam somente um determinado tempo e não todo o lapso de duração do desaparecimento forçado ou seus efeitos.²²⁹

Embora o decreto-lei em comento tenha mencionado expressamente que se encontram anistiados os fatos cometidos entre 11 de setembro de 1973 e 10 de março de 1978, o delito constante dos autos começou a ser praticado em 7 de janeiro de 1975 [...], existindo certeza de que, em 10 de março de 1978, data da expiração do prazo disposto no artigo 1º, do D.L. 2191, Sandoval Rodríguez não havia aparecido e não se tinham notícias dele, nem do lugar onde se encontrariam seus restos, no caso de ter ocorrido sua morte, [...] o que torna inaplicável a anistia alegada, já que o sequestro continuava em curso, uma vez que expirou o período de tempo compreendido por esta causa excludente de responsabilidade criminal.²³⁰

O Estado do Chile se impôs, ao subscrever e ratificar [tratados internacionais], a obrigação de garantir a segurança das pessoas [...], ficando vedadas as medidas tendentes a amparar as

²²⁸ Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina. *Caso Simón, Julio Héctor e outros s/privação ilegítima da liberdade, etc.*, nota 223 *supra*, Considerando 31. Outrossim, com relação ao papel dos poderes legislativo e judiciário no que se refere à determinação de inconstitucionalidade de uma lei, a Corte Suprema salientou que “a lei 25.779 [que anulou as leis de anistia], de uma perspectiva formalista, poderia ser tachada de inconstitucional, na medida em que, ao declarar a nulidade insanável de uma lei, viola a divisão de poderes, ao usurpar as faculdades do Poder Judiciário, que é o único órgão constitucionalmente qualificado para declarar nulas as leis ou qualquer ato normativo com eficácia jurídica[...] a solução que o Congresso considera que cabe dar ao caso, [...] de modo algum priva os juizes da decisão final sobre a matéria”. Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina. *Caso Simón, Julio Héctor e outros s/ privação ilegítima da liberdade, etc.*, nota 227 *supra*, Considerando 34 (tradução da Secretaria da Corte Interamericana).

²²⁹ Cf. Corte Suprema de Justiça do Chile. *Decisão do Plenário a respeito da instância que examinará a aplicação da Lei de Anistia no caso do sequestro do mirista Miguel Ángel Sandoval*, Caso 2477, 17 de novembro de 2004, Considerando 33.

²³⁰ Corte Suprema de Justiça do Chile. *Caso do sequestro do mirista Miguel Ángel Sandoval*, nota 229 *supra*, Considerando 33 (tradução da Secretaria da Corte Interamericana).

ofensas cometidas contra pessoas determinadas ou conseguir a impunidade de seus autores, tendo especialmente presente que os acordos internacionais devem ser cumpridos de boa-fé. [Esta] Corte Suprema, em reiteradas sentenças, reconheceu que a soberania interna do Estado [...] reconhece seu limite nos direitos que emanam da natureza humana; valores que são superiores a toda norma que possam dispor as autoridades do Estado, inclusive o próprio Poder Constituinte, o que impede que sejam desconhecidos.²³¹

165. Recentemente, a mesma Corte Suprema de Justiça do Chile, no caso Lecaros Carrasco, anulou a sentença absolutória anterior e invalidou a aplicação da anistia chilena prevista no Decreto-Lei nº 2.191, de 1978, por meio de uma sentença de substituição, nos seguintes termos:²³²

O delito de sequestro [...] tem o caráter de crime contra a humanidade e, conseqüentemente, não procede invocar a anistia como causa extintiva da responsabilidade penal.²³³

A lei de anistia proferida pela autoridade *de facto* que assumiu o "Comando Supremo da Nação" [...] há de ser interpretad[a] num sentido conforme as convenções protetoras dos direitos fundamentais do indivíduo e punitivas dos graves atentados contra ele cometidos durante a vigência desse corpo legal²³⁴.

A referida proibição de autoexoneração não alude unicamente a situações óbvias, nas quais os detentores do poder valeram-se da situação vantajosa em que se encontravam para consagrar extinções de responsabilidade, como ocorre com as anistias autoconcedidas, mas implica também uma suspensão da vigência de instituições preexistentes, como [...] a prescrição da ação penal, concebidas para funcionar numa situação de paz social a que estavam chamadas a servir, mas não em situações de violação de todas as instituições sobre as quais o Estado se erigia, e em benefício precisamente dos que provocaram essa ruptura.²³⁵

²³¹ Corte Suprema de Justiça do Chile. *Caso do sequestro do mirista Miguel Ángel Sandoval*, nota 229 *supra*, Considerando 35 (tradução da Secretaria da Corte Interamericana).

²³² Corte Suprema de Justiça do Chile, *Caso de Claudio Abdon Lecaros Carrasco pelo delito de sequestro agravado*, Rol nº 47.205, Recurso nº 3302/2009, Resolução 16698, Sentença de Apelação, e Resolução 16699, Sentença de Substituição, de 18 de maio de 2010.

²³³ Corte Suprema de Justiça do Chile, *Caso de Claudio Abdon Lecaros Carrasco*, Sentença de Substituição, nota 232 *supra*, Considerando 1 (tradução da Secretaria da Corte Interamericana).

²³⁴ Corte Suprema de Justiça do Chile, *Caso de Claudio Abdon Lecaros Carrasco*, Sentença de Substituição, nota 232 *supra*, Considerando 2 (tradução da Secretaria da Corte Interamericana).

²³⁵ Corte Suprema de Justiça do Chile, *Caso de Claudio Abdon Lecaros Carrasco*, Sentença de Substituição, nota 232 *supra*, Considerando 3 (tradução da Secretaria da Corte Interamericana).

166. Por outro lado, o Tribunal Constitucional do Peru, no Caso de Santiago Martín Rivas, ao resolver um recurso extraordinário e um recurso de agravo constitucional, precisou o alcance das obrigações do Estado nesta matéria:²³⁶

[O] Tribunal Constitucional considera que a obrigação do Estado de investigar os fatos e sancionar os responsáveis pela violação dos direitos humanos declarados na Sentença da Corte Interamericana de Derechos Humanos não somente compreende a nulidade daqueles processos a que houvessem sido aplicadas as leis de anistia [...], após ter-se declarado que essas leis não têm efeitos jurídicos, mas também toda prática destinada a impedir a investigação e punição pela violação dos direitos à vida e à integridade pessoal.²³⁷

As obrigações assumidas pelo Estado peruano com a ratificação dos tratados sobre direitos humanos compreendem o dever de garantir aqueles direitos que, em conformidade com o Direito Internacional, são inderrogáveis, tendo o Estado se obrigado internacionalmente a sancionar sua afetação. Em atenção ao mandato contido no [...] Código Processual Constitucional, recorre-se aos tratados que cristalizaram a proibição absoluta daqueles ilícitos que, em conformidade com o Direito Internacional, não podem ser anistiados, na medida em que infringem os parâmetros mínimos de proteção à dignidade da pessoa humana.²³⁸

A aprovação de leis de anistia constitui uma competência jurídico-constitucional do Congresso da República, de modo que as resoluções judiciais expedidas, em aplicação de leis de anistia constitucionalmente legítimas, dão lugar à configuração da “coisa julgada constitucional”. O controle das leis de anistia, no entanto, parte da presunção de que o legislador penal quis agir dentro do marco da Constituição e do respeito aos direitos fundamentais.²³⁹

Não opera [essa presunção] quando se comprova que, mediante o exercício da competência de promulgar leis de anistia, o legislador penal pretendeu encobrir a prática de crimes contra a

²³⁶ Cf. Tribunal Constitucional do Peru, *Caso Santiago Martín Rivas*, Recurso extraordinário, Expediente 4587-2004-AA/TC, *Sentença* de 29 de novembro de 2005, par. 63.

²³⁷ Tribunal Constitucional do Peru, *Caso Santiago Martín Rivas*, Recurso extraordinário, nota 236 *supra*, par. 63 (tradução da Secretaria da Corte Interamericana).

²³⁸ Tribunal Constitucional do Peru, *Caso Santiago Martín Rivas*, Recurso de agravo constitucional, Expediente 679-2005-PA/TC, *Sentença* de 2 de março de 2007, par. 30 (tradução da Secretaria da Corte Interamericana).

²³⁹ Tribunal Constitucional do Peru, *Caso Santiago Martín Rivas*, Recurso de agravo constitucional, nota 238 *supra*, par. 52 (tradução da Secretaria da Corte Interamericana).

humanidade. Tampouco quando o exercício dessa competência foi utilizada para "garantir" a impunidade por graves violações de direitos humanos.²⁴⁰

No mérito[,] o Tribunal considera que as leis de anistia [em questão] são nulas e carecem, *ab initio*, de efeitos jurídicos. Portanto, também são nulas as resoluções judiciais expedidas com o propósito de garantir a impunidade da violação de direitos humanos cometida por [agentes estatais].²⁴¹

167. No mesmo sentido, pronunciou-se recentemente a Suprema Corte de Justiça do Uruguai a respeito da Lei de Caducidade da Pretensão Punitiva do Estado nesse país, considerando que:

ninguém nega que, mediante uma lei promulgada com uma maioria especial e para casos extraordinários, o Estado pode renunciar a penalizar atos delitivos. [...] No entanto, a lei é inconstitucional porque, no caso, o Poder Legislativo excedeu o marco constitucional para acordar anistias²⁴² [porque] declarar a caducidade das ações penais, em qualquer hipótese, excede as faculdades dos legisladores e invade o âmbito de uma função constitucionalmente atribuída aos juízes, pelo que, independentemente dos motivos, o legislador não podia atribuir-se a faculdade de resolver que havia operado a caducidade das ações penais em relação a certos delitos.²⁴³

A regulamentação atual dos direitos humanos não se baseia na posição soberana dos Estados, mas na pessoa enquanto titular, por sua tal condição, dos direitos essenciais que não podem ser desconhecidos, com base no exercício do poder constituinte, nem originário, nem derivado.²⁴⁴

Em tal marco, [a lei de anistia] em exame afetou os direitos de numerosas pessoas (concretamente, as vítimas, familiares ou prejudicados pelas violações de direitos humanos mencionadas),

²⁴⁰ Tribunal Constitucional do Peru, *Caso Santiago Martín Rivas*, Recurso de agravo constitucional, nota 238 *supra*, par. 53 (tradução da Secretaria da Corte Interamericana).

²⁴¹ Tribunal Constitucional do Peru, *Caso Santiago Martín Rivas*, Recurso de agravo constitucional, nota 238 *supra*, par. 60 (tradução da Secretaria da Corte Interamericana).

²⁴² Suprema Corte de Justiça do Uruguai, *Caso de Nibia Sabalsagaray Curutchet*, Sentença nº 365/09, resolução de 19 de outubro de 2009, Considerando III.2, pars. 8 e 9 (tradução da Secretaria da Corte Interamericana).

²⁴³ Suprema Corte de Justiça do Uruguai, *Caso de Nibia Sabalsagaray Curutchet*, nota 242 *supra*, Considerando III.2, par. 13 (tradução da Secretaria da Corte Interamericana).

²⁴⁴ Suprema Corte de Justiça do Uruguai, *Caso de Nibia Sabalsagaray Curutchet*, nota 242 *supra*, Considerando III.8, par. 6 (tradução da Secretaria da Corte Interamericana).

que viram frustrado seu direito a um recurso, a uma investigação judicial imparcial e exaustiva, que esclareça os fatos, determine seus responsáveis e imponha as sanções penais correspondentes; a tal ponto que as consequências jurídicas da lei a respeito do direito às garantias judiciais são incompatíveis com a Convenção [A]mericana [sobre] Direitos Humanos.²⁴⁵

Em síntese, a ilegitimidade de uma lei de anistia promulgada em benefício de funcionários militares e policiais, que cometeram [graves violações de direitos humanos], gozando de impunidade durante regimes *de facto*, foi declarada por órgãos jurisdicionais, tanto da comunidade internacional como dos Estados que passaram por processos similares ao vivido pelo Uruguai na mesma época. Tais pronunciamentos, pela semelhança com a questão analisada e pela relevância que tiveram, não poderiam ser deixados de lado no exame de constitucionalidade da Lei [nº.] 15.848 e foram levados em conta pela Corporação para proferir a presente sentença.²⁴⁶

168. Finalmente, a Corte Constitucional da Colômbia, em diversos casos, levou em conta as obrigações internacionais em casos de graves violações de direitos humanos e o dever de evitar a aplicação de disposições internas de anistia:

Figuras como as leis de ponto final, que impedem o acesso à justiça, as anistias em branco para qualquer delito, as autoanistias (ou seja, os benefícios penais que os detentores legítimos ou ilegítimos do poder concedem a si mesmos e aos que foram cúmplices dos delitos cometidos), ou qualquer outra modalidade que tenha como propósito impedir às vítimas um recurso judicial efetivo para fazer valer seus direitos foram consideradas violadoras do dever internacional dos Estados de prover recursos judiciais para a proteção dos direitos humanos.²⁴⁷

169. Igualmente, a Corte Suprema de Justiça da Colômbia salientou que “as normas relativas aos direitos humanos fazem parte do grande grupo de disposições de Direito Internacional Geral, reconhecidas como normas de *jus cogens*, razão pela

²⁴⁵ Suprema Corte de Justiça do Uruguai, *Caso de Nibia Sabalsagaray Curutchet*, nota 242 *supra*, Considerando III.8, par. 11 (tradução da Secretaria da Corte Interamericana).

²⁴⁶ Suprema Corte de Justiça do Uruguai, *Caso de Nibia Sabalsagaray Curutchet*, nota 242 *supra*, Considerando III.8, par. 15 (tradução da Secretaria da Corte Interamericana).

²⁴⁷ Corte Constitucional da Colômbia, Revisão da Lei 742 de 5 de junho de 2002, Expediente nº LAT-223, Sentença C-578/02, de 30 de julho de 2002, seção 4.3.2.1.7 (tradução da Secretaria da Corte Interamericana).

qual aquelas são inderrogáveis, imperativas [...] e indisponíveis".²⁴⁸ A Corte Suprema da Colômbia lembrou que a jurisprudência e as recomendações dos organismos internacionais sobre direitos humanos devem servir de critério preferencial de interpretação, tanto na justiça constitucional como na ordinária, e citou a jurisprudência deste Tribunal a respeito da não aceitabilidade das disposições de anistia para casos de violações graves de direitos humanos.²⁴⁹

170. Como se desprende do conteúdo dos parágrafos precedentes, todos os órgãos internacionais de proteção de direitos humanos e diversas altas cortes nacionais da região, que tiveram a oportunidade de pronunciar-se a respeito do alcance das leis de anistia sobre graves violações de direitos humanos e sua incompatibilidade com as obrigações internacionais dos Estados que as emitem, concluíram que essas leis violam o dever internacional do Estado de investigar e sancionar tais violações.

171. Este Tribunal já se pronunciou anteriormente sobre o tema e não encontra fundamentos jurídicos para afastar-se de sua jurisprudência constante, a qual, ademais, concorda com o estabelecido unanimemente pelo Direito Internacional e pelos precedentes dos órgãos dos sistemas universais e regionais de proteção dos direitos humanos. De tal maneira, para efeitos do presente caso, o Tribunal reitera que "são inadmissíveis as disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade, que pretendam impedir a investigação e punição dos responsáveis por graves violações dos direitos humanos, como a tortura, as execuções sumárias, extrajudiciais ou arbitrárias, e os desaparecimentos forçados, todas elas proibidas, por violar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos".²⁵⁰

172. A Corte Interamericana considera que a forma pela qual foi interpretada e aplicada a Lei de Anistia aprovada pelo Brasil (pars. 87, 135 e 136 *supra*) afetou o dever internacional do Estado de investigar e punir as graves violações de direitos humanos, ao impedir que os familiares das vítimas no presente caso fossem ouvidos por um juiz, conforme estabelece o artigo 8.1 da Convenção Americana, e violou o direito à proteção judicial consagrado no artigo 25 do mesmo instrumento, precisamente pela falta de investigação, persecução, captura, julgamento e punição dos responsáveis pelos fatos, descumprindo também o artigo 1.1 da Convenção. Adicionalmente, ao aplicar a Lei de Anistia impedindo a investigação dos fatos e a identificação, julgamento e eventual sanção dos possíveis responsáveis por violações continuadas e permanentes, como os desaparecimentos forçados, o Estado descumpriu sua obrigação de adequar seu direito interno, consagrada no artigo 2º da Convenção Americana.

²⁴⁸ Corte Suprema de Justiça da Colômbia, Câmara de Cassação Penal. *Caso do Massacre de Segovia*. Ata número 156, de 13 de maio de 2010, p. 68 (tradução da Secretaria da Corte Interamericana).

²⁴⁹ Cf. Corte Suprema de Justiça da Colômbia, Câmara de Cassação Penal. *Caso do Massacre de Segovia*, nota 248 *supra*, p. 69 e 71.

²⁵⁰ Cf. *Caso Barrios Altos versus Peru. Mérito*. Sentença de 14 de março de 2001. Série C nº 75, par. 41; *Caso La Cantuta*, nota 160 *supra*, par. 152, e *Caso Do Massacre de Las Dos Erres*, nota 186 *supra*, par. 129.

173. A Corte considera necessário enfatizar que, à luz das obrigações gerais consagradas nos artigos 1.1 e 2º da Convenção Americana, os Estados Parte têm o dever de adotar as providências de toda índole, para que ninguém seja privado da proteção judicial e do exercício do direito a um recurso simples e eficaz, nos termos dos artigos 8º e 25 da Convenção. Em um caso como o presente, uma vez ratificada a Convenção Americana, corresponde ao Estado, em conformidade com o artigo 2º desse instrumento, adotar todas as medidas para deixar sem efeito as disposições legais que poderiam contrariá-lo, como são as que impedem a investigação de graves violações de direitos humanos, uma vez que conduzem à falta de proteção das vítimas e à perpetuação da impunidade, além de impedir que as vítimas e seus familiares conheçam a verdade dos fatos.

174. Dada sua manifesta incompatibilidade com a Convenção Americana, as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos carecem de efeitos jurídicos. Em consequência, não podem continuar a representar um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, nem podem ter igual ou similar impacto sobre outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil.²⁵¹

175. Quanto à alegação das partes a respeito de que se tratou de uma anistia, uma auto-anistia ou um “acordo político”, a Corte observa, como se depreende do critério reiterado no presente caso (par. 171 *supra*), que a incompatibilidade em relação à Convenção inclui as anistias de graves violações de direitos humanos e não se restringe somente às denominadas “autoanistias”. Além disso, como foi destacado anteriormente, o Tribunal, mais que ao processo de adoção e à autoridade que emitiu a Lei de Anistia, se atém à sua *ratio legis*: deixar impunes graves violações ao direito internacional cometidas pelo regime militar.²⁵² A incompatibilidade das leis de anistia com a Convenção Americana nos casos de graves violações de direitos humanos não deriva de uma questão formal, como sua origem, mas sim do aspecto material na medida em que violam direitos consagrados nos artigos 8º e 25, em relação com os artigos 1.1 e 2º da Convenção.

176. Este Tribunal estabeleceu em sua jurisprudência que é consciente de que as autoridades internas estão sujeitas ao império da lei e, por esse motivo, estão obrigadas a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. No entanto, quando um Estado é Parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juízes, também estão submetidos àquele, o que os obriga a zelar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam enfraquecidos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e finalidade, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. O Poder Judiciário,

²⁵¹ Cf. *Caso Barrios Altos. Mérito*, nota 250 *supra*, par. 44; *Caso Almonacid Arellano e outros versus Chile. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C nº 154, par. 119, e *Caso La Cantuta*, nota 160 *supra*, par. 175.

²⁵² Cf. *Caso Almonacid Arellano e outros*, nota 251 *supra*, par. 120.

nesse sentido, está internacionalmente obrigado a exercer um "controle de convencionalidade" *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e das regulamentações processuais correspondentes. Nessa tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que a ele conferiu a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.²⁵³

177. No presente caso, o Tribunal observa que não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado e que, pelo contrário, a decisão do Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da Lei de Anistia, sem considerar as obrigações internacionais do Brasil derivadas do Direito Internacional, particularmente aquelas estabelecidas nos artigos 8º e 25 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 2º do mesmo instrumento. O Tribunal estima oportuno recordar que a obrigação de cumprir as obrigações internacionais voluntariamente contraídas corresponde a um princípio básico do direito sobre a responsabilidade internacional dos Estados, respaldado pela jurisprudência internacional e nacional, segundo o qual aqueles devem acatar suas obrigações convencionais internacionais de boa-fé (*pacta sunt servanda*). Como já salientou esta Corte e conforme dispõe o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, os Estados não podem, por razões de ordem interna, descumprir obrigações internacionais. As obrigações convencionais dos Estados Parte vinculam todos seus poderes e órgãos, os quais devem garantir o cumprimento das disposições convencionais e seus efeitos próprios (*effet utile*) no plano de seu direito interno.²⁵⁴

178. Com relação à aplicação do princípio de ponderação aduzido pelo Estado, entre as diversas medidas adotadas como garantia de não repetição, para efeitos de cumprir o artigo 1.1 da Convenção Americana, e do princípio de legalidade, previsto no artigo 9º do mesmo tratado (par. 132 *supra*), o Tribunal valora positivamente as numerosas medidas de reparação e não repetição adotadas pelo Brasil, as quais serão abordadas no capítulo correspondente às reparações da presente Sentença. Embora essas medidas sejam importantes, não são suficientes, porquanto omitiram o acesso à justiça por parte dos familiares das vítimas. Nesse sentido, o Tribunal observa que, em sua aplicação do princípio de ponderação, o Estado omitiu toda menção aos direitos das vítimas, derivados dos artigos 8º e 25

²⁵³ Cf. *Caso Almonacid Arellano e outros*, nota 251 *supra*, par. 124; *Caso Rosendo Cantú e outra*, nota 45 *supra*, par. 219, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, nota 24 *supra*, par. 202.

²⁵⁴ Cf. *Responsabilidade internacional pela emissão e aplicação de leis que violem a Convenção (art. 1 e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*. Opinião Consultiva OC- 14/94, de 9 de dezembro de 1994. Série A nº 14, par. 35; *Caso do Penal Miguel Castro Castro versus Peru. Mérito, Reparações e Custos*. Sentença de 25 de novembro de 2006. Série C nº 160, par. 394, e *Caso Zambrano Vélez e outros versus Equador. Mérito, Reparações e Custos*. Sentença de 4 de julho de 2007. Série C nº 166, par. 104. De igual maneira, cf. *Caso Castillo Petruzzi e outros versus Peru. Cumprimento de Sentença*. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 17 de novembro de 1999. Série C nº 59, Considerando 3; *Caso de La Cruz Flores versus Peru. Supervisão de Cumprimento de Sentença*, Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 1 de setembro de 2010, Considerando 3, e *Caso Tristan Donoso versus Panamá. Supervisão de Cumprimento de Sentença*, Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 1 de setembro de 2010, Considerando 5.

da Convenção Americana. Com efeito, essa ponderação se faz entre as obrigações estatais de respeitar e garantir e o princípio de legalidade, mas não se incluem na análise os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial das vítimas e seus familiares, os quais foram sacrificados da maneira mais intensa no presente caso.

179. Adicionalmente, com respeito à suposta afetação ao princípio de legalidade e irretroatividade, a Corte já ressaltou (pars. 110 e 121 *supra*) que o desaparecimento forçado constitui um delito de caráter contínuo ou permanente, cujos efeitos não cessam enquanto não se estabeleça a sorte ou o paradeiro das vítimas e sua identidade seja determinada, motivos pelos quais os efeitos do ilícito internacional em questão continuam a atualizar-se. Portanto, o Tribunal observa que, em todo caso, não haveria uma aplicação retroativa do delito de desaparecimento forçado porque os fatos do presente caso, que a aplicação da Lei de Anistia deixa na impunidade, transcendem o âmbito temporal dessa norma em função do caráter contínuo ou permanente do desaparecimento forçado.

180. Com base nas considerações acima, a Corte Interamericana conclui que, devido à interpretação e à aplicação conferidas à Lei de Anistia, a qual carece de efeitos jurídicos a respeito de graves violações de direitos humanos, nos termos antes indicados (particularmente, par. 171 a 175 *supra*), o Brasil descumpriu sua obrigação de adequar seu direito interno à Convenção, contida em seu artigo 2º, em relação aos artigos 8.1, 25 e 1.1 do mesmo tratado. Adicionalmente, o Tribunal conclui que, pela falta de investigação dos fatos, bem como da falta de julgamento e punição dos responsáveis, o Estado violou os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, previstos nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2º do mesmo tratado, em detrimento dos seguintes familiares das vítimas: Zélia Eustáquio Fonseca; Alzira Costa Reis; Victória Lavínia Grabois Olímpio; Criméia Alice Schmidt de Almeida; João Carlos Schmidt de Almeida; Luiza Monteiro Teixeira; João Lino da Costa; Benedita Pinto Castro; Odila Mendes Pereira; José Pereira; Luiza Gurjão Farias; Junília Soares Santana; Antonio Pereira de Santana; Elza da Conceição Oliveira (ou Elza Conceição Bastos); Viriato Augusto Oliveira; Maria Gomes dos Santos; Rosa Cabello Maria (ou Rosa Olímpio Cabello); Igor Grabois Olímpio; Julia Gomes Lund; Carmem Navarro; Gerson Menezes Magalhães; Aminthas Aranha (ou Aminthas Rodrigues Pereira); Julieta Petit da Silva; Ilma Hass; Osoria Calatrone; Clotildio Calatrone; Isaura de Souza Patricio; Joaquim Patricio; Elena Gibertini Castiglia; Jardilina Santos Moura; Joaquim Moura Paulino; José Vieira de Almeida; Acary V. de S. Garlippe; Dora Grabois; Agostim Grabois; Rosana Moura Momente; Maria Leonor Pereira Marques; Otilia Mendes Rodrigues; Francisco Alves Rodrigues; Celeste Durval Cordeiro; Luiz Durval Cordeiro; Aidinalva Dantas Batista; Elza Pereira Coqueiro; Odete Afonso Costa; Angela Harkavy; José Dalmo Ribeiro Ribas; Maria Eliana de Castro Pinheiro; Roberto Valadão; Diva Soares Santana; Getúlio Soares Santana; Dilma Santana Miranda; Dinorá Santana Rodrigues; Dirceneide Soares Santana; Terezinha Souza Amorim; Aldo Creder Corrêa; Helenalda Resende de Souza Nazareth; Helenice Resende de Souza Nazareth; Helenilda Resende de Souza Nazareth; Helenoira Resende de Souza Nazareth; Wladimir Neves da Rocha Castiglia;

Laura Petit da Silva; Clovis Petit de Oliveira; Lorena Moroni Barroso; Ciro Moroni Girão; Breno Moroni Girão; Sônia Maria Haas; Elizabeth Silveira e Silva; Luiz Carlos Silveira e Silva; Luiz Paulo Silveira e Silva; Maristella Nurchis, e Valeria Costa Couto.

181. Por outro lado, a Corte Interamericana conta com informação de que 24 familiares indicados como supostas vítimas faleceram antes de 10 de dezembro de 1998. A respeito destas pessoas, o Tribunal não fará nenhuma declaração de responsabilidade estatal devido à regra de competência temporal.²⁵⁵ Adicionalmente, a Corte conta com informação que indica que outros 38 familiares faleceram, apesar de que do acervo probatório não se depreende de maneira conclusiva suas respectivas datas de falecimento.²⁵⁶ Em relação a estas pessoas, o Tribunal estabelece que seus familiares ou seus representantes legais devem apresentar à Corte, em um prazo de seis meses, contado a partir da notificação da presente Sentença, a documentação que comprove que a data de falecimento é posterior a 10 de dezembro de 1998, para efeitos de confirmar sua condição de vítimas do presente caso, em conformidade com os critérios anteriormente expostos.

182. Finalmente, a Corte se referirá, como tem feito de maneira reiterada, às diretrizes que devem seguir as investigações que realize o Estado, na seção correspondente à obrigação de investigar, no capítulo de reparações da presente Sentença. Em relação aos alegados descumprimentos dos artigos 1º, 6º e 8º da Convenção Interamericana para Prevenir e Sancionar a Tortura sustentados pelos representantes, o Tribunal estima que não resulta necessário pronunciar-se sobre tais alegações que se referem aos mesmos fatos que já foram analisados à luz de outras obrigações convencionais.

²⁵⁵ Cf. *Caso das Irmãs Serrano Cruz versus El Salvador. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 1 de março de 2005. Série C nº 120, par. 144. De acordo com informação aportada pela Comissão e pelos representantes, os familiares falecidos com anterioridade ao reconhecimento de competência do Tribunal por parte do Brasil são as senhoras e senhores Adriano Fonseca (pai, 1984), Maria Jardimina da Costa (mãe, 1993), Benedita de Araújo Ribas (mãe, 1995), Walter Sheiba Pinto Ribas (pai, 1996), José Ferreira de Souza (pai, nos anos 1980), Irene Guedes Corrêa (mãe, 1986), Edgar Corrêa (pai, 1993), Antonio Olímpio Maria (pai, 1980), Euthália Resende de Souza Nazareth (mãe, 1996), Adalberto de Assis Nazareth (pai, 1965), Idalísio Soares Aranha (pai, 1964), José Bernardino da Silva Júnior (pai, 1949), Cyrene Moroni Barroso (mãe, 1992), Benigno Girão Barroso (pai, 1995), Ildefonso Haas (pai, 1989), Adaíde Toledo de Oliveira (mãe, 1992), José Sebastião de Oliveira (pai, 1970), Jovina Ferreira (mãe, 1979), Lilita Silveira e Silva (mãe, 1993), René de Oliveira e Silva (pai, 1986), Sílvio Marques Camilo (pai, 1964), Francisco de Assis Batista (pai, 1970), Edwin da Costa (pai, 1997) e Heleneide Resende de Souza Nazareth (irmã, anos 1980).

²⁵⁶ Trata-se de Gerson da Silva Teixeira (pai), Raimundo de Castro Sobrinho (pai), Helena Almochdice Valadão (mãe) e Altivo Valadão de Andrade (pai), Gessiner Farias (pai), Eloá Cunha Brum (mãe) e Lino Brum (pai), Maria de Lourdes Oliveira (mãe) e Arédio Oliveira (pai), Hilda Quaresma Saraiva (mãe) e Dário Saraiva Leão (pai), América Ribeiro Callado (mãe) e Consuelo Callado (pai), Francisca das Chagas Pereira (mãe) e Carlos Gentil Pereira (pai), João Carlos Lund (pai), Ermelinda Mazzaferro Bronca (mãe) e Huberto Atteo Bronca (pai), Anita Lima Piahy Dourado (mãe) e Pedro Piahy Dourado (pai), Karitza Lemos da Silva (mãe) e Norival Euphorosino da Silva (pai), Luigi Castiglia (pai), José Augusto de Souza (pai), Joana Vieira de Almeida (esposa), Rosalina Carvalho Nurchis (mãe) e José Francisco Nurchis (pai), Helena Pereira dos Santos (mãe) e Pedro Francisco dos Santos (pai), Antonia Rivellino Momente (mãe) e Álvaro Momente (pai), Rita Orlando dos Santos (mãe) e José Orlando da Costa (pai), Geny de Carvalho Troiano (mãe) e Rodolfo Troiano (pai), Lindaura Correia de Souza (mãe) e Rosalvo Cipriano (pai), e Arnobio Santos Coqueiro (pai).

IX

DIREITO À LIBERDADE DE PENSAMENTO E DE EXPRESSÃO,
ÀS GARANTIAS JUDICIAIS E À PROTEÇÃO JUDICIAL, EM RELAÇÃO
ÀS OBRIGAÇÕES DE RESPEITAR E GARANTIR OS DIREITOS E O
DEVER DE ADOTAR DISPOSIÇÕES DE DIREITO INTERNO

183. A Corte, com o fim de determinar se o Estado é responsável pelas alegadas violações aos artigos 13,²⁵⁷ 8.1 e 25, em relação com os artigos 1.1 e 2º, todos da Convenção Americana, sintetizará os argumentos das partes, estabelecerá os fatos que considera provados e fará as considerações pertinentes sobre os processos judiciais e o marco normativo relacionados com o direito de buscar e receber informação.

A. Alegações das partes

184. A Comissão Interamericana sustentou que, no presente caso, existe uma restrição indevida ao direito de acesso à informação, dado que: a) não há nenhum interesse legítimo para reservar a informação relativa a violações massivas de direitos humanos; o Estado não demonstrou um interesse atual, imperativo ou obrigatório em manter reservada a informação requerida pelas vítimas; e a revelação de informações não pode constituir um dano certo, objetivo, grave e atual à segurança nacional; b) o desconhecimento da verdade por parte dos familiares e a manutenção da falta de informação é uma situação “equiparável à tortura”; c) o Estado nunca poderia negar o acesso à informação a juízes e organismos autônomos de investigação, que possam verificar o legítimo objetivo da reserva, e d) a liberdade de expressão e o acesso à informação contribuem para garantir os direitos à verdade, à justiça e à reparação, evitando que se produzam novas violações graves de direitos humanos. Adicionalmente, as diversas leis e decretos que tem regido o direito de acesso à informação no Brasil não cumprem com os parâmetros estabelecidos pelo Sistema Interamericano, dado que o alcance e o conteúdo do direito de acesso à informação está regulamentado por disposições de caráter administrativo, e nenhuma das normas de regulamentação desse direito define nem delimita as causas de restrição. Ademais, essas disposições: a) não incluem procedimentos administrativos que assegurem a correta tramitação e resolução de solicitações de informação, os prazos para contestar nem a possibilidade de impugnar a negativa de facilitar a informação através de um recurso rápido e efetivo; b) não contemplam a obrigação de fundamentar adequadamente as negativas à solicitação de

²⁵⁷ O artigo 13 da Convenção Americana, no que é pertinente, estabelece:

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:

a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou
b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

informação, e c) contemplam períodos de restrição ilegítimos. Outrossim, os Estados têm a obrigação positiva de produzir e conservar informação, o que os obriga a buscá-la e implementar medidas que permitam a custódia, o manejo e o acesso aos arquivos. Ante o exposto, a Comissão Interamericana solicitou à Corte que declare o Estado responsável pela violação do artigo 13 da Convenção, em conjunto com os artigos 1.1 e 2º do mesmo instrumento e que ordene ao Estado reformar seu regime jurídico interno, em conformidade com o artigo 2º, em relação com o artigo 13, também da Convenção Americana. Por outro lado, quanto à Ação Ordinária nº 82.00.24682-5, a Comissão Interamericana considerou que o Estado não justificou os mais de 25 anos transcorridos até a prolação de sentença final. Os demais recursos judiciais interpostos para obter informação sobre a Guerrilha do Araguaia tampouco foram efetivos até a data, inclusive nem sequer produziram uma sentença definitiva. Com base no retardo injustificado e na ineficácia das ações de natureza não penal interpostas, a Comissão solicitou à Corte que determine que o Estado incorreu em violação dos artigos 8º e 25 da Convenção, em concordância com o artigo 1.1 do mesmo instrumento, em prejuízo das vítimas desaparecidas e de seus familiares, assim como dos familiares da pessoa executada.

185. Os representantes coincidiram, essencialmente, com as alegações da Comissão e acrescentaram que o silêncio, a negativa de entregar documentos ou a falha das autoridades em comprovar sua destruição demonstram claramente a violação por parte do Estado do direito à informação. Em que pese a alegada destruição de documentos por parte das Forças Armadas, em 2010, a Força Aérea entregou ao Arquivo Nacional vários documentos, os quais, em todo caso, eram cópias de documentos obtidos pela Comissão Especial. Portanto, esses arquivos, embora não aporem informação suficiente para esclarecer o paradeiro das vítimas, demonstram que os documentos existem e que não haviam sido divulgados anteriormente. As limitações dos mecanismos criados pelo Estado, a ineficácia das ações civis interpostas com o fim de aceder à informação e das missões de busca empreendidas pelo Estado, bem como as medidas legislativas e administrativas sobre restrições de acesso à informação sigilosa em poder do Estado, impediram a reconstrução dos fatos e, conseqüentemente, da verdade. Ante o exposto, sustentaram que o Estado violou os direitos e obrigações consagrados nos artigos 1.1, 2º, 8º, 13 e 25 da Convenção Americana.

186. O Estado recordou as diversas normas que regulam a sistematização e a publicação de informação sobre mortos e desaparecidos políticos, aprovadas durante o regime constitucional. No entanto, o panorama jurídico que regulamenta esse direito será substancialmente reformado se for aprovado o Projeto de Lei nº 5.228, do Poder Executivo, enviado ao Congresso Nacional em fevereiro de 2009 (pars. 291 e 293 *infra*). Por outro lado, o Brasil recordou as diversas medidas adotadas, entre elas o projeto "Memórias Reveladas", e salientou as realizações da Comissão Especial, que conseguiu reconstruir muitos episódios de morte e desaparecimentos forçados ocorridos durante o regime militar. Também informou sobre sua ampla e

complexa rede de arquivos, os quais estão à disposição para consulta, dependendo “sua liberação” dos prazos legais de classificação. No marco do cumprimento da sentença da Ação Ordinária, em 10 de julho de 2009, entregou cópias de milhares de páginas de documentos sobre a Guerrilha do Araguaia, que representam toda a informação conhecida e arquivada no âmbito da União, referente à Guerrilha. Afirmou que aos documentos especificamente relacionados com a Guerrilha do Araguaia não se aplica a restrição de acesso a documentos públicos baseada na segurança da sociedade e do Estado. Adicionalmente, o Exército, a Marinha e a Força Aérea informaram que não possuem em seus arquivos nenhum documento desse período, dado que os haviam destruído de acordo com a normativa vigente à época. A Marinha informou que determinados documentos divulgados pelos meios de comunicação sobre a Guerrilha haviam sido subtraídos de maneira ilícita dos arquivos antes que fossem destruídos. A Força Aérea também informou que, apesar de terem sido destruídos documentos, alguns que continham informação genérica foram postos à disposição do Arquivo Nacional. A destruição dos documentos relacionados com o regime militar foi realizada de acordo com o Decreto nº 79.099, de 6 de janeiro de 1977, motivo pelo qual não é possível determinar responsabilidades individuais dos funcionários. Por último, o Brasil considerou que a Ação Civil Pública interposta pelo Ministério Público Federal já havia sido integralmente atendida nos autos da Ação Ordinária nº 82.00.24682-5, razão pela qual, em dezembro de 2009, apresentou petição informando ao Ministro Relator a perda de objeto do seu recurso.

B. Fatos relativos ao acesso à informação

187. Alguns familiares de integrantes da Guerrilha do Araguaia promoveram, desde 1982, uma ação de natureza não penal, a fim de esclarecer as circunstâncias dos desaparecimentos forçados, localizar os restos mortais e aceder aos documentos oficiais sobre as operações militares nessa região. Por sua parte, o Ministério Público Federal também interpôs ações de natureza civil com objetivos semelhantes.

1. Ação Ordinária nº 82.00.24682-5

i. Fatos prévios à competência temporal da Corte

188. Em 19 de fevereiro de 1982, 22 familiares de 25 desaparecidos da Guerrilha iniciaram uma ação judicial de natureza civil contra o Estado Federal, perante a Primeira Vara Federal do Distrito Federal (doravante “Primeira Vara Federal”), solicitando informação à União sobre a sepultura de seus familiares, de maneira que se pudessem emitir os certificados de óbito, realizar o traslado dos restos mortais, e que se apresentasse o Relatório oficial do Ministério da Guerra, de 5 de janeiro de 1975, sobre as operações militares de combate à Guerrilha do Araguaia.²⁵⁸

²⁵⁸ Cf. Petição inicial da *Ação Ordinária para Prestação de Fato* (Ação nº 82.00.24682-5) de 21 de fevereiro de 1982 (expediente de anexos ao escrito de solicitações e argumentos, tomo I, anexo 1, folhas 3835 a 3855).

189. Em 27 de março de 1989, a ação foi denegada, sem avaliação do mérito, com base no fato de o pedido ser "jurídica e materialmente impossível de cumprir".²⁵⁹ Após a interposição de um recurso de apelação por parte dos autores da ação,²⁶⁰ o Tribunal Regional Federal da Primeira Região (doravante "Tribunal Regional Federal") reverteu essa sentença, em outubro de 1993, e decidiu favoravelmente o recurso, acolhendo o pedido dos recorrentes.²⁶¹

190. Entre março de 1994 e abril de 1996, a União interpôs três recursos e todos foram rechaçados pelos tribunais competentes.²⁶² Em 22 de junho de 1998, o processo retornou ao conhecimento do juiz de primeira instância a fim de iniciar a instrução processual, em cumprimento da sentença de outubro de 1993 do Tribunal Regional Federal. O juiz de primeira instância requereu ao Estado o envio do relatório sobre a Guerrilha do Araguaia.²⁶³ Em 11 de novembro de 1998, o Estado apresentou um novo recurso.²⁶⁴

ii. Fatos posteriores à competência temporal da Corte

191. Em 22 de fevereiro de 2000, o Tribunal Regional Federal denegou o recurso mencionado.²⁶⁵ Em 25 de abril de 2000, o Exército brasileiro remeteu um documento à União, o qual foi incorporado ao expediente da Ação Ordinária, no qual afirmava: "não há documento nem qualquer outra informação a ser prestada àquela autoridade, neste momento, [e] que [em] 11 de novembro de 1982 [...] o então Gabinete do Ministro do Exército esclareceu que os subsídios já haviam sido oferecidos à Procuradoria Regional da República".²⁶⁶ Em junho de 2003, a

²⁵⁹ Cf. Sentença da Primeira Vara Federal do Distrito Federal, de 27 de março de 1989 (expediente de anexos à demanda, tomo I, anexo 10, folha 70).

²⁶⁰ Cf. Recurso de Apelação apresentado pelos autores em 19 de abril de 1989 (expediente de anexos à demanda, tomo I, anexo 11, folhas 72 e 79).

²⁶¹ Cf. Decisão da Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, publicada em 11 de outubro de 1993 (expediente de anexos à demanda, tomo I, anexo 12, folha 80).

²⁶² O primeiro deles foi um Recurso de Embargos de Declaração, interposto pela União em 24 de março de 1994, contra decisão do Tribunal Regional Federal (expediente de anexos à demanda, tomo I, anexo 13, folhas 81 a 87), o qual foi rejeitado em 12 de março de 1996 (expediente de anexos à demanda, tomo I, anexo 14, folhas 88 a 94). Também disponível em <http://www.trf1.jus.br/Processos/ProcessosTRF/>; processo 89.01.06733-1, último acesso em 8 de outubro de 2010. A União interpôs ainda, em 29 de abril de 1996, um Recurso Especial (expediente de anexos à demanda, tomo I, anexo 15, folhas 95 a 96), o qual não foi admitido em 20 de novembro de 1996 (expediente de anexos à demanda, tomo I, anexo 16, folhas 102 e 103). Ante a rejeição do Recurso Especial, a União interpôs um Recurso de Agravo de Instrumento em Recurso Especial nº 144015-DF, em 19 de dezembro de 1996. Igualmente disponível em <http://www.trf1.jus.br/Processos/ProcessosTRF/>; processo 89.01.06733-1, último acesso em 8 de outubro de 2010. Este recurso não foi admitido pelo Superior Tribunal de Justiça em 22 de abril de 1998 (expediente de anexo à demanda, tomo I, anexo 23, folhas 205). Também disponível em <http://www.stj.jus.br/>; processo REsp 873371-DF, último acesso em 8 de outubro de 2010.

²⁶³ Cf. Despacho do juiz da Primeira Vara Federal do Distrito Federal de 19 de outubro de 1998 (expediente de anexos ao escrito de solicitações e argumentos, tomo I, anexo 3, folha 3899).

²⁶⁴ Cf. Agravo de Instrumento interposto pela União, em 11 de novembro de 1998 (expediente de anexos à demanda, tomo I, anexo 17, folhas 104 a 112).

²⁶⁵ Cf. Decisão do Tribunal Regional Federal, de 22 de fevereiro de 2000, no Agravo de Instrumento nº 1998.01.00.084211-3. Também disponível em <http://www.trf1.jus.br/Processos/ProcessosTRF/>; último acesso em 8 de outubro de 2010.

²⁶⁶ Cf. Ofício nº 723/A2, do Chefe de Gabinete do Comandante do Exército, de 25 de abril de 2000 (expediente de anexos ao escrito de solicitações e argumentos, tomo I, folha 3900).

Primeira Vara Federal finalmente analisou o mérito do caso e julgou procedente a ação. Por conseguinte, ordenou a desclassificação e apresentação de toda a informação relativa às operações militares relacionadas à Guerrilha do Araguaia e que se informasse sobre o local de sepultamento dos desaparecidos, entre outras medidas.²⁶⁷ Em agosto de 2003, a União apelou dessa sentença.²⁶⁸ A apelação foi recusada pelo Tribunal Regional Federal, em dezembro de 2004.²⁶⁹ Posteriormente, em 8 de julho de 2005, o Estado interpôs um Recurso Especial e um Recurso Extraordinário.²⁷⁰ O primeiro foi declarado parcialmente procedente pelo Superior Tribunal de Justiça, no que concerne à determinação do órgão judicial executor da sentença de primeira instância, e o segundo não foi admitido pelo Tribunal Regional Federal.²⁷¹ Em 9 de outubro de 2007, essa decisão transitou em julgado.²⁷² Em maio de 2008, o expediente foi reenviado à Primeira Vara Federal para iniciar a execução da sentença, a qual foi ordenada em 12 de março de 2009.²⁷³

192. Com o objetivo de dar cumprimento à sentença proferida no marco da Ação Ordinária, o Estado constituiu, em abril de 2009, o Grupo de Trabalho Tocantins (par. 100 *supra*). A respeito dos documentos sobre a Guerrilha, em 10 de julho de 2009, a Advocacia-Geral da União apresentou ao procedimento da Ação Ordinária, entre outros documentos, um relatório com informação sobre a Guerrilha, o relatório elaborado pelo Ministério da Defesa “Informações sobre a Guerrilha do Araguaia”, no qual estariam incluídas cerca de 21.000 páginas de documentos dos arquivos do antigo Serviço Nacional de Informações que estavam sob a custódia do Arquivo Nacional e que compreendem documentos dos três serviços secretos das Forças Armadas. Com esta ação, o Estado aportou ao procedimento da Ação Ordinária informação recolhida por diferentes órgãos do Estado em diferentes períodos, a qual indicou, constituiria toda a documentação disponível no âmbito da União acerca das referidas operações militares, especialmente no que se refere aos enfrentamentos armados, à captura e detenção de civis, ao reconhecimento de corpos e à identificação de guerrilheiros.²⁷⁴ O referido Relatório do Ministério da

²⁶⁷ Cf. Sentença da Primeira Vara Federal de 30 de junho de 2003 (expediente de anexos à demanda, tomo I, anexo 21, folhas 134 a 180).

²⁶⁸ Cf. Recurso de Apelação Parcial interposto pela União em 27 de agosto de 2003 (expediente de anexos à demanda, tomo I, anexo 22, folhas 181 a 201).

²⁶⁹ Cf. Decisão do Tribunal Regional Federal sobre a Apelação interposta pela União, publicada em 14 de dezembro de 2004 (expediente de anexo à demanda, tomo I, anexo 23, folhas 202 a 261). Também disponível em <http://www.trf1.jus.br/Processos/ProcessosTRF/>; último acesso em 8 de outubro de 2010.

²⁷⁰ Cf. Recurso Especial da União, interposto em 8 de julho de 2005 (expediente de anexos à demanda, tomo I, anexo 24, folhas 262 a 273) e Recurso Extraordinário da União, interposto em 8 de julho de 2005 (expediente de anexos ao escrito de solicitações e argumentos, tomo I, anexo 15, folhas 4027 a 4035).

²⁷¹ Cf. Sentença do Superior Tribunal de Justiça publicada em 20 de setembro de 2007 (expediente de anexos à demanda, tomo I, anexo 25, folhas 274 a 282). Também disponível em <http://www.stj.jus.br>; último acesso em 8 de outubro de 2010, e Decisão do Tribunal Regional Federal de 16 março de 2006 (expediente de anexos ao escrito de solicitações e argumentos, tomo I, anexo 16, folhas 4039 a 4041).

²⁷² Cf. Certidão do Superior Tribunal de Justiça de 9 de outubro de 2007 (expediente de anexos ao escrito de solicitações e argumentos, tomo I, anexo 21, folhas 4076).

²⁷³ Cf. Processo 2003.01.00.041033-5. Disponível em <http://www.trf1.jus.br/Processos/ProcessosTRF/>; último acesso em 8 de outubro de 2010.

²⁷⁴ Cf. Escrito da Advocacia-Geral da União remetido à Primeira Vara Federal em 10 de julho de 2009 (expediente de mérito, tomo VI, folhas 3218 a 3251). A Corte nota que o senhor Antunes da Silva, em seu

Defesa indica que desde o final de 2003 foram instaurados no âmbito das Forças Armadas procedimentos específicos de investigação com o objetivo de obter informações sobre os combates da Guerrilha e sobre a possível localização dos restos mortais de pessoas desaparecidas.²⁷⁵

2. Outros procedimentos judiciais

193. Mediante solicitação dos familiares,²⁷⁶ em 2001, as Procuradorias da República dos estados do Pará, de São Paulo e do Distrito Federal iniciaram os Inquéritos Cíveis Públicos nº 1/2001, 3/2001 e 5/2001, respectivamente, com a finalidade de compilar informações sobre a Guerrilha do Araguaia. Os promotores elaboraram, em janeiro de 2002, um "Relatório Parcial de Investigação sobre a Guerrilha do Araguaia".²⁷⁷ Como consequência dessas investigações, em 9 de agosto de 2001, o Ministério Público Federal interpôs a Ação Cível Pública nº 2001.39.01.000810-5 contra a União, com o propósito de fazer cessar a influência, através de assistência social, das Forças Armadas sobre os habitantes da região do Araguaia, bem como obter da União todos os documentos que contivessem informação sobre as ações militares de combate à Guerrilha.²⁷⁸ Em 19 de dezembro de 2005, a Primeira Vara Federal declarou parcialmente procedente a ação.²⁷⁹ Após a interposição de um recurso por parte da União em março de 2006,²⁸⁰ a sentença de primeira instância foi parcialmente reformada, mediante decisão de 26 de julho de 2006, em razão do que se manteve somente a obrigação de exibir, reservadamente, todos os documentos que contivessem informação sobre as ações militares contra

laudo pericial, indicou que "[e]m 4 de dezembro de 2008, foram entregues a 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal 21.319 páginas de documentos do acervo do extinto Serviço Nacional de Informações". No entanto, no Relatório sobre a Guerrilha do Araguaia, elaborado pelo Ministério da Defesa e remetido ao procedimento da Ação Ordinária em julho de 2009, consta que em 15 de dezembro de 2008 "[a] Subchefia de Assuntos Jurídicos da Casa Civil [remeteu] ao Ministério da Defesa [...] cópias dos arquivos sob custódia do Arquivo Nacional, no total aproximado de 20.000 [...] laudas, com vistas ao cumprimento da sentença proferida na ação 82.00.24682-5". Do mesmo modo, do acervo probatório consta que a execução da Sentença da Ação Ordinária foi ordenada em 12 de março de 2009. Pelo exposto, o Tribunal não pode constatar, a partir da prova existente no expediente, se essas mais de 20.000 folhas foram remetidas ao procedimento da Ação Ordinária com anterioridade à sua entrega formal em 10 de julho de 2009. Cf. Laudo pericial rendido pelo senhor Jaime Antunes da Silva perante agente dotado de fé pública (expediente de mérito, tomo IV, folhas 1430 a 1433), e Ministério da Defesa. *Informações sobre a Guerrilha do Araguaia*, nota 81 *supra*, folhas 3443 e 3454.

²⁷⁵ Cf. Ministério da Defesa. *Informações sobre a Guerrilha do Araguaia*, nota 81 *supra*, folha 3481.

²⁷⁶ Cf. Declaração rendida pelo senhor Marlon Alberto Weichert na audiência pública realizada em 20 de maio de 2010.

²⁷⁷ Cf. Ministério Público Federal. *Relatório parcial de investigação sobre a Guerrilha do Araguaia*. Inquéritos Cíveis Públicos nº 1/2001 – Pará, nº 3/2001 – São Paulo, e nº 5/2001 – Distrito Federal, de 28 de janeiro de 2002 (expediente de anexos à demanda, tomo I, anexo 26, folhas 283 a 308).

²⁷⁸ Cf. Sentença da Justiça Federal de Primeira Instância, Seção Judiciária do Pará – Subseção Marabá, de 19 de dezembro de 2005 (expediente de anexos à demanda, tomo I, anexo 27, folha 309). Também disponível em <http://processual.trf1.jus.br>, último acesso em 8 de outubro de 2010.

²⁷⁹ Cf. Sentença da Justiça Federal de Primeira Instância, Seção Judiciária do Pará – Subseção Marabá, nota 278 *supra*, folha 320.

²⁸⁰ Cf. Recurso de Apelação interposto pela União, em 24 de março de 2006 (expediente de anexos à demanda, tomo I, anexo 28, folhas 322 a 329).

a Guerrilha.²⁸¹ Em setembro de 2006, a União interpôs um Recurso Especial²⁸² e um Recurso Extraordinário²⁸³ contra essa última sentença. O Recurso Especial não foi admitido pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme decisão de 18 de agosto de 2009.²⁸⁴ Logo da não admissão do Recurso Extraordinário pelo Tribunal Regional Federal, a União interpôs um Agravo de Instrumento perante o Supremo Tribunal Federal. No marco deste recurso, em 7 de dezembro de 2009, a União solicitou que se declare a perda de seu objeto, dado que o pedido de exibição de documentos relativos à Guerrilha do Araguaia feito na Ação Civil Pública nº 2001.39.01.000810-5 já fora atendido no julgamento da Ação Ordinária nº 82.00.24682-5, a qual adquiriu força de coisa julgada.²⁸⁵

194. Por outra parte, em 19 de dezembro de 2005, o Ministério Público Federal e a Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos do Instituto de Estudos da Violência do Estado apresentaram uma petição de Notificação Judicial ao Presidente da República, ao Vice-Presidente e a outros altos funcionários do governo e das Forças Armadas em relação à desclassificação de documentos sigilosos que interessem aos familiares de mortos e desaparecidos políticos, para fins de conhecer a verdade e de localizar os restos mortais de seus entes queridos, bem como de possibilitar ao Ministério Público Federal o acesso a seu conteúdo.²⁸⁶

3. Marco normativo

195. O direito de acesso à informação está previsto no artigo 5º da Constituição Federal de 1988²⁸⁷ e regulamentado, *inter alia*, pelos seguintes decretos e leis: a) Lei nº 8.159, de 1991, que regulamenta a política nacional de arquivos públicos e privados, o acesso e o sigilo de documentos públicos, entre outras providências;²⁸⁸ b) Decreto nº 2.134, de 1997, que regulamenta o artigo 23 da Lei nº 8.159 sobre a categoria dos documentos públicos secretos;²⁸⁹ c) Decreto nº 4.553, de 2002, que regulamenta a proteção de dados, informações, documentos

²⁸¹ Cf. Decisão do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, de 26 de julho de 2006 (expediente de anexos à demanda, tomo I, anexo 29, folha 330).

²⁸² Cf. Recurso Especial apresentado pela União em 19 de setembro de 2006 (expediente de anexos à demanda, tomo I, anexo 30, folhas 331 a 338).

²⁸³ Cf. Recurso Extraordinário apresentado pela União em 19 de setembro de 2006 (expediente de anexos à demanda, tomo I, anexo 31, folhas 339 a 346).

²⁸⁴ Cf. Decisão do Superior Tribunal de Justiça de 18 de agosto de 2009 (expediente de mérito, tomo VIII, anexo 17, folhas 4079 a 4084).

²⁸⁵ Cf. Petição da União no marco do Agravo de Instrumento nº 770.247/PA, apresentada em 7 de dezembro de 2009 (expediente de anexos às alegações finais escritas do Estado, tomo I, anexo 27, folhas 9190 a 9193).

²⁸⁶ Cf. Notificação judicial de 19 de dezembro de 2005 (expediente de anexos à demanda, tomo I, anexo 32, folhas 347 a 367).

²⁸⁷ O artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal estabelece que “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado” (expediente de anexos às alegações finais escritas do Estado, tomo I, anexo 4, folhas 8751).

²⁸⁸ Cf. Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991 (expediente de anexos às alegações finais escritas do Estado, tomo I, anexo 14, folhas 9062 a 9065).

²⁸⁹ Cf. Decreto nº 2.134, de 24 de janeiro de 1997 (expediente de anexos à demanda, tomo I, anexo 3, folhas 16 a 21).

e materiais reservados, de interesse da segurança da sociedade e do Estado, no âmbito da Administração Pública Federal;²⁹⁰ d) Decreto nº 5.301, de 2004, que criou a Comissão de Averiguação e Análise de Informações Sigilosas;²⁹¹ e) Lei nº 11.111, de 2005, que introduz a possibilidade de sigilo permanente de arquivos oficiais classificados como ultrassecretos;²⁹² e f) Decreto nº 5.584, de 2005, que regulamenta a entrega ao Arquivo Nacional de todos os documentos que estavam sob custódia da Agência Brasileira de Inteligência e prevê a aplicação de restrições previstas no Decreto nº 4.553.²⁹³

C. Direito à liberdade de pensamento e de expressão

196. A Corte estabeleceu que, de acordo com a proteção que outorga a Convenção Americana, o direito à liberdade de pensamento e de expressão compreende "não apenas o direito e a liberdade de expressar seu próprio pensamento, mas também o direito e a liberdade de buscar, receber e divulgar informações e ideias de toda índole".²⁹⁴ Assim como a Convenção Americana, outros instrumentos internacionais de direitos humanos, tais como a Declaração Universal de Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, estabelecem um direito positivo a buscar e a receber informação.²⁹⁵

197. O Tribunal também estabeleceu que o artigo 13 da Convenção, ao estipular expressamente os direitos a buscar e a receber informações, protege o direito de toda pessoa de solicitar o acesso à informação sob o controle do Estado, com as exceções permitidas sob o regime de restrições da Convenção. Consequentemente, esse artigo ampara o direito das pessoas de receber essa informação e a obrigação positiva do Estado de fornecê-la, de maneira que a pessoa possa ter acesso e conhecer essa informação ou receber uma resposta fundamentada quando, por algum motivo permitido pela Convenção, o Estado possa limitar o acesso a ela para o caso concreto. Essa informação deve ser fornecida, sem necessidade de comprovar um interesse direto para sua obtenção ou uma afetação pessoal, salvo nos casos em que se aplique uma legítima restrição. A entrega dessa informação a uma pessoa pode permitir, por outro lado, que a informação circule na sociedade, de maneira que se possa conhecê-la, aceder a ela e valorá-la.²⁹⁶ Dessa forma, o direito à liberdade de pensamento e de expressão contempla a proteção do direito de

²⁹⁰ Cf. Decreto nº 4.553, de 27 de dezembro de 2002 (expediente de anexos às alegações finais escritas do Estado, tomo I, anexo 16, folhas 9070 a 9082).

²⁹¹ Cf. Decreto nº 5.301, de 9 de dezembro de 2004 (expediente de anexos às alegações finais escritas do Estado, tomo I, anexo 17, folhas 9084 a 9086).

²⁹² Cf. Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005 (expediente de anexos às alegações finais escritas do Estado, tomo I, anexo 15, folhas 9067 e 9068).

²⁹³ Cf. Decreto nº 5.584, de 18 de novembro de 2005 (expediente de contestação à demanda, tomo I, anexo 2, folhas 5539 a 5540).

²⁹⁴ Cf. *O Registro Profissional Obrigatório de Jornalistas (artículos 13 e 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*. Opinião Consultiva OC-5/85 de 13 de novembro de 1985. Série A nº 5, par. 30; *Caso López Álvarez versus Honduras. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 1 de fevereiro de 2006. Série C nº 141, par. 163, e *Caso Claude Reyes e otros versus Chile. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 19 de setembro de 2006. Série C nº 151, par. 76.

²⁹⁵ Cf. *Caso Claude Reyes e outros*, nota 294 *supra*, par. 76.

²⁹⁶ Cf. *Caso Claude Reyes e outros*, nota 294 *supra*, par. 77.

acesso à informação sob o controle do Estado, o qual também contém, de maneira clara, as duas dimensões, individual e social, do direito à liberdade de pensamento e de expressão, as quais devem ser garantidas pelo Estado de forma simultânea.²⁹⁷

198. A esse respeito, a Corte destacou a existência de um consenso regional dos Estados que integram a Organização dos Estados Americanos sobre a importância do acesso à informação pública. A necessidade de proteção do direito de acesso à informação pública foi objeto de resoluções específicas emitidas pela Assembleia Geral da OEA,²⁹⁸ que “inst[ou] os Estados membros a que respeitem e façam respeitar o acesso de todas as pessoas à informação pública e [a] promover a adoção de disposições legislativas e de outro caráter que forem necessárias para assegurar seu reconhecimento e aplicação efetiva”.²⁹⁹ Do mesmo modo, esta Assembleia Geral, em diversas resoluções, considerou que o acesso à informação pública é um requisito indispensável para o funcionamento da democracia, uma maior transparência e uma boa gestão pública e que, em um sistema democrático representativo e participativo, a cidadania exerce seus direitos constitucionais através de uma ampla liberdade de expressão e de um livre acesso à informação.³⁰⁰

199. Por outro lado, a Corte Interamericana determinou que, em uma sociedade democrática, é indispensável que as autoridades estatais sejam regidas pelo princípio de máxima divulgação, que estabelece a presunção de que toda informação é acessível, sujeita a um sistema restrito de exceções.³⁰¹

200. Adicionalmente, este Tribunal também determinou que toda pessoa, inclusive os familiares das vítimas de graves violações de direitos humanos, tem o direito de conhecer a verdade. Por conseguinte, os familiares das vítimas e a sociedade devem ser informados de todo o ocorrido com relação a essas violações.³⁰² De igual maneira, o direito a conhecer a verdade também foi reconhecido em diversos instrumentos das Nações Unidas e pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos.³⁰³

²⁹⁷ Cf. *Caso “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) versus Chile*. Sentença de 5 de fevereiro de 2001. Série C nº 73, par. 67; *Caso López Álvarez*, nota 294 *supra*, par. 163, e *Caso Claude Reyes e outros*, nota 294 *supra*, par. 77.

²⁹⁸ Cf. *Caso Claude Reyes e outros*, nota 294 *supra*, par. 78.

²⁹⁹ Assembleia Geral da OEA, Resolução AG/RES. 2514 (XXXIX-O/09), de 4 de junho de 2009, sobre “Acesso à Informação Pública: Fortalecimento da Democracia”, Ponto Resolutivo Segundo.

³⁰⁰ Cf. Assembleia Geral da OEA, Resoluções AG/RES. 1932 (XXXIII-O/03) de 10 de junho de 2003; AG/RES. 2057 (XXXIV-O/04) de 8 de junho de 2004; AG/RES. 2121 (XXXV-O/05) de 7 de junho de 2005; AG/RES. 2252 (XXXVI-O/06) de 6 de junho de 2006; AG/RES. 2288 (XXXVII-O/07) de 5 de junho de 2007; AG/RES. 2418 (XXXVIII-O/08) de 3 de junho de 2008, e AG/RES. 2514 (XXXIX-O/09) de 4 de junho de 2009, todas elas sobre “Acesso à Informação Pública: Fortalecimento da Democracia”.

³⁰¹ Cf. *Caso Claude Reyes e outros*, nota 294 *supra*, par. 92.

³⁰² Cf. *Caso 19 Comerciantes versus Colômbia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 5 de julho de 2004. Série C nº 109, par. 261; *Caso Carpio Nicolle e outros versus Guatemala. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 22 de novembro 2004. Série C nº 117, par. 128, e *Caso Myrna Mack Chang versus Guatemala. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 25 de novembro de 2003. Série C nº 101, par. 274.

³⁰³ Cf. *inter alia*, Relatório do Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. *Estudo sobre o Direito à Verdade*, U.N. Doc. E/CN.4/2006/91 de 9 de janeiro de 2006; Assembleia Geral da OEA, Resoluções: AG/RES. 2175 (XXXVI-O/06) de 6 de junho de 2006; AG/RES. 2267 (XXXVII-O/07) de 5 de junho de 2007; AG/RES. 2406 (XXXVIII-O/08) de 3 de junho de 2008; AG/RES. 2509 (XXXIX-O/09) de

201. Por sua parte, a Corte Interamericana considerou o conteúdo do direito a conhecer a verdade em sua jurisprudência, em especial em casos de desaparecimento forçado. Desde o "Caso Velásquez Rodríguez", o Tribunal afirmou a existência de um "direito dos familiares da vítima de conhecer qual foi seu destino e, se for o caso, onde se encontram seus restos".³⁰⁴ A Corte reconheceu que o direito dos familiares de vítimas de graves violações de direitos humanos de conhecer a verdade está compreendido no direito de acesso à justiça.³⁰⁵ A Corte também considerou a obrigação de investigar como uma forma de reparação, ante a necessidade de remediar a violação do direito de conhecer a verdade no caso concreto.³⁰⁶ De igual modo, no presente caso, o direito a conhecer a verdade se relaciona com a Ação Ordinária interposta pelos familiares, a qual se vincula com o acesso à justiça e com o direito a buscar e receber informação previsto no artigo 13 da Convenção Americana.

202. Finalmente, o Tribunal também estabeleceu que, em casos de violações de direitos humanos, as autoridades estatais não se podem amparar em mecanismos como o segredo de Estado ou a confidencialidade da informação, ou em razões de interesse público ou de segurança nacional, para deixar de aportar a informação requerida pelas autoridades judiciais ou administrativas encarregadas da investigação ou dos processos pendentes.³⁰⁷ Do mesmo modo, quando se trata da investigação de um fato punível, a decisão de qualificar como sigilosa a informação e de negar sua entrega jamais pode depender exclusivamente de um órgão estatal a cujos membros seja atribuída a prática do ato ilícito.³⁰⁸ Outrossim,

4 de junho de 2009, e AG/RES. 2595 (XL-O/10) de 12 de julho de 2010, e Relatório de Diane Orentlicher, Especialista independente encarregada de atualizar o Conjunto de princípios para a luta contra a impunidade (E/CN.4/2005/102) de 18 de fevereiro de 2005. No mesmo sentido, a antiga Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, no Conjunto de Princípios atualizados para a proteção e a promoção dos direitos humanos mediante a luta contra a impunidade de 2005, estabeleceu, *inter alia*, que: a) cada povo tem o direito inalienável de conhecer a verdade sobre os acontecimentos sucedidos no passado em relação à perpetração de crimes aberrantes (princípio 2); b) o Estado deve preservar os arquivos e outras provas relativas a violações de direitos humanos e facilitar o conhecimento de tais violações, como medida encaminhada a preservar do esquecimento a memória coletiva e, em particular, evitar que surjam teses revisionistas e negacionistas (princípio 3); c) independentemente das ações que possam interpor perante a justiça, as vítimas e suas famílias têm o direito imprescritível de conhecer a verdade acerca das circunstâncias nas quais se cometeram as violações e, em caso de falecimento ou desaparecimento, acerca do destino da vítima (princípio 4), e d) incumbe aos Estados adotar as medidas adequadas, incluídas as medidas necessárias para garantir o funcionamento independente e eficaz do poder judicial, para fazer efetivo o direito a saber. As medidas apropriadas para assegurar esse direito podem incluir processos não judiciais que complementem a função do poder judicial. Em todo caso, os Estados devem garantir a apresentação de arquivos relativos a violações de direitos humanos e a possibilidade de consultá-los. Cf. Conjunto de Princípios atualizados para a proteção e a promoção dos direitos humanos mediante a luta contra a impunidade (E/CN.4/2005/102/Add.1), de 8 de fevereiro de 2005.

³⁰⁴ *Caso Velásquez Rodríguez. Mérito*, nota 25 *supra*, par. 181.

³⁰⁵ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez. Mérito*, nota 25 *supra*, par. 181; *Caso Kawas Fernández*, nota 188 *supra*, par. 117, e *Caso Anzualdo Castro*, nota 122 *supra*, par. 118.

³⁰⁶ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez. Mérito*, nota 25 *supra*, par. 181; *Caso Kawas Fernández*, nota 188 *supra*, par. 117, e *Caso Anzualdo Castro*, nota 122 *supra*, par. 118.

³⁰⁷ Cf. *Caso Myrna Mack Chang*, nota 302 *supra*, par. 180; *Caso Tiu Tojín versus Guatemala. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 26 de novembro de 2008. Série C nº 190, par. 77, e *Caso Radilla Pacheco* nota 24 *supra*, par. 258.

³⁰⁸ Cf. *Caso Myrna Mack Chang*, nota 302 *supra*, par. 181.

tampouco pode ficar sujeita à sua discricionariedade a decisão final sobre a existência da documentação solicitada.

D. Ações judiciais e acesso à informação

203. A Corte pode pronunciar-se a respeito da atuação estatal referente à entrega de informação somente por fatos ocorridos após 10 de dezembro de 1998, data a partir da qual este Tribunal tem competência sobre alegadas violações à Convenção atribuídas ao Brasil (par. 18 *supra*).

1. Ação Ordinária nº 82.0024682-5

204. Ao iniciar-se a competência temporal deste Tribunal, em 10 de dezembro de 1998, após 16 anos, o procedimento da Ação Ordinária se encontrava em trâmite (pars. 188 a 191 *supra*). Nesse contexto, em 9 de abril de 1999, o Estado, por meio da Advocacia-Geral da União, apresentou um escrito no qual indicou que, como consequência de uma nova orientação empreendida a partir da consolidação do regime democrático, havia sido promulgada a Lei nº 9.140/95, a qual reconheceu como mortas as pessoas desaparecidas no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979 e criou a Comissão Especial que tinha, entre outras funções, a de realizar todos os esforços para localizar os corpos das pessoas desaparecidas. Indicou, ademais, que “restando comprovados [...] os esforços empreendidos pelo Governo Federal, através da Comissão Especial [...], não se concebe como plausível a existência de qualquer motivo para que a União, caso dispusesse realmente das informações necessárias à localização das sepulturas, se omitisse diante de um direito natural e inquestionável dos autores”. Igualmente considerou que, “não havendo qualquer mínima prova razoável da existência de um suposto ‘relatório da [G]uerrilha do Araguaia’, apresenta-se a União absolutamente impossibilitada de atender ao respeitável despacho, [...] que solicitou o encaminhamento do mencionado documento, que [...] não se sabe, nem mesmo, se um dia chegou realmente a existir”.³⁰⁹ Concluiu que não se justificava a Ação Ordinária interposta, já que as pretensões dos autores haviam sido atendidas com o reconhecimento das mortes e a consequente emissão dos certificados de óbito, com base na Lei nº 9.140/1995, e que a única prestação específica que permaneceria pendente, a localização das sepulturas, seria materialmente impossível em vista dos trabalhos realizados no marco da referida lei.³¹⁰

205. Em sua sentença de 30 de junho de 2003, a Primeira Vara Federal indicou que “todavia não há que se falar em perda do objeto da presente ação em

³⁰⁹ Escrito da União, de 9 de abril de 1999, dirigido à Primeira Vara Federal (expediente de anexos à demanda, tomo I, folha 120).

³¹⁰ A Primeira Vara Federal emitiu uma sentença em 15 de março de 2000, na qual denegou o pedido da União realizado em seu escrito de 9 de abril de 1999 e indicou que “havendo sido requerido o mencionado relatório [...] a autoridade não atendeu a ordem, alegando que os [documentos] já estavam em [p]oder da P.G.R. Assim, o então Ministro do Exército não negou a existência do relatório, como o fez a União”; e com base nisso, outorgou um prazo de 30 dias à União para que apresentasse o relatório, *cfr.* Decisão da Primeira Vara Federal de 15 de março de 2000 (expediente de anexos à demanda, tomo I, anexo 19, folha 126).

relação àqueles que foram contemplados pelo procedimento da Lei nº 9.140/95",³¹¹ já que "o procedimento administrativo instaurado [por esta lei] não é capaz de satisfazer a pretensão dos autores, pois cuida-se de uma postulação muito mais abrangente, que abarca direitos fundamentalíssimos, como o direito à verdade ou o direito à proteção da família ou o direito a prestar aos extintos o culto de tradição, oferecendo-lhes digna morada eterna".³¹² Acrescentou que os dados com que se contava até o momento "corroboram as informações trazidas aos autos pelos autores, dão respaldo a suas alegações, confirmam suas inquietações. Vários são os testemunhos da existência da [G]uerrilha e do massacre dos guerrilheiros, não há como ignorar essa realidade".³¹³

206. Igualmente, na mesma sentença, a Juíza ressaltou que não cabe negar a importância histórica dos fatos do caso e que "tempos como aqueles, de [...] violação sistemática de direitos fundamentais, não devem ser esquecidos ou ignorados".³¹⁴ Indicou que "a informação prestada pela [União] é o que permitirá o acesso dos [a]utores aos restos mortais de seus familiares" e que, "se o aparato estatal agir de maneira que violações de direitos humanos fiquem impunes e não se restabeleça a vítima (na medida do possível) na plenitude de seus direitos, o Estado viola suas obrigações convencionais no plano internacional".³¹⁵ Ressaltou que os fatos citados na Ação Ordinária constituem "gravíssimas violações de direitos humanos" e, aplicando jurisprudência deste Tribunal, determinou que a verdade sobre o ocorrido deveria ser relatada aos familiares de maneira pormenorizada, já que era seu direito saber o que realmente ocorreu.³¹⁶ Como consequência do anterior, a Juíza Federal de Primeira Instância solicitou à União que suspendesse o sigilo e entregasse todas as informações relativas à totalidade das operações militares relacionadas com a Guerrilha.³¹⁷

207. Em 27 de agosto de 2003, o Estado Federal, por meio da Advocacia-Geral da União, interpôs uma apelação contra a referida decisão, na qual, *inter alia*, questionou o levantamento do sigilo dessas informações e reiterou que o pedido dos autores estava sendo atendido mediante a Lei nº 9.140/1995.³¹⁸ Informou também que a Comissão Especial, no marco de aplicação da referida lei, "requisitou e recolheu documentos e informações provenientes das Forças Armadas e de outros órgãos públicos, além de ter realizado missões na Região do Araguaia para levantamento de informações e busca de restos mortais das pessoas desaparecidas".³¹⁹

208. Em resposta a esse recurso, em 2 de dezembro de 2004, o Tribunal Regional Federal da Primeira Região reconheceu a existência de "inúmeras evasivas

³¹¹ Sentença da Primeira Vara Federal, de 30 de junho de 2003, nota 267 *supra*, folha 164.

³¹² Sentença da Primeira Vara Federal, de 30 de junho de 2003, nota 267 *supra*, folha 146.

³¹³ Sentença da Primeira Vara Federal, de 30 de junho de 2003, nota 267 *supra*, folha 144.

³¹⁴ Sentença da Primeira Vara Federal, de 30 de junho de 2003, nota 267 *supra*, folha 144.

³¹⁵ Sentença da Primeira Vara Federal, de 30 de junho de 2003, nota 267 *supra*, folha 145 e 149.

³¹⁶ Cf. Sentença da Primeira Vara Federal, de 30 de junho de 2003, nota 267 *supra*, folha 152 e 162.

³¹⁷ Cf. Sentença da Primeira Vara Federal, de 30 de junho de 2003, nota 267 *supra*, folha 178.

³¹⁸ Cf. Recurso de Apelação Parcial de 27 de agosto de 2003, nota 268 *supra*, folha 195.

³¹⁹ Recurso de Apelação Parcial de 27 de agosto de 2003, nota 268 *supra*, folha 194.

das autoridades responsáveis pelas informações judicialmente solicitadas ao longo do processo” e considerou “acertada [...] a solução adotada pela [Primeira Vara Federal], quando busca o amplo acesso a todos os dados relacionados com o evento histórico, como forma de viabilizar a localização dos despojos dos desaparecidos políticos, cujos parentes constam do pólo ativo desta ação”. Concluiu que tal informação não necessariamente deve ser liberada de qualquer tipo de sigilo, mas que ela deve ser acessível aos familiares que a solicitaram.³²⁰

209. Em julho de 2009, a Advocacia da União aportou ao procedimento da Ação Ordinária informações sobre a Guerrilha do Araguaia, constantes de arquivos de diversas repartições estatais, em cumprimento à sentença proferida nesse procedimento (par. 192 *supra*).

210. Da informação anterior, desprende-se que, em que pese o Estado ter alegado a implantação dos mecanismos estabelecidos na Lei nº 9.140/1995, através dos quais, *inter alia*, haviam sido declarados mortos os desaparecidos na época da Guerrilha e havia iniciado a busca de seus restos, o certo é que essas atuações não atendiam aos requerimentos judiciais que lhe haviam sido formulados no marco da Ação Ordinária. Do mesmo modo, a Advocacia da União manifestou, durante o procedimento, a falta de prova sobre a existência de informação sobre a Guerrilha do Araguaia, como justificativa de sua impossibilidade de cumprir o solicitado, apesar de que, em 2009, aportou numerosa documentação obtida de diversas fontes em diferentes períodos (pars. 192 e 209 *supra*). Chama a atenção do Tribunal que o Estado não tivesse procedido à entrega de toda a informação sob sua tutela quando lhe foi solicitada dentro do procedimento da Ação Ordinária,³²¹ máxime quando a Primeira Vara Federal lhe havia indicado que o objeto de tal ação não podia ser

³²⁰ Cf. Sentença do Tribunal Regional Federal, publicada em 14 de dezembro de 2004, nota 269 *supra*, folhas 247, 248 e 252.

³²¹ Além dos diferentes documentos e informações recolhidas, entre outros organismos, pela Comissão Especial e a Comissão Interministerial, do acervo probatório existente no presente caso, se evidenciam outras fontes de documentação relacionadas com a Guerrilha; por exemplo, o Ministério da Defesa, em seu relatório oficial sobre a Guerrilha do Araguaia indicou que em 1993 “foram enviados ao Ministério da Justiça três relatórios elaborados pelo Exército, Marinha e Força Aérea, os quais compilaram as informações disponíveis em relação a cada um dos desaparecidos no marco dessas Forças, entre eles os desaparecidos da Guerrilha do Araguaia”, Ministério da Defesa “*Informações sobre a Guerrilha do Araguaia*”, nota 81 *supra*. Do mesmo modo, em 2006, a Marinha informou ao Ministro de Defesa que após “a realização de [outra] investigação no arquivo documental sob custódia [daquele] Comando, não [foram] encontrados documentos secretos que tenham sido produzidos ou [arquivados na época da Guerrilha]”, o qual, indicou, “pode[m] ser resultado do fato que os dados então existentes nos arquivos desta instituição foram enviados ao Ministério de Justiça, mediante a Nota nº 24, de 5 de fevereiro de 1993, do então Ministro da Marinha, fatos incluídos no Relatório da Comissão de Mortos e Desaparecidos Políticos, elaborado pelo Ministério de Justiça em 2001”, ofício da Marinha do Brasil dirigido ao Ministro de Estado da Defesa em 15 de março de 2006 (expediente de anexos às alegações finais escritos do Estado, anexo 24, folha 9168). No relatório de 10 de julho de 2009, apresentado pela União ao procedimento da Ação Ordinária se indica que “[e]m atenção às deliberações da Comissão Interministerial, as Forças Armadas elaboraram relatórios baseados em rigorosos procedimentos de investigação iniciados para recolher informações sobre a Guerrilha do Araguaia e sobre os possíveis locais de enterro dos desaparecidos políticos que dela participaram [...]”; no mesmo sentido, “em 8 março de 2007 apresentou o Relatório Final da Comissão Interministerial [que inclui] especialmente [...] os relatórios das Forças Armadas elaborados em 1993 [...]”, escrito da Advocacia-Geral da União de 10 de julho de 2009, nota 274 *supra*, folhas 3230 e 3233.

alcançado com as atividades realizadas pelo Estado, em aplicação da referida Lei, já que estava em jogo, entre outros, o direito dos familiares das vítimas de aceder à informação. No mesmo sentido, a Corte destaca que, tendo o Estado indicado que, através da Comissão Especial, haviam sido coletados documentos e informações sobre a Guerrilha do Araguaia (par. 207 *supra*), não entregou informação ao Juiz da Ação Ordinária senão em 2009.

211. A critério deste Tribunal, o Estado não pode amparar-se na falta de prova da existência dos documentos solicitados. Ao contrário, deve fundamentar a negativa a prestar a informação, demonstrando que adotou todas as medidas a seu alcance para comprovar que, efetivamente, a informação solicitada não existia. É essencial que, para garantir o direito à informação, os poderes públicos atuem de boa-fé e realizem diligentemente as ações necessárias para assegurar a efetividade desse direito, especialmente quando se trata de conhecer a verdade do ocorrido, em casos de violações graves de direitos humanos, como os desaparecimentos forçados e a execução extrajudicial do presente caso. Alegar, ante um procedimento judicial, como o aqui analisado, a falta de prova sobre a existência de certa informação, sem haver indicado ao menos quais foram as diligências realizadas para confirmar ou não sua existência, possibilita a atuação discricionária e arbitrária do Estado de facilitar ou não determinada informação, gerando com isso insegurança jurídica a respeito do exercício desse direito. Cabe destacar que a Primeira Vara Federal ordenou à União, em 30 de junho de 2003, a entrega dos documentos em um prazo de 120 dias. Apesar disso, passaram-se seis anos, durante os quais a União interpôs vários recursos até que esta entrega se fez efetiva, o que resultou na vulnerabilidade dos familiares das vítimas e afetou seu direito de receber informação e de conhecer a verdade sobre o ocorrido.

212. Com fundamento nas considerações precedentes, a Corte conclui que o Estado violou o direito a buscar e a receber informação consagrado no artigo 13 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1, 8.1 e 25 do mesmo instrumento, em prejuízo dos senhores e senhoras Julia Gomes Lund; Maria Leonor Pereira Marques; Antonio Pereira de Santana; Elza Pereira Coqueiro; Alzira Costa Reis; Victória Lavínia Grabois Olímpio; Roberto Valadão; Julieta Petit da Silva; Aminthas Aranha (ou Aminthas Rodrigues Pereira); Zélia Eustáquio Fonseca; Acary Vieira de Souza Garlippe; Luiza Monteiro Teixeira, e Elza da Conceição de Oliveira (ou Elza Conceição Bastos).

213. Por outra parte, o Tribunal conta com informação de que quatro familiares indicados como supostas vítimas que interpuseram a Ação Ordinária faleceram antes de 10 de dezembro de 1998. A respeito dessas pessoas, o Tribunal não fará nenhuma declaração de responsabilidade estatal devido à regra de competência temporal. Adicionalmente, a Corte conta com informação a qual indica que outros cinco familiares que interpuseram a ação faleceram, apesar de que do acervo probatório não se depreende de maneira conclusiva suas respectivas datas de falecimento. Em relação a essas pessoas, o Tribunal dispôs (par. 181 *supra*) que seus

familiares ou seus representantes legais devem apresentar à Corte, em um prazo de seis meses contados a partir da notificação da presente Sentença, a documentação que comprove que a data de falecimento é posterior a 10 de dezembro de 1998, a efeitos de confirmar sua condição de vítimas no presente caso, em conformidade com os critérios antes expostos.³²²

2. Ação Civil Pública

214. A respeito da Ação Civil Pública (par. 193 *supra*), a Corte observa que a mesma e a Ação Ordinária têm por fim a apresentação de toda a informação relativa às operações militares contra a Guerrilha do Araguaia (pars. 188 e 193 *supra*). Ambas as ações foram decididas em primeira instância e confirmadas por tribunais superiores e, a respeito da Ação Civil Pública, o Estado solicitou ao Supremo Tribunal Federal que desestime seu próprio recurso, ficando pendente sua decisão (par. 186 *supra*).

215. Embora os objetos dessas ações sejam similares, a sentença de primeira instância ditada no procedimento da Ação Civil Pública, e confirmada pelo Tribunal Regional Federal, refere-se à exibição reservada de documentos “em uma audiência secreta”, com a presença exclusiva de representantes do Ministério Público Federal e do Ministério da Defesa, motivo pelo qual não garante o acesso das vítimas a esses documentos. Desse modo, mesmo que eventualmente se chegasse a implementar a decisão do juiz de primeira instância, seu efeito não atenderia aos requisitos do artigo 13 da Convenção Americana.

216. Adicionalmente, o Tribunal observa que, não obstante a falta de uma decisão final sobre a Ação Civil Pública (par. 214 *supra*), o ordenado até o momento está materialmente compreendido nos pontos resolutivos da sentença da Ação Ordinária, de modo que o objeto da sentença da Ação Civil Pública se cumpriria nos autos da Ação Ordinária. Do mesmo modo, trata-se de uma ação que não podia ser interposta pelas vítimas, razão pela qual o Tribunal considera que ela não é adequada para garantir o direito dos familiares a buscar e a receber informação. Por este motivo, não fará considerações adicionais a respeito.

3. Notificação Judicial

217. A Notificação Judicial (par. 194 *supra*) foi apresentada com o objetivo de que as autoridades a quem era dirigida procedessem à desclassificação de documentos sigilosos, que interessavam aos familiares dos mortos e desaparecidos políticos para conhecer a verdade e localizar os restos mortais de seus entes queridos, bem como possibilitar ao Ministério Público Federal o acesso a seu conteúdo para promover as medidas que todavia fossem possíveis para responsabilizar os violadores de direitos humanos durante a ditadura militar.³²³

³²² As pessoas que faleceram antes que o Brasil reconhecesse a competência contenciosa deste Tribunal são Lulita Silveira e Silva, Cyrene Moroni Barroso, Edwin Costa e Walter Pinto Ribas. Por outra parte, as pessoas que se encontram falecidas, e cuja data de óbito não foi precisada são Ermelinda Mazzaferro Bronca, Rosalvo Cipriano de Souza, Helena Pereira dos Santos, Eloá Cunha Brum e Consuelo Ferreira Callado (notas 255 e 256 *supra*).

³²³ Notificação Judicial, nota 286 *supra*, folha 351.

218. A Corte salienta que, a respeito dessa ação, não conta com informação posterior a sua apresentação dentro do acervo probatório. Do mesmo modo, segundo a legislação processual civil do Estado, esse tipo de petição se dirige a um juiz com a finalidade de "prevenir responsabilidade, prover a conservação e ressalva de seus direitos ou manifestar qualquer intenção de modo formal [...], e requerer que do mesmo se intime a quem de direito".³²⁴ Além de representar a notificação formal de uma pretensão, a Corte não conta com elementos suficientes que lhe permitam corroborar os efeitos dessa ação, nem mesmo se ela gera obrigações de agir às autoridades a quem foi dirigida. Com base no exposto, o Tribunal não fará considerações adicionais a esse respeito.

E. Prazo da Ação Ordinária

219. Este Tribunal salientou que o direito de acesso à justiça deve assegurar, em um prazo razoável, o direito das supostas vítimas ou de seus familiares a que se faça todo o necessário para conhecer a verdade do ocorrido e, se for o caso, sancionar os responsáveis.³²⁵ A falta de razoabilidade no prazo de andamento de um processo judicial constitui, em princípio, por si mesma, uma violação das garantias judiciais.³²⁶ A esse respeito, a Corte considerou quatro elementos para determinar a razoabilidade do prazo: a) a complexidade do assunto; b) a atividade processual do interessado; c) a conduta das autoridades judiciais;³²⁷ e d) a afetação provocada na situação jurídica da pessoa implicada no processo.³²⁸

220. A Corte observa que o atraso do andamento e cumprimento da Ação Ordinária não pode ser justificado em razão da complexidade do assunto. Com efeito, no presente caso, a Ação Ordinária tinha como objeto, no que aqui interessa, o acesso a documentos oficiais sobre as operações militares contra a Guerrilha do Araguaia. Quanto ao acesso à informação em poder do Estado, o Tribunal considera que não se trata de uma solicitação de maior complexidade, cuja resposta pudesse justificar uma ampla dilação. A Ação Ordinária foi interposta em 1982 e a sentença de primeira instância foi proferida em 2003, ou seja, 21 anos depois. Por outro lado, desde a prolação dessa decisão até que o Estado iniciasse seu cumprimento, em 2009, transcorreram seis anos.

³²⁴ Artigo 867 do Código de Processo Civil brasileiro indica que essa petição tem por objetivo "prevenir responsabilidade, prover a conservação e ressalva de seus direitos ou manifestar qualquer intenção de modo formal".

³²⁵ Cf. *Caso Bulacio versus Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 18 de setembro de 2003. Série C nº 100, par. 114; *Caso Garibaldi*, nota 18 *supra*, par. 113; e *Caso Do Massacre de Las Dos Erres*, nota 186 *supra*, par. 105.

³²⁶ Cf. *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros versus Trinidad e Tobago*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 21 de junho de 2002. Série C nº 94, par. 145; *Caso Valle Jaramillo e outros versus Colômbia*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de novembro de 2008. Série C nº 192, par. 154, e *Caso Garibaldi*, nota 18 *supra*, par. 133.

³²⁷ Cf. *Caso Genie Lacayo versus Nicarágua*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de janeiro de 1997. Série C nº 30, par. 77; *Caso Radilla Pacheco*, nota 24 *supra*, par. 244, e *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek versus Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de agosto de 2010 Série C nº 214, par. 133.

³²⁸ Cf. *Caso Valle Jaramillo e outros*, nota 326 *supra*, par. 155; *Caso Radilla Pacheco*, nota 24 *supra*, par. 244, e *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek*, nota 327 *supra*, par. 133.

221. Quanto ao segundo dos elementos a serem considerados, a atividade processual dos familiares, é evidente que, em nenhum momento, eles tentaram obstruir o processo judicial nem muito menos protelar qualquer decisão a respeito; pelo contrário, participaram deste processo em diferentes momentos com o propósito de avançar na solução do processo judicial.³²⁹ Portanto, os familiares que interpuuseram a Ação Ordinária em nenhum momento entorpeceram seu andamento.

222. Com respeito à conduta das autoridades nos procedimentos judiciais, em 10 de dezembro de 1998, data em que o Brasil reconheceu a competência do Tribunal, encontrava-se pendente de decisão um recurso do Estado, opondo-se a uma determinação do juiz de primeira instância para que prestasse informações sobre a Guerrilha do Araguaia. Entretanto, logo após uma apelação e outros recursos interpostos pelo Estado, os quais foram rejeitados pelos tribunais superiores (pars. 191, 204 a 208 *supra*), a decisão adquiriu força de coisa julgada em 9 de outubro de 2007 (par. 191 *supra*). Os expedientes tardaram mais de sete meses para retornar, em maio de 2008, ao juiz de primeira instância a fim de iniciar a execução da sentença.³³⁰ Finalmente, apesar dessa decisão firme, a execução da sentença teve início 18 meses depois, em 12 de março de 2009 (par. 191 *supra*). Embora a autoridade judicial tenha ordenado a entrega de documentação, o Estado Federal requerido não a forneceu, com base em distintos argumentos e interpondo numerosos recursos, sendo, finalmente, entregue vários anos depois de solicitada. Com efeito, a Corte observa que, durante o trâmite da Ação Ordinária, o Estado afirmou, em 1999, que “não havia qualquer mínima prova razoável da existência de um suposto ‘relatório da [G]uerrilha do Araguaia’” e, em abril de 2000, o Ministério da Defesa informou sobre a inexistência do referido relatório (par. 191 *supra*), apesar de que, em julho de 2009, a União apresentou numerosa documentação sobre a Guerrilha do Araguaia (pars. 192 e 210 *supra*).

223. Quanto à afetação provocada pela duração do procedimento na situação jurídica das pessoas nele envolvidas, como já o fez em casos anteriores³³¹ o Tribunal não considera necessário analisar este elemento para determinar a razoabilidade ou não do prazo da Ação Ordinária interposta no presente caso.

224. O Tribunal constata que, contado a partir de 10 dezembro de 1998, o lapso de nove anos transcorridos até a data em que a Sentença transitou em julgado, em 9 de outubro de 2007, e de 11 anos até que se ordenou sua execução, em 12 de março de 2009, ultrapassou excessivamente um prazo que pudesse ser considerado razoável.

³²⁹ Cf. *inter alia*: Escrito dos autores em resposta ao recurso da União, remetido em 28 de outubro de 2003 (expediente de anexos ao escrito de solicitações e argumentos, tomo I, anexo 5, folhas 3901 a 3940); escrito de petição de 17 de novembro de 2004 (expediente de anexos ao escrito de solicitações e argumentos, tomo I, anexo 7, folhas 3954 a 3963); escrito dos autores em resposta ao recurso da União remetido em 4 de maio de 2007 (expediente de anexos ao escrito de solicitações e argumentos, tomo I, anexo 19, folhas 4058 a 4072), e escrito dos autores de 8 de julho de 2008 (expediente de anexos ao escrito de solicitações e argumentos, tomo I, anexo 7, folhas 4079 a 3963).

³³⁰ Cf. Informação da Primeira Vara Federal, processo 82.00.24682-5. Disponível em <http://processual.trf1.jus.br>, último acesso em 8 de outubro de 2010.

³³¹ Cf. *Caso Kawas Fernández*, nota 188 *supra*, par. 115, e *Caso Garibaldi*, nota 18 *supra*, par. 138.

225. A Corte Interamericana, por conseguinte, conclui que a Ação Ordinária no presente caso excedeu o prazo razoável e, por esse motivo, o Brasil violou os direitos às garantias judiciais estabelecidos no artigo 8.1 da Convenção Americana, em relação com o artigo 13 e 1.1 do mesmo instrumento, em prejuízo das pessoas determinadas conforme aos parágrafos 212 e 213 da presente Sentença.

F. Marco normativo

226. A Comissão e os representantes se referiram, nos respectivos escritos, à incompatibilidade entre o direito interno e a Convenção Americana no que se refere ao direito à informação. No entanto, não demonstraram concretamente os fatos nos quais o marco normativo fora o fundamento das alegadas restrições ao acesso à informação. Este Tribunal observa que, de todas as normas indicadas pelas partes, somente se aplicou ao caso, no que interessa, a Lei nº 8.159/1991, a qual constituiu a base jurídica utilizada pelos órgãos judiciais para solicitar ao Estado a prestação de informações sobre a Guerrilha do Araguaia no procedimento da Ação Ordinária. O Brasil não baseou a negação de informação sobre a guerrilha em nenhuma restrição estabelecida na lei, mas sim na suposta inexistência dessa informação e na alegada perda do objeto dessa ação, dada a promulgação da Lei nº 9.140/1995.

227. Devido à falta de aplicação, no presente caso, de outras leis e decretos referidos pela Comissão e pelos representantes na Ação Ordinária interposta pelos familiares, o Tribunal não considera necessário realizar uma análise da normativa existente no Brasil sobre o direito de acesso à informação. Sem prejuízo do anterior, o Tribunal observa que o Estado informou sobre o Projeto de Lei nº 5.228/2009, apresentado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional, o qual reformaria substancialmente o marco normativo que regulamenta esse direito. Esse projeto estabelece, *inter alia*, que "não poderá ser negado acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais" e que "as informações ou documentos que versem sobre condutas que impliquem violação dos direitos humanos, praticada por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas, não poderão ser objeto de restrição de acesso".³³² Por sua vez, os representantes se pronunciaram positivamente sobre esse projeto, salientando que este "é bem-vindo" e que se deve agilizar sua aprovação pelo Congresso Nacional.

228. A Corte valoriza a iniciativa do Estado de remeter um projeto de lei com a finalidade de otimizar e fortalecer o marco normativo do direito à liberdade de pensamento e de expressão, estabelecido no artigo 13 da Convenção Americana, em relação com o direito de aceder à informação pública em poder do Estado. O Tribunal considera que os Estados, para garantir adequadamente o direito de buscar e de receber informação pública sob seu controle, devem adotar as medidas necessárias, entre outras, a aprovação de legislação cujo conteúdo seja compatível com o artigo 13 da Convenção Americana e com a jurisprudência deste Tribunal.

³³² Artigo 16 do Projeto de Lei nº 5228/09 que regulamenta o acesso à informação, de 5 de maio de 2009 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo III, anexo 18, folha 366).

Igualmente, esse direito supõe a obrigação do Estado de incorporar ao seu ordenamento jurídico um recurso efetivo e idôneo, que possa ser exercido pelos cidadãos para resolver eventuais controvérsias.

229. Isto posto, o direito de aceder à informação pública em poder do Estado não é um direito absoluto, podendo estar sujeito a restrições. No entanto, estas devem, em primeiro lugar, estar previamente fixadas por lei – no sentido formal e material –, como meio de assegurar que não fiquem ao arbítrio do poder público. Em segundo lugar, as restrições estabelecidas por lei devem responder a um objetivo permitido pelo artigo 13.2 da Convenção Americana, ou seja, devem ser necessárias para assegurar “o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas” ou “a proteção da segurança nacional, da ordem pública, da saúde ou da moral públicas”. As limitações que se imponham devem ser necessárias em uma sociedade democrática e orientadas a satisfazer um interesse público imperativo. Isto implica que, de todas as alternativas, devem ser escolhidas aquelas medidas que restrinjam ou interfiram, na menor medida possível, no efetivo exercício do direito de buscar e de receber a informação.³³³

230. Adicionalmente, para garantir o exercício pleno e efetivo desse direito, é necessário que a legislação e a gestão estatal sejam regidas pelos princípios de boa-fé e de máxima divulgação, de modo que toda a informação em poder do Estado se presuma pública e acessível, submetida a um regime limitado de exceções. Igualmente, toda negação de informação deve ser motivada e fundamentada, correspondendo ao Estado o ônus da prova referente à impossibilidade de revelar a informação e, ante a dúvida ou o vazio legal, deve prevalecer o direito de acesso à informação.³³⁴ Por outro lado, a Corte recorda o indicado sobre a obrigação das autoridades estatais de não se amparar em mecanismos, como o segredo de Estado ou a confidencialidade da informação, em casos de violações de direitos humanos (par. 202 *supra*).

231. Igualmente, a Corte destaca a obrigação de garantir a efetividade de um procedimento adequado para a tramitação e resolução das solicitações de informação, que fixe prazos para resolver e entregar a informação e que se encontre sob a responsabilidade de funcionários devidamente capacitados.³³⁵ Finalmente, ante a recusa de acesso a determinada informação sob seu controle, o Estado deve garantir que exista um recurso judicial simples, rápido e efetivo que permita determinar se houve uma violação do direito de acesso à informação e, se for o caso, ordenar ao órgão correspondente proceda à entrega da mesma.³³⁶

³³³ Cf. *Opinião Consultiva OC-5/85*, nota 294 *supra*, par. 46; *Caso Ricardo Canese versus Paraguai. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de agosto de 2004. Série C nº 111, par. 96, e *Caso Palamara Iribarne versus Chile. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 22 de novembro de 2005. Série C nº 135, par. 85.

³³⁴ Cf. CIDH. *O direito de acesso à informação no marco jurídico interamericano*, Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão, 2010.

³³⁵ Cf. *Caso Claude Reyes*, nota 294 *supra*, par. 163.

³³⁶ Cf. *Caso Claude Reyes*, nota 294 *supra*, par. 137.

X

DIREITO À INTEGRIDADE PESSOAL EM RELAÇÃO À
OBRIGAÇÃO DE RESPEITAR OS DIREITOS

A. Alegações das partes

232. A Comissão alegou que a violação à integridade psíquica e moral dos familiares das vítimas é consequência direta dos desaparecimentos forçados e da certeza da morte da pessoa executada. Os familiares que realizaram as primeiras expedições de busca dos desaparecidos na região reclamam a falta de investigação penal dos fatos, e de esclarecimento das circunstâncias dos desaparecimentos e da execução de seus entes queridos, em virtude da aplicação da Lei de Anistia, assim como de outras normas que impediram o acesso aos documentos oficiais. Os indícios de que, anteriormente à execução, os desaparecidos foram torturados e de que alguns teriam sido decapitados causaram grave dano aos familiares. Do mesmo modo, a respeito da vítima cujos restos foram identificados em 1996, o sofrimento dos familiares foi agravado até que foi reconhecida, e continua na medida em que se desconhecem as circunstâncias da morte e os responsáveis permanecem impunes. A ausência, a falta de justiça e informação, passados mais de 30 anos dos fatos, bem como a omissão das autoridades, provocaram nos familiares um estado de desassossego, intranquilidade, falta de confiança, desesperança, impotência e angústia, vulnerando gravemente sua estabilidade emocional e seu direito à integridade pessoal. Com base no exposto, a Comissão alegou que o Estado violou o direito à integridade pessoal, estabelecido no artigo 5º da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 do mesmo tratado, em prejuízo de determinados familiares das supostas vítimas desaparecidas e daquela executada.

233. Os representantes coincidiram, substancialmente, com as alegações da Comissão, acrescentando que, até a presente data, os familiares não puderam recuperar os restos mortais de seus entes queridos e dar-lhes o devido sepultamento. Somado a isso, a despeito das reclamações e das iniciativas judiciais e administrativas para esclarecer os fatos, há uma recusa sistemática das autoridades a revelar as informações que supostamente contêm os arquivos oficiais em relação aos acontecimentos do presente caso, causando danos à sua integridade psíquica e emocional. Diante do exposto, alegaram que o Estado violou o artigo 5º da Convenção, em relação ao artigo 1.1 do mesmo tratado, em detrimento dos familiares das vítimas.

234. O Estado salientou que desde o início do processo de redemocratização, fez muito para sanar o sofrimento dos familiares das vítimas e para revelar os fatos históricos do período anterior. Também alegou que executou, entre outras, ações para efetuar pagamentos de indenização aos familiares das vítimas, para localizar e identificar os restos mortais das vítimas da repressão e para garantir o direito à memória e à verdade.

B. Considerações da Corte

235. A Corte considerou em numerosos casos que os familiares das vítimas de violações dos direitos humanos podem ser, ao mesmo tempo, vítimas.³³⁷ A esse respeito, este Tribunal considerou que se pode presumir um dano à integridade psíquica e moral dos familiares diretos de vítimas de certas violações de direitos humanos, aplicando uma presunção *juris tantum* a respeito de mães e pais, filhas e filhos, esposos e esposas, companheiros e companheiras permanentes (doravante “familiares diretos”), sempre que corresponda às circunstâncias particulares do caso. No caso desses familiares diretos, cabe ao Estado descaracterizar essa presunção.³³⁸ Nos demais casos, o Tribunal deverá analisar se na prova que consta do expediente se comprova alguma afetação à integridade pessoal da suposta vítima. A respeito das pessoas sobre as quais o Tribunal não presumirá dano à sua integridade pessoal por não serem familiares diretos, a Corte avaliará, por exemplo, se existe um vínculo particularmente estreito entre eles e as vítimas do caso que permita estabelecer uma afetação a sua integridade pessoal e, por conseguinte, uma violação do artigo 5º da Convenção. O Tribunal também poderá avaliar se as supostas vítimas participaram da busca de justiça no caso concreto³³⁹ ou se passaram por sofrimentos próprios, em consequência dos fatos do caso ou em razão das posteriores ações ou omissões das autoridades estatais frente a esses fatos.³⁴⁰

236. Desse modo, o Tribunal presume a violação do direito à integridade pessoal dos familiares diretos de Maria Lúcia Petit da Silva e das pessoas desaparecidas, a respeito de quem o Estado não descaracterizou essa presunção nem realizou menções específicas.³⁴¹

237. Quanto aos irmãos e a outros familiares indicados pela Comissão no seu relatório do artigo 50 e no escrito da demanda,³⁴² a Corte observa que, conforme sua

³³⁷ Cf. *Caso Castillo Páez versus Peru. Mérito*. Sentença de 3 de novembro de 1997. Série C nº 34, Ponto Resolutivo Quarto; *Caso Chitay Nech e outros*, nota 25 *supra*, par. 220; e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña* nota 24 *supra*, par. 126.

³³⁸ Cf. *Caso Valle Jaramillo e outros*, nota 326 *supra*, par. 119; *Caso Chitay Nech e outros versus Guatemala*, nota 25 *supra*, par. 220; e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, nota 24 *supra*, par. 127.

³³⁹ Cf. *Caso Bámaca Velásquez. Mérito*. Sentença de 25 de novembro de 2000. Série C nº 70, par. 63; *Caso Kwas Fernández*, nota 188 *supra*, par. 129; e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, nota 24 *supra*, par. 127.

³⁴⁰ Cf. *Caso Blake versus Guatemala. Mérito*. Sentença de 24 de janeiro de 1998. Série C No 36, par. 114; *Caso Manuel Cepeda Vargas*, nota 18 *supra*, par. 195; e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, nota 24 *supra*, par. 127.

³⁴¹ Os familiares diretos considerados vítimas, para efeitos deste caso, são os senhores e as senhoras Zélia Eustáquio Fonseca, Alzira Costa Reis, Victória Lavínia Graboís Olímpio, Criméia Alice Schmidt de Almeida, João Carlos Schmidt de Almeida, Luiza Monteiro Teixeira, João Lino da Costa, Benedita Pinto Castro, Odila Mendes Pereira, José Pereira, Luiza Gurjão Farias, Junília Soares Santana, Antonio Pereira de Santana, Elza da Conceição Oliveira (ou Elza Conceição Bastos), Viriato Augusto Oliveira, Maria Gomes dos Santos, Rosa Cabello Maria (ou Rosa Olímpio Cabello), Igor Graboís Olímpio, Julia Gomes Lund, Carmem Navarro, Gerson Menezes Magalhães, Aminthas Aranha (ou Aminthas Rodrigues Pereira), Julieta Petit da Silva, Ilma Hass, Osoria Calatrone, Clotildio Calatrone, Isaura de Souza Patrício, Joaquim Patrício, Elena Gibertini Castiglia, Jardimilina Santos Moura, Joaquim Moura Paulino, José Vieira de Almeida, Acary V. de S. Garlippe, Dora Graboís, Agostim Graboís, Rosana Moura Momente, Maria Leonor Pereira Marques, Otília Mendes Rodrigues, Francisco Alves Rodrigues, Celeste Durval Cordeiro, Luiz Durval Cordeiro, Aidinalva Dantas Batista, Elza Pereira Coqueiro e Odete Afonso Costa.

³⁴² Os familiares não diretos corretamente indicados pela Comissão são os senhores e as senhoras Angela Harkavy, José Dalmo Ribeiro Ribas, Maria Eliana de Castro Pinheiro, Roberto Valadão, Diva Soares Santana, Getúlio Soares Santana, Dilma Santana Miranda, Dinorá Santana Rodrigues, Dirceneide Soares Santana,

jurisprudência, não são considerados familiares diretos, razão pela qual não se pode presumir uma afetação à sua integridade nos termos do artigo 5.1 da Convenção Americana. Consequentemente, o Tribunal deve valorar a prova aportada para tal efeito.³⁴³

238. Com base nas declarações testemunhais, no parecer pericial e em outros documentos que constam do expediente, o Tribunal considera demonstrado que, a respeito dos familiares não diretos, ocorreu alguma ou várias das seguintes circunstâncias: a) entre eles e as vítimas desaparecidas existia um estreito vínculo, inclusive, em alguns casos, essas pessoas, juntamente com os pais e demais irmãos, constituíam um só núcleo familiar;³⁴⁴ b) engajaram-se em diversas ações, tais como a busca de justiça ou de informação sobre seu paradeiro, mediante iniciativas individuais ou formando diferentes grupos, participando em expedições de investigação aos lugares dos fatos, ou na interposição de procedimentos perante a jurisdição interna ou internacional;³⁴⁵ c) o desaparecimento de seus irmãos provocou

Terezinha Souza Amorim, Aldo Creder Corrêa, Helenalda Resende de Souza Nazareth, Laura Petit da Silva, Clovis Petit de Oliveira, Lorena Moroni Girão Barroso, Breno Moroni Girão, Ciro Moroni Girão, Sônia Maria Haas, Elizabeth Silveira e Silva, Maristella Nurchis, Valeria Costa Couto, Helenice Resende de Souza Nazareth, Helenilda Resende de Souza Nazareth, Helenoira Resende de Souza Nazareth, Wladimir Neves da Rocha Castiglia, Luiz Carlos Silveira e Silva e Luiz Paulo Silveira e Silva. Não obstante o fato de a senhora Heleneide Resende de Souza Nazareth ter sido indicada como suposta vítima pela Comissão, a Corte observa que no expediente consta informação de que seu falecimento ocorreu na década de 1980 (nota 256 *supra*).

³⁴³ Cf. *Caso Kwas Fernández*, nota 188 *supra*, par. 135.

³⁴⁴ Cf. Declaração rendida pela senhora Laura Petit da Silva na audiência pública realizada em 20 de maio de 2010; declaração rendida pela senhora Elizabeth Silveira e Silva na audiência pública realizada em 20 de maio de 2010, na qual se referiu também a seus irmãos; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Diva Soares Santana, em 10 de abril de 2010 (expediente de mérito, tomo IV, folha 1531); declaração rendida perante agente dotado de fé pública pelo senhor Aldo Creder Corrêa, (expediente de mérito, tomo IV, folha 1599 e 1604); declaração rendida perante agente dotado de fé pública pelo senhor Clovis Petit de Oliveira, em 12 de abril de 2010 (expediente de mérito, tomo IV, folhas 1609, 1615 e 1621); declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Dilma Santana Miranda (expediente de mérito, tomo IV, folha 1628); declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Dinorá Santana Rodrigues (expediente de mérito, tomo IV, folha 1632); declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Dirceneide Soares Santana (expediente de mérito, tomo IV, folha 1642); declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Helenalda Resende de Souza Nazareth, na qual se referiu também a suas irmãs (expediente de mérito, tomo IV, folha 1651); declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Lorena Moroni Girão Barroso, na qual se referiu também a seus irmãos (expediente de mérito, tomo IV, folha 1667); declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Maria Eliana de Castro Pinheiro (expediente de mérito, tomo IV, folha 1681); declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Maristella Nurchis (expediente de mérito, tomo IV, folha 1685); declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Sônia Maria Haas (expediente de mérito, tomo IV, folha 1704); declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Terezinha Souza Amorim (expediente de mérito, tomo IV, folhas 1714 e 1715), e depoimento prestado perante tabelião público pela senhora Valéria Costa Couto (expediente de mérito, tomo IV, folha 1722).

³⁴⁵ Cf. Declaração rendida pela senhora Laura Petit da Silva na audiência pública, nota 344 *supra*; declaração rendida pela senhora Elizabeth Silveira e Silva na audiência pública, nota 344 *supra*; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Diva Soares Santana, nota 344 *supra*, folhas 1535 a 1538; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pelo senhor Aldo Creder Corrêa, nota 344 *supra*, folhas 1601, 1602 e 1606; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pelo senhor Clovis Petit de Oliveira, nota 344 *supra*, folha 1612 e 1618; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Dinorá Santana Rodrigues, nota 344 *supra*, folha 1634; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Dirceneide Soares Santana, nota 344 *supra*, folha 1643; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pelo senhor José Dalmo

sequelas físicas e emocionais;³⁴⁶ d) os fatos afetaram suas relações sociais, além de terem causado uma ruptura na dinâmica familiar;³⁴⁷ e) os danos experimentados foram agravados pelas omissões do Estado, diante da falta de informação e investigação sobre os fatos e a negação de acesso aos arquivos do Estado,³⁴⁸ e f) a

Ribeiro Ribas (expediente de mérito, tomo IV, folha 1662); declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Lorena Moroni Girão Barroso, nota 344 *supra*, folhas 1672 e 1673; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Elena Gibertini Castiglia, na qual se referiu a seu neto (expediente de mérito, tomo IV, folha 1645); declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Maria Eliana de Castro Pinheiro, nota 344 *supra*, folha 1682; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Sônia Maria Haas, nota 344 *supra*, folhas 1705 e 1708 a 1711; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Terezinha Souza Amorim, nota 346 *supra*, folhas 1715, e declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Valéria Costa Couto, nota 344 *supra*, folha 1725. Angela Harkavy participou como peticionária do caso perante a Comissão Interamericana a partir de 10 de dezembro de 1997, mantendo esta qualidade durante todo o trâmite e o senhor Roberto Valadão foi peticionário na Ação Ordinária 82.0024682-5, mantendo esta qualidade até o presente.

³⁴⁶ Cf. Declaração rendida pela senhora Laura Petit da Silva na audiência pública, nota 344 *supra*; declaração rendida pela senhora Elizabeth Silveira e Silva na audiência pública, na qual se referiu também a seus irmãos, nota 344 *supra*; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Diva Soares Santana, nota 344 *supra*, folha 1533; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pelo senhor Clovis Petit de Oliveira, nota 344 *supra*, folha 1612; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pelo senhor Aldo Creder Corrêa, nota 344 *supra*, folhas 1602, 1603 e 1605; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Dinorá Santana Rodrigues, nota 346 *supra*, folha 1634; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Dirceneide Soares Santana, nota 346 *supra*, folha 1643; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Helenalda Resende de Souza Nazareth, nota 344 *supra*, folhas 1652 a 1654; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Lorena Moroni Girão Barroso, nota 344 *supra*, folhas 1670, 1671 e 1674; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Maria Eliana de Castro Pinheiro, nota 344 *supra*, folha 1682; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Sônia Maria Haas, nota 344 *supra*, folhas 1706 e 1708; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Terezinha Souza Amorim, nota 346 *supra*, folhas 1715, e declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Valéria Costa Couto, nota 344 *supra*, folha 1726.

³⁴⁷ Cf. Declaração rendida pela senhora Laura Petit da Silva na audiência pública, nota 344 *supra*; declaração rendida pela senhora Elizabeth Silveira e Silva na audiência pública, nota 344 *supra*; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Diva Soares Santana, nota 344 *supra*, folha 1532; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pelo senhor Aldo Creder Corrêa, nota 344 *supra*, folhas 1601 e 1603; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pelo senhor Clovis Petit de Oliveira, nota 344 *supra*, folhas 1613 e 1616; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Dirlma Santana Miranda, nota 344 *supra*, folha 1630; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Dirceneide Soares Santana, nota 344 *supra*, folha 1643; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Lorena Moroni Girão Barroso, nota 344 *supra*, folhas 1674; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Maria Eliana de Castro Pinheiro, nota 344 *supra*, folha 1682; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Sônia Maria Haas, nota 344 *supra*, folhas 1682; e declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Valéria Costa Couto, nota 344 *supra*, folha 1724.

³⁴⁸ Cf. Declaração rendida pela senhora Laura Petit da Silva na audiência pública, nota 344 *supra*; declaração rendida pela senhora Elizabeth Silveira e Silva na audiência pública, nota 344 *supra*; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Diva Soares Santana, nota 344 *supra*, folha 1603; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pelo senhor Clovis Petit de Oliveira, nota 344 *supra*, folhas 1613 e 1614; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Dinorá Santana Rodrigues na qual indica também o sofrimento da família pela falta esclarecimento dos fatos por parte do Estado, nota 344 *supra*, folha 1634; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Dirceneide Soares Santana, nota 344 *supra*, folha 1643; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Helenalda Resende de Souza Nazareth, nota 344 *supra*, folha 1654; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pelo senhor José Dalmo Ribeiro Ribas, nota 345 *supra*, folha 1663; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Lorena Moroni Girão Barroso, nota 344 *supra*, folha 1675; declaração rendida perante agente dotado de fé

falta de determinação do paradeiro de seus irmãos manteve latente a esperança de encontrá-los, ou ainda, a falta de identificação de seus restos mortais impediu a eles e suas famílias de sepultá-los dignamente, alterando desse modo seu processo de luto e perpetuando o sofrimento e a incerteza.³⁴⁹

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.³⁵⁰ 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",³⁵¹ 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.³⁵²

240. A esse respeito, a Corte lembra que, conforme sua jurisprudência, a privação do acesso à verdade dos fatos sobre o destino de um desaparecido constitui uma forma de tratamento cruel e desumano para os familiares próximos.³⁵³ Ademais, o Tribunal estabeleceu que o esclarecimento do paradeiro final da vítima desaparecida permite aos familiares aliviar a angústia e o sofrimento causados pela incerteza a respeito do destino do familiar desaparecido.³⁵⁴

pública pela senhora Maria Eliana de Castro Pinheiro, nota 344 *supra*, folha 1682; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Sônia Maria Haas, nota 344 *supra*, folhas 1710 a 1712; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Maristella Nurchis, nota 344 *supra*, folha 1685; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Terezinha Souza Amorim, nota 344 *supra*, folha 1715, e o senhor Roberto Valadão foi peticionário da Ação Ordinária nº 82.0024682-5, mantendo esta qualidade até o presente, nota 345 *supra*.

³⁴⁹ Cf. Declaração rendida pela senhora Laura Petit da Silva na audiência pública, nota 344 *supra*; declaração rendida pela senhora Elizabeth Silveira e Silva na audiência pública, nota 344 *supra*; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Diva Soares Santana, nota 344 *supra*, folha 1533; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pelo senhor Clovis Petit de Oliveira, nota 344 *supra*, folha 1613; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Dilma Santana Miranda, nota 344 *supra*, folha 1630; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Helenalda Resende de Souza Nazareth, nota 344 *supra*, folha 1654; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Lorena Moroni Girão Barroso, nota 344 *supra*, folha 1675; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Maria Eliana de Castro Pinheiro, nota 344 *supra*, folha 1682; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Sônia Maria Haas, nota 344 *supra*, folha 1707; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Terezinha Souza Amorim, nota 344 *supra*, folha 1715; declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Maristella Nurchis, nota 344 *supra*, folha 1685, e declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Valéria Costa de Couto, nota 344 *supra*, folhas 1725 e 1726.

³⁵⁰ Cf. Declarações rendidas pelas supostas vítimas indicadas e laudo pericial do psicológico rendido pelo senhor Paulo César Endo de 16 de abril de 2010 (expediente de mérito, tomo V, folhas 2262 a 2283).

³⁵¹ Laudo pericial psicológico rendido pelo senhor Paulo César Endo, nota 350 *supra*, folha 2273.

³⁵² Laudo pericial psicológico rendido pelo senhor Paulo César Endo, nota 350 *supra*, folhas 2271 e 2272.

³⁵³ Cf. *Caso Trujillo Oroza versus Bolívia. Reparações e Custas*. Sentença de 27 de fevereiro de 2002. Série C nº 92, par. 114; *Caso Chitay Nech e outros*, nota 25 *supra*, par. 221, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, nota 24 *supra*, par. 130.

³⁵⁴ Cf. *Caso Ticona Estrada e outros*, nota 187 *supra*, par. 155, e *Caso Chitay Nech e outros*, nota 25 *supra*, par. 222.

241. Adicionalmente, a Corte considera que a violação do direito à integridade dos familiares das vítimas se deve também à falta de investigações efetivas para o esclarecimento dos fatos, à falta de iniciativas para sancionar os responsáveis, à falta de informação a respeito dos fatos e, em geral, a respeito da impunidade em que permanece o caso, que neles provocou sentimentos de frustração, impotência e angústia.³⁵⁵ Em particular, em casos que envolvem o desaparecimento forçado de pessoas, é possível entender que a violação do direito à integridade psíquica e moral dos familiares da vítima é consequência direta desse fenômeno que lhes causa um grave sofrimento, o qual pode aumentar, entre outros fatores, em razão da constante negativa por parte das autoridades estatais de prestar informação acerca do paradeiro das vítimas ou de iniciar uma investigação eficaz para lograr o esclarecimento do ocorrido.³⁵⁶

242. A Corte considera que a incerteza e a ausência de informação por parte do Estado acerca dos acontecimentos, o que em grande medida perdura até a presente data, constituiu para os familiares uma fonte de sofrimento e angústia, além de ter provocado neles um sentimento de insegurança, frustração e impotência diante da abstenção das autoridades públicas de investigar os fatos.³⁵⁷ Igualmente, o Tribunal mencionou que, em face de atos de desaparecimento forçado de pessoas, o Estado tem a obrigação de garantir o direito à integridade pessoal dos familiares também por meio de investigações efetivas. Essas afetações, integralmente compreendidas na complexidade do desaparecimento forçado, subsistirão enquanto persistam os fatores de impunidade verificados.³⁵⁸

243. Consequentemente, sem deixar de valorar as iniciativas conduzidas pelo Estado mediante a Lei nº 9.140/1995, as indenizações pagas a alguns dos familiares das vítimas³⁵⁹ e os avanços realizados pela Comissão Especial, entre outras, o Tribunal considera que o Estado violou o direito à integridade pessoal, estabelecido no artigo 5º da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento das seguintes pessoas: Zélia Eustáquio Fonseca (mãe); Alzira Costa Reis³⁶⁰ (mãe e esposa); Victória Lavínia Graboís Olímpio³⁶¹ (filha e esposa); Criméia

³⁵⁵ Cf. Declarações rendidas pelas supostas vítimas indicadas e laudo pericial rendido pelo senhor Paulo César Endo, nota 350 *supra*, folhas 2262 e 2283.

³⁵⁶ Cf. *Caso Blake. Mérito*, nota 340 *supra*, par. 114; *Caso Chitay Nech e outros*, nota 25 *supra*, par. 220, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, nota 24 *supra*, par. 126.

³⁵⁷ Cf. *Caso Blake. Mérito*, nota 340 *supra*, par. 114; *Caso Heliodoro Portugal*, nota 23 *supra*, par. 174, e *Caso Kawas Fernández*, nota 188 *supra*, par. 139.

³⁵⁸ Cf. *Caso Goiburú e outros*, nota 130 *supra*, par. 103; *Caso Radilla Pacheco*, nota 24 *supra*, par. 172, e *Chitay Nech e outros*, nota 25 *supra*, par. 226.

³⁵⁹ Cf. Declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Valéria Costa Couto, nota 346 *supra*, folha 1726; Declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Maristella Nurchis, nota 344 *supra*, folha 1686; Declaração rendida perante agente dotado de fé pública pelo senhor João Carlos Schmidt de Almeida Graboís (expediente de mérito, tomo IV, folha 1657), e Declaração rendida perante agente dotado de fé pública pela senhora Rosana de Moura Momente (expediente de mérito, tomo IV, folha 1690).

³⁶⁰ A senhora Alzira Costa Reis é também esposa e mãe de dois desaparecidos da Guerrilha do Araguaia; os senhores Maurício Graboís e André Graboís; respectivamente.

³⁶¹ A senhora Victória Lavínia Graboís Olímpio é também irmã de um dos desaparecidos da Guerrilha do Araguaia; o senhor André Graboís.

Alice Schmidt de Almeida (companheira) e João Carlos Schmidt de Almeida (filho); Luiza Monteiro Teixeira (mãe); João Lino da Costa (pai); Benedita Pinto Castro (mãe); Odila Mendes Pereira (mãe) e José Pereira (pai); Luiza Gurjão Farias³⁶² (mãe); Junília Soares Santana (mãe) e Antonio Pereira de Santana (pai); Elza da Conceição Oliveira (ou Elza Conceição Bastos) (mãe) e Viriato Augusto Oliveira (pai); Maria Gomes dos Santos (mãe); Rosa Cabello Maria (ou Rosa Olímpio Cabello) (mãe); Igor Graboís Olímpio³⁶³ (filho); Julia Gomes Lund (mãe); Carmem Navarro (mãe) e Gerson Menezes Magalhães (pai); Aminthas Aranha (ou Aminthas Rodrigues Pereira) (mãe); Julieta Petit da Silva³⁶⁴ (mãe); Ilma Hass (mãe); Osoria Calatrone (mãe) e Clotildio Calatrone (pai); Isaura de Souza Patrício (mãe) e Joaquim Patrício (pai); Elena Gibertini Castiglia (mãe); Jardilina Santos Moura (mãe) e Joaquim Moura Paulino (pai); José Vieira de Almeida (filho); Acary V. de S. Garlippe (mãe); Dora Graboís (mãe) e Agostim Graboís (pai); Rosana Moura Momente (filha); Maria Leonor Pereira Marques (mãe); Otilia Mendes Rodrigues (mãe) e Francisco Alves Rodrigues (pai); Celeste Durval Cordeiro (mãe) e Luiz Durval Cordeiro (pai); Aidinalva Dantas Batista (mãe); Elza Pereira Coqueiro (mãe); Odete Afonso Costa (mãe); familiares diretos das vítimas desaparecidas ou executada, assim como de outros familiares não diretos das mesmas, os senhores e as senhoras: Angela Harkavy (irmã); José Dalmo Ribeiro Ribas (irmão); Maria Eliana de Castro Pinheiro (irmão); Roberto Valadão (irmão); Diva Soares Santana (irmã); Getúlio Soares Santana (irmão); Dilma Santana Miranda (irmã); Dinorá Santana Rodrigues (irmã); Dirceneide Soares Santana (irmã); Terezinha Souza Amorim (irmã); Aldo Creder Corrêa³⁶⁵ (irmão); Helenalda Resende de Souza Nazareth (irmã); Helenice Resende de Souza Nazareth (irmã); Helenilda Resende de Souza Nazareth (irmã); Helenoira Resende de Souza Nazareth (irmã); Wladimir Neves da Rocha Castiglia (sobrinho); Laura Petit da Silva³⁶⁶ (irmã); Clovis Petit de Oliveira³⁶⁷ (irmã); Lorena Moroni Barroso (irmã); Ciro Moroni Girão (irmão); Breno Moroni Girão (irmão); Sônia Maria Haas (irmã); Elizabeth Silveira e Silva (irmã); Luiz Carlos Silveira e Silva (irmão); Luiz Paulo Silveira e Silva (irmão); Maristella Nurchis (irmã) e Valeria Costa Couto (irmã).

244. Por outro lado, com respeito aos 24 familiares indicados como supostas vítimas que faleceram antes de 10 de dezembro de 1998, o Tribunal não fará nenhuma declaração de responsabilidade estatal devido à regra da competência temporal (par. 181 *supra*). Finalmente, em relação aos 34 familiares falecidos cujas

³⁶² Os representantes informaram; em seu escrito de 20 de abril de 2010; que a senhora Luiza Gurjão Farias não apresentou declaração rendida perante agente dotado de fé pública posto que “faleceu em 21 de fevereiro de 2010; antes de poder reconhecer a firma da declaração que havia feito para a Corte Interamericana” (expediente de mérito; tomo IV; folha 1594).

³⁶³ O senhor Igor Graboís Olímpio é também sobrinho e neto; respectivamente; de dois desaparecidos da Guerrilha do Araguaia; os senhores André Graboís e Maurício Graboís.

³⁶⁴ A senhora Julieta Petit da Silva é mãe de dois desaparecidos da Guerrilha do Araguaia; os senhores Jaime e Lúcio Petit da Silva; e da senhora Maria Lúcia Petit da Silva.

³⁶⁵ O senhor Aldo Creder Corrêa é irmão de dois desaparecidos da Guerrilha do Araguaia; os senhores Elmo Corrêa e Maria Célia Corrêa.

³⁶⁶ A senhora Laura Petit da Silva é irmã de dois desaparecidos da Guerrilha do Araguaia; os senhores Jaime e Lúcio Petit da Silva; e da senhora Maria Lúcia Petit da Silva.

³⁶⁷ O senhor Clovis Petit da Silva é irmão de dois desaparecidos da Guerrilha do Araguaia; os senhores Jaime e Lúcio Petit da Silva; e da senhora Maria Lúcia Petit da Silva.

datas de óbito não tenham sido estabelecidas, o Tribunal estabeleceu que seus familiares ou seus representantes legais devem apresentar à Corte, em um prazo de seis meses, contado a partir da notificação da presente Sentença, a documentação que comprove que a data de falecimento é posterior a 10 de dezembro de 1998, para efeitos de confirmar sua condição de vítimas do presente caso (par. 181 *supra*).

XI REPARAÇÕES (Aplicação do artigo 63.1 da Convenção)

245. Com base no disposto no artigo 63.1 da Convenção Americana,³⁶⁸ a Corte indicou que toda violação de uma obrigação internacional que tenha provocado dano compreende o dever de repará-lo adequadamente³⁶⁹ e que essa disposição “reflete uma norma consuetudinária que constitui um dos princípios fundamentais do Direito Internacional contemporâneo sobre a responsabilidade de um Estado”.³⁷⁰

246. Este Tribunal estabeleceu que as reparações devem ter um nexo causal com os fatos do caso, as violações declaradas e os danos provados, bem como com as medidas solicitadas para reparar os danos respectivos. Portanto, a Corte deverá observar essa simultaneidade para pronunciar-se devidamente e conforme o direito.³⁷¹

247. A Comissão manifestou que reconhece e valora as diversas medidas destinadas a reparar, adotadas pelo Estado brasileiro, mas acrescentou que estas não são suficientes no contexto do presente caso.

248. Os representantes ressaltaram que, apesar de reconhecer a recente boa vontade do Estado brasileiro ao adotar medidas a esse respeito, principalmente a recuperação da memória das vítimas da ditadura militar no país, estas são insuficientes, inadequadas e não estão em consonância com os parâmetros determinados pelo Sistema Interamericano em matéria de reparação de graves violações de direitos humanos.

249. O Estado declarou que não pretende negar o direito dos familiares das vítimas a uma reparação material e simbólica, em conformidade com os fatos da demanda. Entretanto, considerou que todas as petições formuladas tanto pela Comissão quanto pelos representantes já foram ou estão sendo atendidas. Adicionalmente, o Brasil recordou outros casos nos quais a Corte valorou as quantidades pagas a nível

³⁶⁸ O artigo 63.1 da Convenção Americana dispõe:

Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.

³⁶⁹ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez versus Honduras. Reparaciones e Custas*. Sentença de 21 de julho de 1989. Série C nº 7, par. 25; *Caso Rosendo Cantú e outra*, nota 45 *supra*, par. 203, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, nota 24 *supra*, par. 231

³⁷⁰ Cf. *Caso Castillo Páez versus Peru. Reparaciones e Custas*. Sentença de 27 de novembro de 1998. Série C nº 43, par. 50; *Caso Rosendo Cantú e outra*, nota 45 *supra*, par. 203, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, nota 24 *supra*, par. 231.

³⁷¹ Cf. *Caso Ticona Estrada e outros*, nota 187 *supra*, par. 110; *Caso Rosendo Cantú e outra*, nota 45 *supra*, par. 204, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, nota 24 *supra*, par. 262.

interno e as tomou em consideração para determinar os pagamentos na instância internacional para evitar "um verdadeiro *bis in idem* indenizatório". Finalmente, considerou que o Tribunal deve levar em consideração os gastos públicos efetuados no que se refere à implementação de medidas de não repetição, à busca da memória e da verdade e ao pagamento de medidas compensatórias.

250. A Corte procederá à análise das pretensões da Comissão e dos representantes, bem como dos argumentos do Estado, com o objetivo de dispor as medidas destinadas a reparar os danos ocasionados às vítimas. O Tribunal observa e avalia de maneira positiva as numerosas medidas de reparação adotadas pelo Estado, as quais se indicam em cada uma das seções seguintes.

E. Parte lesada

251. Considera-se parte lesada, nos termos do artigo 63.1 da Convenção Americana, aquele que tenha sido declarado vítima da violação de algum direito nela consagrado. As vítimas no presente caso são as seguintes pessoas: Adriano Fonseca Fernandes Filho; André Graboys; Antônio Alfredo de Lima (ou Antônio Alfredo Campos); Antônio Carlos Monteiro Teixeira; Antônio de Pádua Costa; Antônio Ferreira Pinto; Antônio Guilherme Ribeiro Ribas; Antônio Teodoro de Castro; Arildo Airton Valadão; Áurea Elisa Pereira Valadão; Bérqson Gurjão Farias; Cilon Cunha Brum; Ciro Flávio Salazar de Oliveira; Custódio Saraiva Neto; Daniel Ribeiro Callado; Dermeival da Silva Pereira; Dinaelza Santana Coqueiro; Dinalva Oliveira Teixeira; Divino Ferreira de Souza; Elmo Corrêa; Francisco Manoel Chaves; Gilberto Olímpio Maria; Guilherme Gomes Lund; Helenira Resende de Souza Nazareth; Hélio Luiz Navarro de Magalhães; Idalísio Soares Aranha Filho; Jaime Petit da Silva; Jana Moroni Barroso; João Carlos Haas Sobrinho; João Gualberto Calatrone; José Huberto Bronca; José Lima Piauhy Dourado; José Maurílio Patrício; José Toledo de Oliveira; Kléber Lemos da Silva; Líbero Giancarlo Castiglia; Lourival de Moura Paulino; Lúcia Maria de Souza; Lúcio Petit da Silva; Luiz René Silveira e Silva; Luiz Vieira de Almeida; Luiza Augusta Garlippe; Manoel José Nurchis; Marcos José de Lima; Maria Célia Corrêa; Maurício Graboys; Miguel Pereira dos Santos; Nelson Lima Piauhy Dourado; Orlando Momente; Osvaldo Orlando da Costa; Paulo Mendes Rodrigues; Paulo Roberto Pereira Marques; Pedro Alexandrino de Oliveira Filho; Pedro Matias de Oliveira ("Pedro Carretel"); Rodolfo de Carvalho Troiano; Rosalindo Souza; Suely Yumiko Kanayama; Telma Regina Cordeiro Corrêa; Tobias Pereira Júnior; Uirassú de Assis Batista; Vandick Reidner Pereira Coqueiro, e Walkíria Afonso Costa. Além disso; também são vítimas os seguintes familiares diretos: Zélia Eustáquio Fonseca; Alzira Costa Reis; Victória Lavínia Graboys Olímpio; Criméia Alice Schmidt de Almeida; João Carlos Schmidt de Almeida; Luiza Monteiro Teixeira; João Lino da Costa; Benedita Pinto Castro; Odila Mendes Pereira; José Pereira; Luiza Gurjão Farias; Junília Soares Santana; Antonio Pereira de Santana; Elza da Conceição Oliveira (ou Elza Conceição Bastos); Viriato Augusto Oliveira; Maria Gomes dos Santos; Rosa Cabello Maria (ou Rosa Olímpio Cabello); Igor Graboys Olímpio; Julia Gomes Lund; Carmem Navarro; Gerson Menezes Magalhães; Aminthas Aranha (ou Aminthas Rodrigues Pereira); Julieta Petit da Silva; Ilma Hass; Osoria Calatrone; Clotildio Calatrone; Isaura de Souza Patrício; Joaquim Patrício;

Elena Gibertini Castiglia; Jardilina Santos Moura; Joaquim Moura Paulino; José Vieira de Almeida; Acary V. de S. Garlippe; Dora Grabois; Agostim Grabois; Rosana Moura Momente; Maria Leonor Pereira Marques; Otilia Mendes Rodrigues; Francisco Alves Rodrigues; Celeste Durval Cordeiro; Luiz Durval Cordeiro; Aidinalva Dantas Batista; Elza Pereira Coqueiro, e Odete Afonso Costa. De igual modo, o Tribunal considera como vítimas os seguintes familiares não diretos: Angela Harkavy; José Dalmo Ribeiro Ribas; Maria Eliana de Castro Pinheiro; Roberto Valadão; Diva Soares Santana; Getúlio Soares Santana; Dilma Santana Miranda; Dinorá Santana Rodrigues; Dirceneide Soares Santana; Terezinha Souza Amorim; Aldo Creder Corrêa; Helenalda Resende de Souza Nazareth; Helenice Resende de Souza Nazareth; Helenilda Resende de Souza Nazareth; Helenoira Resende de Souza Nazareth; Wladimir Neves da Rocha Castiglia; Laura Petit da Silva; Clovis Petit de Oliveira; Lorena Moroni Barroso; Ciro Moroni Girão; Breno Moroni Girão; Sônia Maria Haas; Elizabeth Silveira e Silva; Luiz Carlos Silveira e Silva; Luiz Paulo Silveira e Silva; Maristella Nurchis, e Valeria Costa Couto. As pessoas anteriormente citadas serão considerados beneficiários das reparações que ordene este Tribunal. Finalmente, também são considerados parte lesada aqueles familiares falecidos com posterioridade a 10 de dezembro de 1998, determinados de acordo ao estabelecido na presente Sentença (pars. 181, 213, 225 e 244 *supra*).

252. Sem prejuízo do anterior, a Corte recorda que estabeleceu um prazo de 24 meses, contados a partir da notificação desta Sentença, para que aqueles interessados aporem prova suficiente, em conformidade com a legislação e procedimentos internos, a respeito de “Batista”; “Gabriel”; “Joaquinzão”; José de Oliveira; Josias Gonçalves de Souza; Juarez Rodrigues Coelho; Sabino Alves da Silva, e “Sandoval”, que permita ao Estado identificá-los e, se for o caso, considerá-los vítimas nos termos da Lei nº 9.140/1995 e da presente decisão, adotando as medidas reparatórias pertinentes em seu favor.

B. Obrigações de investigar os fatos, julgar e, se for o caso, punir os responsáveis e de determinar o paradeiro das vítimas

1. Obrigação de investigar os fatos, julgar e, se for o caso, punir os responsáveis

253. A Comissão solicitou à Corte que ordene ao Estado realizar, por meio da jurisdição de direito comum, uma investigação judicial completa, efetiva e imparcial dos desaparecimentos forçados do presente caso e da execução da senhora Petit da Silva, com base no devido processo legal, a fim de identificar os responsáveis intelectuais e materiais dessas violações e sancioná-los criminalmente. Para isso, o Estado deve levar em consideração que esses crimes são imprescritíveis e não podem ser objeto de anistias. Por esse motivo, o Brasil deve adotar todas as medidas que sejam necessárias para assegurar que a Lei de Anistia e as leis de sigilo não continuem a representar um obstáculo para a perseguição penal contra graves violações de direitos humanos. Além disso, solicitou que se publiquem os resultados dessa investigação, para que a sociedade brasileira possa conhecer esse período de sua história.

254. Os representantes solicitaram ao Tribunal que ordene ao Brasil a investigação dos fatos, o julgamento e a punição de todos os responsáveis, em um prazo razoável, e que disponha que o Estado não pode utilizar disposições de direito interno, como prescrição, coisa julgada, irretroatividade da lei penal e *ne bis in idem*, nem qualquer excludente de responsabilidade similar, para eximir-se de seu dever. O Estado deve remover todos os obstáculos *de facto* e *de iure*, que mantenham a impunidade dos fatos, como aqueles relativos à Lei de Anistia. Adicionalmente, solicitaram à Corte que ordene ao Estado que: a) sejam julgados na justiça ordinária todos os processos que se refiram a graves violações de direitos humanos; b) os familiares das vítimas tenham pleno acesso e legitimação para atuar em todas as etapas processuais, em conformidade com as leis internas e a Convenção Americana, e c) os resultados das investigações sejam divulgados pública e amplamente, para que a sociedade brasileira os conheça.

255. O Estado não se pronunciou particularmente a respeito da investigação dos fatos e limitou-se a destacar que a análise da Lei de Anistia não pode separar-se do tempo em que a referida lei foi elaborada, nem do fundamento em que se encontra assentada. Por outro lado, lembrou que a decisão do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153 considerou legítima integralmente a Lei de Anistia, em vista do novo ordenamento constitucional.

256. No Capítulo VIII da presente Sentença, a Corte declarou a violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, em virtude da falta de investigação, julgamento e eventual sanção dos responsáveis pelos fatos do presente caso. Tomando em consideração o anteriormente exposto, bem como sua jurisprudência, este Tribunal dispõe que o Estado deve conduzir eficazmente a investigação penal dos fatos do presente caso, a fim de esclarecê-los, determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei disponha.³⁷² Essa obrigação deve ser cumprida em um prazo razoável, considerando os critérios determinados para investigações nesse tipo de caso,³⁷³ *inter alia*:

a) iniciar as investigações pertinentes com relação aos fatos do presente caso, levando em conta o padrão de violações de direitos humanos existente na época, a fim de que o processo e as investigações pertinentes sejam conduzidos de acordo com a complexidade desses fatos e com o contexto em que ocorreram, evitando omissões no recolhimento da prova e no seguimento de linhas lógicas de investigação;

b) determinar os autores materiais e intelectuais do desaparecimento forçado das vítimas e da execução extrajudicial. Ademais, por se tratar de violações graves de direitos humanos,

³⁷² Cf. Velásquez Rodríguez. Mérito, nota 25 *supra*, par. 174; Caso Rosendo Cantú, nota 45 *supra*, par. 211, e Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña, nota 24 *supra*, par. 237.

³⁷³ Cf. Caso Do Massacre de Las Dos Erres, nota 186 *supra*, par. 233; Caso Manuel Cepeda Vargas, nota 18 *supra*, par. 216, e Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña, nota 24 *supra*, par. 237.

e considerando a natureza dos fatos e o caráter continuado ou permanente do desaparecimento forçado, o Estado não poderá aplicar a Lei de Anistia em benefício dos autores, bem como nenhuma outra disposição análoga, prescrição, irretroatividade da lei penal, coisa julgada, *ne bis in idem* ou qualquer excludente similar de responsabilidade para eximir-se dessa obrigação, nos termos dos parágrafos 171 a 179 desta Sentença, e

c) garantir que: i) as autoridades competentes realizem, *ex officio*, as investigações correspondentes, e que, para esse efeito, tenham a seu alcance e utilizem todos os recursos logísticos e científicos necessários para recolher e processar as provas e, em particular, estejam facultadas para o acesso à documentação e informação pertinentes, para investigar os fatos denunciados e conduzir, com presteza, as ações e investigações essenciais para esclarecer o que ocorreu à pessoa morta e aos desaparecidos do presente caso; ii) as pessoas que participem da investigação, entre elas, os familiares das vítimas, as testemunhas e os operadores de justiça, disponham das devidas garantias de segurança, e iii) as autoridades se abstenham de realizar atos que impliquem obstrução do andamento do processo investigativo.

257. Especificamente, o Estado deve garantir que as causas penais que tenham origem nos fatos do presente caso, contra supostos responsáveis que sejam ou tenham sido funcionários militares, sejam examinadas na jurisdição ordinária, e não no foro militar.³⁷⁴ Finalmente, a Corte considera que, com base em sua jurisprudência,³⁷⁵ o Estado deve assegurar o pleno acesso e capacidade de ação dos familiares das vítimas em todas as etapas da investigação e do julgamento dos responsáveis, de acordo com a lei interna e as normas da Convenção Americana. Além disso, os resultados dos respectivos processos deverão ser publicamente divulgados, para que a sociedade brasileira conheça os fatos objeto do presente caso, bem como aqueles que por eles são responsáveis.³⁷⁶

2. Determinação do paradeiro das vítimas

258. A Comissão solicitou à Corte que ordene que o Brasil intensifique, com recursos financeiros e logísticos, os esforços já envidados na busca e sepultamento das vítimas desaparecidas, cujos restos mortais ainda não tenham sido encontrados ou identificados.

³⁷⁴ De acordo com sua jurisprudência, o Tribunal denomina jurisdição ordinária ou comum à jurisdição penal não militar. Cf. *Caso Radilla Pacheco*, nota 24 *supra*, par. 332; *Caso Fernández Ortega e outros*, nota 53 *supra*, par. 229, e *Caso Rosendo Cantú e outra*, nota 45 *supra*, par. 212.

³⁷⁵ Cf. *Caso do Caracazo versus Venezuela. Reparações e Custas*. Sentença de 29 de agosto de 2002. Série C nº 95, par. 118; *Caso Chitay Nech e outros*, nota 25 *supra*, par. 237, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, nota 24 *supra*, par. 238.

³⁷⁶ Cf. *Caso do Caracazo. Reparações e Custas*, nota 375 *supra*, par. 118; *Caso Manuel Cepeda Vargas*, nota 18 *supra*, par. 217, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, nota 24 *supra*, par. 238.

259. Os representantes reconheceram os esforços envidados pelo Estado para localizar os restos mortais das vítimas de desaparecimentos deste caso, mas persiste o desconhecimento sobre o paradeiro dessas pessoas e as circunstâncias de seu desaparecimento. Solicitaram à Corte que ordene ao Estado que proceda, de imediato, a buscar, localizar e identificar as vítimas deste caso, assegurando que sejam respeitadas as garantias de devida diligência, essenciais na investigação de casos dessa magnitude, bem como a imparcialidade e a eficácia dos procedimentos. O trabalho deve ser planejado, dirigido e efetuado por uma equipe interdisciplinar especialmente preparada para essa tarefa, sob o controle de autoridades judiciais, a fim de assegurar a validade e a integridade das provas obtidas. Igualmente, pediram que o Estado determine a identidade dos restos localizados em missões anteriores na região do Araguaia e que sejam entregues rapidamente aos familiares, mediante prévia prova do parentesco. O Estado deve financiar todas as despesas, e devem ser respeitadas as tradições e costumes dos familiares das vítimas. Além disso, salientaram que é necessária a consolidação de um banco de amostras de DNA dos familiares das vítimas. Em particular, sobre o Grupo de Trabalho Tocantins, declararam que não constitui um mecanismo adequado para realizar a busca dos desaparecidos da Guerrilha, uma vez que não atende aos critérios mencionados acima.

260. O Estado informou que, até 2006, foram realizadas 13 expedições à região do Araguaia, com o intuito de localizar os corpos dos guerrilheiros desaparecidos, algumas por seus familiares e outras por órgãos públicos. Além disso, prosseguem as investigações sobre a possível "Operação Limpeza", em que, por ocasião do final da Guerrilha do Araguaia, os militares supostamente haviam retirado da área todos os restos mortais dos guerrilheiros para posterior incineração. Em particular, sobre o Grupo de Trabalho Tocantins, o Estado salientou que foi criado com a finalidade de coordenar e executar as atividades necessárias à localização, reconhecimento e identificação dos corpos dos guerrilheiros e dos militares mortos durante a Guerrilha do Araguaia, e posteriormente foi criado o Comitê Interinstitucional de Supervisão do Grupo de Trabalho Tocantins, cujas atividades vêm sendo acompanhadas pelas autoridades judiciais e contam com a participação do Ministério Público Federal. Além disso, ressaltou que foi criada uma equipe de entrevistas e contextualização de fatos, constituída exclusivamente por civis, para entrevistar a população local e recolher novos dados sobre eventuais locais de sepultamento. Por outro lado, o Brasil informou que foi criado, em 2006, um banco de amostras de DNA dos familiares das vítimas, para facilitar a identificação dos restos mortais que sejam encontrados, o qual dispõe de amostras de 142 familiares de 108 desaparecidos políticos. Embora se tenha tentado utilizar a tecnologia e os recursos disponíveis para obter a identificação dos restos mortais, em alguns casos os resultados não foram conclusivos, em virtude das más condições dos restos encontrados e à deficiente tecnologia disponível no momento em que foram encontrados, mas prossegue o trabalho para identificá-los, valendo-se, para esse efeito, de novas técnicas e do auxílio de diferentes instituições.

261. Este Tribunal estabeleceu que o direito dos familiares das vítimas de identificar o paradeiro dos desaparecidos e, se for o caso, saber onde se encontram seus restos constitui uma medida de reparação e, portanto, gera o dever correspondente, para o Estado, de atender a essa expectativa.³⁷⁷ Receber os corpos das pessoas desaparecidas é de suma importância para seus familiares, já que lhes permite sepultá-los de acordo com suas crenças, bem como encerrar o processo de luto vivido ao longo desses anos. O Tribunal considera, ademais, que o local em que os restos sejam encontrados pode oferecer informação valiosa sobre os autores das violações ou a instituição a que pertenciam.³⁷⁸

262. A Corte avalia positivamente que o Brasil tenha adotado medidas para avançar na busca das vítimas da Guerrilha do Araguaia. Nesse sentido, é necessário que o Estado realize todos os esforços possíveis para determinar seu paradeiro, com brevidade. O Tribunal destaca que os familiares esperam essa informação há mais de 30 anos. Quando for o caso, os restos mortais das vítimas desaparecidas, previamente identificados, deverão ser entregues aos familiares, tão logo seja possível e sem custo algum para eles, para que possam sepultá-los de acordo com suas crenças. O Estado deverá também financiar as despesas funerárias, de comum acordo com os familiares.³⁷⁹ Por outro lado, o Tribunal toma nota da criação do Grupo de Trabalho Tocantins, que tem por finalidade a busca das vítimas desaparecidas no marco da Ação Ordinária e salienta que o mesmo deverá contar com a participação do Ministério Público Federal.

263. A Corte observa que a busca dos restos mortais foi ordenada no marco da Ação Ordinária nº 82.0024682-5 e, por conseguinte, encontra-se sob a supervisão do juiz que dispôs essa medida, a quem deve ser enviada a informação obtida.³⁸⁰ Nesse sentido, o Tribunal considera que as buscas das vítimas desaparecidas pelo Estado, seja por meio do Grupo de Trabalho Tocantins, seja por qualquer outra ação posterior ou complementar necessária à localização e identificação das pessoas desaparecidas, como, por exemplo, a investigação penal ordenada na presente Sentença (pars. 256 e 257 *supra*), deverão ser realizadas de maneira sistemática e rigorosa, dispor dos recursos humanos e técnicos adequados e empregar, levando em conta as normas pertinentes na matéria,³⁸¹ todos os meios necessários para localizar e identificar os restos das vítimas desaparecidas e entregá-los a seus familiares.

³⁷⁷ Cf. *Caso Neira Alegria e outros versus Peru. Reparaciones e Custas*. Sentença de 19 de setembro de 1996. Série C nº 29, par. 69; *Caso Chitay Nech e outros*, nota 25 *supra*, par. 240, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, nota 24 *supra*, par. 214.

³⁷⁸ Cf. *Caso Do Massacre de Las Dos Erres*, nota 186 *supra*, par. 245.

³⁷⁹ Cf. *Caso La Cantuta*, nota 160 *supra*, par. 232; *Caso Chitay Nech e outros*, nota 25 *supra*, par. 241, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, nota 24 *supra*, par. 242.

³⁸⁰ Cf. *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia)*. Solicitação de medidas provisórias a respeito do Brasil. Resolução de 15 de julho de 2009, Considerando 10.

³⁸¹ Tais como as estabelecidas no Manual das Nações Unidas sobre a Prevenção e Investigação Efetiva de Execuções Extrajudiciais, Arbitrárias e Sumárias. *Caso do Massacre de Mapiripán versus Colômbia. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 15 de setembro de 2005. Série C nº 134, par. 305, e *Caso Do Massacre de Las Dos Erres*, nota 186 *supra*, par. 247.

C. Outras medidas de reabilitação, satisfação e garantias de não repetição

1. Reabilitação

i. Atenção médica e psicológica

264. A Comissão solicitou à Corte que ordene ao Estado a adoção de medidas para o tratamento físico e psicológico dos familiares das vítimas desaparecidas e da pessoa executada.

265. Os representantes ressaltaram que o Estado tem a obrigação de oferecer assistência médica e psicológica gratuita aos familiares das vítimas desaparecidas na Guerrilha do Araguaia, de modo que possam ter acesso a um centro médico de qualidade para conseguir a assistência necessária, motivo por que solicitaram que essa assistência seja prestada por centros médicos reconhecidos nacionalmente, escolhidos pelos familiares, e não pelo Serviço Único de Saúde, conforme propõe o Estado. Essa medida deverá incluir, também, o custo dos medicamentos, a fim de que os familiares não tenham de incorrer em despesas adicionais às que já tiveram. Para isso, o Brasil deve proceder a uma avaliação médica individual dos familiares e o tratamento requerido deverá atender às necessidades de cada um deles.

266. O Estado destacou que, na Ação Ordinária apresentada pelos familiares contra a União, estes solicitaram diferentes medidas, mas nunca uma "reparação integral". Informou, no entanto, que existe no Brasil o Serviço Único de Saúde, que permite a universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência.

267. A Corte considera, como o fez em outros casos,³⁸² que é necessária uma medida de reparação que ofereça um atendimento adequado aos sofrimentos físicos e psicológicos sofridos pelas vítimas. Portanto, o Tribunal considera conveniente dispor que o Estado preste atendimento médico e psicológico ou psiquiátrico, de forma gratuita e imediata, adequada e efetiva, por meio das instituições públicas especializadas de saúde, às vítimas que assim o solicitem. Para isso, deverão ser levados em conta os sofrimentos específicos dos beneficiários, mediante a realização prévia de uma avaliação física e psicológica ou psiquiátrica. Os respectivos tratamentos também deverão ser prestados no Brasil pelo tempo que seja necessário e incluir o fornecimento gratuito dos medicamentos que eventualmente requeiram.

268. Particularmente, o tratamento psicológico ou psiquiátrico deve ser prestado por pessoal e instituições estatais especializadas no atendimento de vítimas de fatos como os ocorridos no presente caso. Caso o Estado careça do pessoal ou das instituições que possam prover o nível requerido de atenção, deverá recorrer a instituições privadas ou da sociedade civil especializadas. Ao prestar esse tratamento, devem-se considerar, ademais, as circunstâncias e necessidades

³⁸² Cf. *Caso Barrios Altos versus Peru. Reparaciones e Custas*. Sentença de 30 de novembro de 2001. Série C nº 109, par. 45; *Caso Rosendo Cantú e outra*, nota 45 *supra*, par. 252, e *Caso Ilsen Cárdenas e Ilsen*, nota 24 *supra*, par. 253.

específicas de cada vítima, de maneira que lhes sejam oferecidos tratamentos familiares e individuais, segundo o que esteja de acordo com cada uma delas e após uma avaliação individual.³⁸³ Finalmente, o referido tratamento deverá ser prestado, na medida das possibilidades, nos centros mais próximos aos locais de residência. As vítimas que solicitem essa medida de reparação, ou seus representantes legais, dispõem de um prazo de seis meses, contados a partir da notificação da presente Sentença, para comunicar ao Estado sua intenção de receber atendimento psicológico ou psiquiátrico.

269. Adicionalmente, a Corte observa que a senhora Elena Gibertini Castiglia, mãe do desaparecido Líbero Giancarlo Castiglia, reside na cidade de San Lucido, Itália,³⁸⁴ e, portanto, não terá acesso aos serviços públicos de saúde brasileiros, conforme o ordenado na presente seção. Por isso, o Tribunal considera pertinente determinar que, na hipótese de que a senhora Gibertini Castiglia solicite atenção médica, psicológica ou psiquiátrica, nos termos do parágrafo anterior, o Estado deverá outorgar-lhe o montante de US\$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos dólares dos Estados Unidos da América) a título de gastos com tratamento médico e psicológico ou psiquiátrico, para que possa receber referida atenção médica na localidade onde resida.³⁸⁵

2. Satisfação

i. Publicação da Sentença

270. A Comissão solicitou à Corte que ordene ao Estado que disponha a publicação da Sentença, que eventualmente pronuncie, em um meio de circulação nacional.

271. Os representantes solicitaram à Corte que ordene ao Estado a publicação dos capítulos da Sentença relativos a fatos provados, os artigos convencionais violados e a parte resolutiva da mesma no Diário Oficial e em um jornal de grande circulação nacional. Além disso, solicitaram a publicação de um livro com o conteúdo integral da Sentença.

272. O Estado salientou que esse pedido só poderia ser atendido no caso de uma eventual Sentença condenatória da Corte.

273. Conforme se ordenou em outras oportunidades,³⁸⁶ o Tribunal julga que, como medida de satisfação, o Estado deve publicar, uma única vez, no Diário Oficial, a presente Sentença, incluindo os nomes dos capítulos e subtítulos – sem as notas de rodapé –, bem como a parte resolutiva da mesma. Além disso, o Estado deverá: a) publicar o resumo oficial da Sentença proferida pela Corte em um diário de

³⁸³ Cf. *Caso 19 Comerciantes. Mérito, Reparaciones e Custas*, nota 302 *supra*, par. 278; *Caso Fernández Ortega e outros*, nota 53 *supra*, par. 252, e *Caso Rosendo Cantú e outra*, nota 45 *supra*, par. 253.

³⁸⁴ Cf. Depoimento prestado pela senhora Elena Gibertini Castiglia, nota 345 *supra*, folha 1531.

³⁸⁵ Cf. *Caso do Penal Miguel Castro Castro*, nota 254 *supra*, par. 450, e *Caso Tibi versus Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 7 de setembro de 2004. Série C nº 114, par. 249.

³⁸⁶ Cf. *Caso Barrios Altos. Reparaciones e Custas*, nota 382 *supra*, Ponto Resolutivo 5.d); *Caso Rosendo Cantú e outra*, nota 45 *supra*, par. 229, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, nota 24 *supra*, par. 244.

ampla circulação nacional, e b) publicar na íntegra a presente Sentença em um sítio eletrônico adequado do Estado, levando em conta as características da publicação que se ordena realizar, a qual deve permanecer disponível durante, pelo menos, o período de um ano. Finalmente, levando em conta a solicitação dos representantes de publicação desta decisão em formato de livro, o Tribunal estima oportuno ordenar, ademais, que o Estado publique num sítio eletrônico adequado, a presente Sentença em formato de livro eletrônico. Estas publicações devem ser efetivadas no prazo de seis meses, contados a partir da notificação da presente Sentença.

ii. Ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional

274. A Comissão solicitou à Corte que ordene ao Estado o reconhecimento de sua responsabilidade internacional, bem como a celebração de atos de importância simbólica, que assegurem a não repetição das violações ocorridas no presente caso.

275. Os representantes manifestaram que nenhuma das ações de natureza simbólica referidas pelo Estado (par. 276 *infra*) refere-se exclusivamente aos desaparecidos no Brasil e que nenhum desses atos foi efetuado em consulta com os familiares das vítimas do presente caso, elemento imprescindível para a realização da medida solicitada. O Estado, embora tenha reconhecido sua responsabilidade pelos desaparecimentos forçados no âmbito interno, não o fez no âmbito internacional, nem reconheceu sua responsabilidade pelas violações dos direitos à proteção judicial e às garantias judiciais, assim como à integridade pessoal e de acesso à informação das vítimas e seus familiares. Com base no exposto, solicitaram à Corte que ordene ao Brasil a realização de um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional e de pedido oficial de desculpas pelas graves violações de direitos humanos perpetradas contra as vítimas do presente caso, especificamente, pela denegação de justiça. Consideraram que do ato devem participar altos representantes dos três poderes do Estado, que sua realização deve ser acordada com os representantes das vítimas com antecedência e que as despesas deverão ser financiadas pelo Estado. Finalmente, considerando que alguns familiares vivem em lugares distantes, solicitaram a transmissão do ato público através de meios de comunicação, como rádio, jornais e televisão, com ampla cobertura nacional e em horário de grande audiência.

276. O Estado ressaltou que reconheceu oficialmente sua responsabilidade pelas mortes e desaparecimentos forçados ocorridos durante o período do regime militar, *inter alia*, por meio da Lei nº 9.140/1995 e do relatório "Direito à Memória e à Verdade" da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, o qual foi apresentado em um ato público com a presença do Presidente da República, de diversas autoridades e de familiares das vítimas do regime militar. Também o Ministro da Justiça, em nome do Estado, realizou um pedido oficial de desculpas mediante um ato público realizado em 18 de junho de 2009, em que foram concedidos os benefícios de uma anistia política a 44 camponeses da região, os quais foram perseguidos para prestar informações sobre a Guerrilha do Araguaia. Adicionalmente, promoveu ainda outras medidas de caráter imaterial. Quanto ao

projeto “Direito à Memória e à Verdade”, conduzido pela Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, salientou que compreende várias ações: a) a publicação e distribuição do relatório *Direito à Memória e à Verdade* em escolas públicas; b) outras três publicações³⁸⁷ a fim de ressaltar aspectos relevantes da luta contra o regime militar; c) a exposição fotográfica “A ditadura no Brasil 1964-1985”, e d) o projeto “Memorial Pessoas Imprescindíveis”, que consiste em painéis e esculturas colocados em diversos locais públicos. Além disso, os projetos da Comissão de Anistia incluem, entre outros: a) o projeto “Anistia Cultural”, que compreende a realização de audiências públicas da Comissão de Anistia, nas quais são analisados os pedidos de reparação das vítimas do regime militar por meio das “Caravanas de Anistia”; b) o “I Encontro de Torturados da Guerrilha do Araguaia”; c) o projeto “Memorial de Anistia Política no Brasil”; d) a campanha de doação e obtenção de informação “Caminhos para a Democracia”; e) a criação de um Grupo de Trabalho para o projeto “Marcas de Memória: História Oral da Anistia Política no Brasil”; f) a publicação da Revista *Anistia Política e Justiça de Transição*, e g) a criação do Memorial de Anistia Política no Brasil, em Belo Horizonte. A respeito da recuperação da memória da Guerrilha do Araguaia, o Estado destacou o “Museu Paraense Emílio Goeldi”, cujas atividades se concentram, entre outras, na divulgação de conhecimento e acervos relacionados com a região amazônica e a obtenção e sistematização de informação sobre a Guerrilha. Por último, o Estado informou sobre duas homenagens à vítima Bérigson Gurjão Farias.

277. A Corte Interamericana valora positivamente as iniciativas de reconhecimento de responsabilidade interno e as numerosas medidas de reparação informadas pelo Estado. Entretanto, como fez em outros casos,³⁸⁸ para que o reconhecimento interno surta plenos efeitos, o Tribunal considera que o Estado deve realizar um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional, em relação aos fatos do presente caso, referindo-se às violações estabelecidas na presente Sentença. O ato deverá levar-se a cabo mediante uma cerimônia pública em presença de altas autoridades nacionais e das vítimas do presente caso. O Estado deverá acordar com as vítimas e seus representantes a modalidade de cumprimento do ato público de reconhecimento, bem como as particularidades que se requeiram, como o local e a data da realização. Esse ato deverá ser divulgado pelos meios de comunicação e, para sua realização, o Estado dispõe do prazo de um ano, contado a partir da notificação da presente Sentença.

iii. Dia dos desaparecidos políticos no Brasil e memorial

278. Os representantes solicitaram à Corte que ordene ao Estado a designação de um dia como o “dia do desaparecido político”, durante o qual se

³⁸⁷ Os livros “Direito à Memória e à Verdade – Os descendentes de homens e mulheres que cruzaram o oceano a bordo de navios negreiros e foram mortos na luta contra o regime militar” e “História de meninas e meninos marcados pela ditadura” foram lançados em maio e dezembro de 2009, respectivamente, enquanto o livro “Luta, substantivo feminino” foi lançado em abril de 2010.

³⁸⁸ Cf. *Caso Kwas Fernández*, nota 188 *supra*, par. 202; *Caso Fernández Ortega e outros*, nota 53 *supra*, par. 244, e *Caso Rosendo Cantú e outra*, nota 45 *supra*, par. 226.

realizem atividades para lembrar as pessoas desaparecidas durante a ditadura militar, para ajudar a conscientizar sobre a gravidade dos fatos ocorridos e para garantir que não se repitam. Solicitaram também a construção de um memorial ao qual os familiares das vítimas possam acudir para lembrá-las e realizar as atividades do dia do desaparecido político no Brasil. Esse memorial deverá incluir uma exposição permanente, simples e sensível das vítimas e seus familiares, bem como outras temporárias.

279. O Estado ressaltou que a indicação de um dia comemorativo para lembrar os desaparecidos políticos no Brasil depende de sua legislação interna, em conformidade com o artigo 61 da Constituição Política. Ademais, a designação da data comemorativa aludida no âmbito nacional se somaria à comemoração do Dia Internacional do Desaparecido Político, que tem lugar no dia 30 de agosto de cada ano.

280. O Tribunal observa que não foi fundamentado o motivo por que seria necessário contar com um dia diferente do Dia Internacional do Desaparecido Político e por que nele não poderiam ser incluídas as comemorações relativas aos desaparecidos da Guerrilha do Araguaia. De igual modo, tampouco se fundamentou a eventual insuficiência das medidas de reparação adotadas pelo Brasil que tornem necessária que se disponha a construção de um memorial. A Corte considera suficiente, como medidas de reparação a emissão da presente Sentença, as medidas que nela se dispõem e as numerosas ações informadas pelo Estado. Com base no exposto, o Tribunal não julga necessário ordenar as medidas de reparação adicionais indicadas nesta seção.

3. Garantias de não repetição

i. Educação em direitos humanos nas Forças Armadas

281. A Comissão solicitou à Corte que ordene ao Estado a implementação, em um prazo razoável, de programas de educação em direitos humanos permanentes dentro das Forças Armadas, em todos os níveis hierárquicos, os quais devem incluir o presente caso e os instrumentos regionais e internacionais de direitos humanos, especificamente os relacionados com o desaparecimento forçado de pessoas e a tortura.

282. O Estado declarou que, em decorrência da adesão a convenções das Nações Unidas, começou a investir em educação em direitos humanos para as Forças Armadas. A "Estratégia Nacional de Defesa" prevê expressamente que as instituições de ensino das três Forças Armadas ampliem as matérias de formação militar com assuntos relativos a noções de Direito Constitucional e Direitos Humanos. Desse modo, a Academia da Força Aérea ministra a matéria "Direito Geral", que aborda questões de direitos humanos, na parte relativa ao exame dos dispositivos constitucionais referentes aos direitos e garantias fundamentais. No Exército, a Cátedra de "Direito" contempla assuntos de Direito Constitucional e Direitos Humanos, inclusive Direito Internacional Humanitário. Na Marinha, o

conteúdo relativo aos direitos humanos é tratado na matéria “Direito Constitucional”, especificamente no estudo dos “direitos e garantias fundamentais do homem”, tema que também é abordado de maneira ampla na matéria “Direito Internacional Humanitário”.

283. A Corte considera de maneira positiva a informação do Brasil sobre os programas de capacitação das Forças Armadas. Este Tribunal julga importante fortalecer as capacidades institucionais do Estado, mediante a capacitação de integrantes das Forças Armadas sobre os princípios e normas de proteção dos direitos humanos e os limites a que devem ser submetidos.³⁸⁹ Para essa finalidade, o Estado deve dar prosseguimento às ações desenvolvidas e implementar, em um prazo razoável, um programa ou curso permanente e obrigatório sobre direitos humanos, destinado a todos os níveis hierárquicos das Forças Armadas. Como parte dessa formação, deverá ser incluída a presente Sentença e a jurisprudência da Corte Interamericana a respeito do desaparecimento forçado de pessoas, de outras graves violações aos direitos humanos e à jurisdição penal militar, bem como às obrigações internacionais de direitos humanos do Brasil, derivadas dos tratados nos quais é Parte.

ii. Tipificação do delito de desaparecimento forçado

284. A Comissão solicitou à Corte que ordene ao Estado tipificar, em seu ordenamento interno, o crime de desaparecimento forçado, conforme os elementos constitutivos do mesmo, estabelecidos nos instrumentos internacionais respectivos.

285. Os representantes ressaltaram que o Estado deve tipificar o delito de desaparecimento forçado, considerando-o continuado ou permanente, enquanto não se estabeleça o destino ou paradeiro da vítima. A adequada tipificação do desaparecimento forçado deve incluir: a) a eliminação, *ab initio*, de instituições jurídicas como a anistia e a prescrição; b) a eliminação da competência da justiça militar; c) a investigação da totalidade das condutas das pessoas implicadas, e d) a determinação das sanções proporcionais à gravidade do crime. A respeito do Projeto de Lei nº 4.038/2008, que tipifica o delito de desaparecimento forçado de pessoas, salientaram que aponta a incorporar o Estatuto de Roma ao direito interno brasileiro e somente prevê o delito de desaparecimento forçado de pessoas em um contexto de crimes contra a humanidade. A respeito do Projeto de Lei nº 301/2007, que também tem por objetivo definir condutas que constituam crimes de violação ao Direito Internacional Humanitário e estabelecer normas para a cooperação judicial com a Corte Penal Internacional, consideraram que tampouco é adequado, entre outras razões, em virtude de também descrever a conduta delituosa na esfera de um ataque generalizado ou sistemático contra a população civil. Por esse motivo, solicitaram à Corte que ordene ao Estado a tipificação do delito de desaparecimento forçado de pessoas em seu ordenamento, em conformidade com os parâmetros do Sistema Interamericano.

³⁸⁹ Cf. *Caso do Massacre de la Rochela versus Colômbia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 11 de maio de 2007. Série C nº 163, par. 303; *Caso Fernández Ortega e outros*, nota 53 *supra*, par. 262; e *Caso Rosendo Cantú e outra*, nota 45 *supra*, par. 249.

286. O Estado reconheceu a importância da tipificação do delito de desaparecimento forçado e manifestou que a ausência dessa tipificação não impede que essa conduta seja subsumida em outro tipo penal. Entretanto, a tipificação do delito de desaparecimento forçado no ordenamento interno brasileiro encontra-se sujeita ao exame do Poder Legislativo, mediante dois projetos de lei: a) o de nº 4.038/2008, apresentado em setembro de 2008, cujo artigo 33 define o desaparecimento forçado como crime contra a humanidade, e b) o de nº 301/2007, cujo artigo 11 também tipifica o desaparecimento forçado. Finalmente, o Estado salientou que o Decreto Legislativo nº 116, de 2008, que ratifica a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas, se encontra em tramitação no Congresso Nacional. Informou que o Decreto Legislativo antes citado foi aprovado pela Câmara dos Deputados e encontra-se atualmente em trâmite na Comissão de Relações Exteriores do Senado Federal.

287. De acordo com o anteriormente exposto, o Tribunal insta o Estado a que dê prosseguimento à tramitação legislativa e a que adote, em prazo razoável, todas as medidas necessárias para ratificar a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas. Por outro lado, de acordo com a obrigação decorrente do artigo 2º da Convenção Americana, o Brasil deve adotar as medidas que sejam necessárias para tipificar o delito de desaparecimento forçado de pessoas, em conformidade com os parâmetros interamericanos. Essa obrigação vincula a todos os poderes e órgãos estatais em seu conjunto. Nesse sentido, como esta Corte salientou anteriormente,³⁹⁰ o Estado não deve limitar-se a promover o projeto de lei de que se trata, mas assegurar sua pronta sanção e entrada em vigor, de acordo com os procedimentos estabelecidos no ordenamento jurídico interno. Enquanto cumpre essa medida, o Estado deverá adotar todas aquelas ações que garantam o efetivo julgamento e, se for o caso, punição dos fatos constitutivos do desaparecimento forçado, através dos mecanismos existentes no direito interno.

iii. Acesso, sistematização e publicação de documentos em poder do Estado

288. A Comissão solicitou ao Tribunal que ordene ao Estado realizar todas as ações e modificações legais a fim de sistematizar e tornar públicos todos os documentos relacionados com as operações militares contra a Guerrilha do Araguaia.

289. Os representantes solicitaram à Corte que ordene ao Estado: a) assegurar que todas as instituições e autoridades estatais sejam obrigadas a cooperar na entrega de informações e no pleno acesso a todos os arquivos e registros sobre o possível destino das vítimas do presente caso; b) exigir a entrega dos documentos que ilegalmente se encontram de posse de particulares; c) adequar o direito interno brasileiro aos parâmetros internacionais de proteção do direito de acesso à informação; d) comprovar devidamente a alegada destruição de documentos

³⁹⁰ Cf. *Caso Radilla Pacheco*, nota 24 *supra*, par. 344.

oficiais e investigar judicialmente essa destruição, a fim de que os responsáveis possam ser identificados, julgados e eventualmente sancionados, e e) realizar visitas às dependências das Forças Armadas de pesquisadores e especialistas em arquivos alheios à estrutura castrense, aos quais se deve dar o mais amplo acesso, com o objetivo de localizar os arquivos militares pertinentes. Em particular, a respeito do Projeto de Lei nº 5.228/2009, que modificaria as normas de acesso à informação em poder do Estado, salientaram que “é bem-vindo”, mas mencionaram que sua tramitação junto ao Poder Legislativo deve ser agilizada, a fim de que seja aprovado com a maior brevidade possível.

290. O Estado informou que adotou diversas medidas para transformar os acervos documentais, antes restringidos, em instrumentos de garantia e afirmação de direitos humanos e que todos os documentos de que se tem conhecimento sobre a Guerrilha do Araguaia encontram-se no Arquivo Nacional, disponíveis para consulta, embora os mesmos não ofereçam informação definitiva sobre a localização dos restos mortais das vítimas. Quanto à suposta existência de documentos relativos à Guerrilha do Araguaia sob custódia das Forças Armadas, salientou que já foram apresentados todos os documentos existentes e que o Decreto nº 79.099/77, em vigor até 24 de junho de 1997, permitia a destruição de documentos. Os processos de investigação no âmbito das Forças Armadas concluíram que a destruição de documentos foi feita em conformidade com o citado Decreto. Adicionalmente, indicou que 98% dos documentos disponíveis no Arquivo Nacional correspondem a registros feitos por órgãos e entidades do Estado.

291. Por último, sobre a legislação brasileira que regulamenta o direito à informação e contempla casos de restrição ao acesso, com base na segurança do Estado e da sociedade, o Brasil especificou que o segredo não recai sobre nenhum documento relativo à Guerrilha do Araguaia. Informou, entretanto, que, em 5 de maio de 2009, a Presidência da República apresentou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 5.228/2009, que busca dar um novo tratamento ao direito à informação, privilegiando a garantia de acesso à informação como regra geral. O artigo 16 do projeto dispõe que “não poderá ser negado acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais” e que “as informações ou documentos que versem sobre condutas que impliquem violação dos direitos humanos, praticada por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas, não poderão ser objeto de restrição de acesso”. O projeto também dispõe uma redução dos prazos de sigilo dos documentos. Esse projeto foi aprovado pela Câmara dos Deputados e se encontra em análise no Senado Federal.

292. A Corte avalia, de maneira positiva, as numerosas iniciativas do Brasil em prol de sistematizar e dar publicidade aos documentos relativos ao período do regime militar, inclusive os relacionados com a Guerrilha do Araguaia. Em particular, sobre a coleta e sistematização de informações relativas à Guerrilha, de acordo

com as informações do Estado e o laudo do perito Antunes da Silva,³⁹¹ no marco da Ação Ordinária nº 82.0024682-5, em tramitação na Primeira Vara Federal do Distrito Federal, foram apresentadas 21.319 páginas de documentos, distribuídas em 426 volumes do acervo do extinto Serviço Nacional de Informações. Posteriormente, foram acrescentados 28 tomos de documentos com informações temáticas sobre as incursões do Exército na área de conflito. Em 3 de fevereiro de 2010, foram recolhidos da Coordenação Regional do acervo do serviço secreto do Comando da Força Aérea cerca de 50 mil documentos, dos quais 63 correspondem à Guerrilha do Araguaia. Com base no exposto, o Tribunal julga que não cabe ordenar uma medida de reparação adicional a esse respeito, sem prejuízo de que o Estado deva continuar a conduzir iniciativas de busca, sistematização e publicação das informações sobre a Guerrilha do Araguaia, bem como de informações relativas às violações de direitos humanos ocorridas durante o regime militar, e a elas garantindo o acesso.

293. Por outro lado, quanto à adequação do marco normativo do acesso à informação, o Tribunal toma nota de que o Estado informou que se encontra em tramitação um projeto de lei que, entre outras reformas, propõe uma redução dos prazos previstos para a reserva de documentos e dispõe a proibição da mesma a respeito daqueles que tenham relação com violações de direitos humanos, e que os representantes manifestaram sua aprovação ao projeto mencionado. Com base no anterior, o Tribunal exorta ao Estado que, em prazo razoável, de acordo com o artigo 2º da Convenção Americana, adote as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra natureza que sejam necessárias para fortalecer o marco normativo de acesso à informação, em conformidade com os parâmetros interamericanos de proteção dos direitos humanos, como os citados na presente Sentença (pars. 228 a 231 *supra*).

iv. Criação de uma Comissão da Verdade

294. Os representantes solicitaram ao Tribunal que ordene ao Estado a criação de uma Comissão da Verdade, que cumpra com os parâmetros internacionais de autonomia, independência e consulta pública para sua integração e que esteja dotada de recursos e atribuições adequados. Quanto ao projeto de lei que atualmente se encontra no Congresso, expressaram sua preocupação, entre outros aspectos, por que os sete membros da Comissão Nacional da Verdade seriam escolhidos discricionariamente pelo Presidente da República, sem consulta pública e, portanto, sem garantias de independência e, ademais, que se permitiria a participação de militares como membros, o que afeta gravemente sua independência e credibilidade.

295. O Brasil destacou a futura constituição de uma Comissão Nacional da Verdade, que estaria constituída por sete membros designados pelo Presidente da República, entre brasileiros de reconhecida idoneidade e conduta ética, identificados com a defesa da democracia e a institucionalidade constitucional, bem como com o respeito aos direitos humanos. A Comissão poderá, entre outras

³⁹¹ Cf. Laudo pericial rendido pelo senhor Jaime Antunes da Silva, nota 274 *supra*, folhas 1430 a 1433.

atribuições, solicitar qualquer informação e documento diretamente dos órgãos e entidades públicos, promover audiências públicas, determinar a realização de perícias e diligências e pedir o auxílio de entidades para tomar o depoimento de pessoas que guardem relação com os fatos e circunstâncias examinadas.

296. A Corte valora positivamente as ações realizadas pelo Estado para agilizar o conhecimento e o reconhecimento dos fatos do presente caso. Especificamente, o Tribunal aprecia as diversas iniciativas do Estado para continuar a esclarecer os fatos, que incluem, entre outras, a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, a Comissão Interministerial, a criação do arquivo Memórias Reveladas e o início do cumprimento da sentença da Ação Ordinária nº 82.00.24682-5, esforços que contribuíram para avançar no esclarecimento dos fatos do presente caso e outros ocorridos durante o regime militar no Brasil.

297. Quanto à criação de uma Comissão da Verdade, a Corte considera que se trata de um mecanismo importante, entre outros aspectos, para cumprir a obrigação do Estado de garantir o direito de conhecer a verdade sobre o ocorrido. Com efeito, o estabelecimento de uma Comissão da Verdade, dependendo do objeto, do procedimento, da estrutura e da finalidade de seu mandato, pode contribuir para a construção e preservação da memória histórica, o esclarecimento de fatos e a determinação de responsabilidades institucionais, sociais e políticas em determinados períodos históricos de uma sociedade.³⁹² Por isso, o Tribunal valora a iniciativa de criação da Comissão Nacional da Verdade e exorta o Estado a implementá-la, em conformidade com critérios de independência, idoneidade e transparência na seleção de seus membros, assim como a dotá-la de recursos e atribuições que lhe possibilitem cumprir eficazmente com seu mandato. A Corte julga pertinente, no entanto, destacar que as atividades e informações que, eventualmente, recolha essa Comissão, não substituem a obrigação do Estado de estabelecer a verdade e assegurar a determinação judicial de responsabilidades individuais, através dos processos judiciais penais.³⁹³

D. Indenizações, custas e gastos

1. Dano material

298. A Corte desenvolveu, em sua jurisprudência, o conceito de dano material e as hipóteses em que corresponde indenizá-lo. Este Tribunal estabeleceu que o dano material supõe “a perda ou detrimento dos ingressos das vítimas, os gastos efetuados com motivo dos fatos e as consequências de caráter pecuniário que tenham um nexo causal com os fatos do caso”.³⁹⁴

³⁹² Cf. *Caso Zambrano Vélez e outros*, nota 254 *supra*, par. 128; *Caso Anzualdo Castro*, nota 122 *supra*, par. 119, e *Caso Radilla Pecheco*, nota 24 *supra*, par. 74.

³⁹³ Cf. *Caso Almonacid Arellano e outros*, nota 251 *supra*, par. 150; *Caso Chitay Nech e outros*, nota 25 *supra*, par. 234, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, nota 24 *supra*, par. 158.

³⁹⁴ Cf. *Caso Bámaca Velásquez versus Guatemala. Reparaciones e Custas*. Sentença de 22 de fevereiro de 2002. Série C nº 91, par. 43; *Caso Rosendo Cantú e outra*, nota 45 *supra*, par. 270, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, nota 24 *supra*, par. 260.

299. A Comissão considerou que os montantes de indenização pecuniária acordados nos processos internos no Brasil devem ser reconhecidos como parte da reparação. Por esse motivo, solicitou à Corte que, atendendo à natureza do caso, fixe, em equidade, o montante da compensação a título de danos materiais.

300. Os representantes reconheceram o esforço do Estado para indenizar os familiares das vítimas, já que muitos deles receberam algum tipo de compensação no âmbito interno. Esses montantes devem ser reconhecidos como parte da reparação e descontados do valor que seja determinado pelo Tribunal. Entretanto, nenhuma das leis que regulamentam o pagamento das reparações concedidas define de forma explícita quais são os danos compreendidos por essas indenizações, nem diferenciam entre reparações por danos materiais e imateriais. Por outro lado, salientaram que, ante a impossibilidade de comprovar as despesas médicas em que incorreram os familiares, em virtude do sofrimento causado pelo desaparecimento das vítimas, os representantes solicitaram à Corte que determine o valor correspondente de maneira equânime. Ademais, quanto ao dano emergente, consideraram que esse conceito compreende as perdas sofridas pelos familiares por dedicar suas vidas à busca de justiça. Dado que são muitas as despesas efetuadas durante mais de 30 anos pelos familiares, que não contam com os recibos correspondentes, solicitaram ao Tribunal que fixe um montante, de maneira equânime. Outrossim, considerando a impossibilidade de determinar com exatidão as atividades exercidas pelas vítimas no momento em que ocorreram os fatos, uma vez que viviam na clandestinidade, solicitaram à Corte que adote os critérios estabelecidos na legislação interna brasileira para situações semelhantes, a fim de determinar o valor do lucro cessante devido. Neste sentido, solicitaram à Corte que aplique o critério estabelecido na Lei nº 10.559/2002 e que declare que as reparações ordenadas na presente Sentença não impedem os familiares de fazer valer seus direitos em procedimentos internos para o pagamento de outras indenizações complementárias, em conformidade com a legislação brasileira.

301. O Estado informou que a Lei nº 9.140/1995 facultou aos familiares de mortos e desaparecidos a solicitação de uma reparação pecuniária³⁹⁵ e que, em maio de 2007, enviou à Comissão Interamericana uma lista das pessoas desaparecidas pertencentes à Guerrilha do Araguaia, cujos familiares receberam uma indenização. Do total de 62 pessoas reconhecidas pelo Estado, ressaltou que quatro famílias não receberam indenização, por renúncia expressa dos familiares ou pela falta de solicitação do pagamento. Portanto, informou que havia pago indenizações relacionadas a 58 vítimas.³⁹⁶

³⁹⁵ De acordo com o artigo 10 da Lei nº 9.140/95, as indenizações seriam pagas aos cônjuges, companheiros, descendentes, ascendentes e colaterais até o quarto grau, das vítimas, e não seriam inferiores a R\$ 100.000,00, montante que considerou especialmente significativo, considerando o contexto social brasileiro.

³⁹⁶ Adriano Fonseca Fernandes Filho, André Graboys, Antônio Alfredo de Lima, Antônio Carlos Monteiro Teixeira, Antônio de Pádua Costa, Antônio Ferreira Pinto, Antônio Guilherme Ribeiro Ribas, Antônio Teodoro de Castro, Arildo Airton Valadão, Áurea Eliza Pereira Valadão, Bérqson Gurjão Farias, Cilon Cunha Brum, Ciro Flávio Salazar de Oliveira, Custódio Saraiva Neto, Daniel Ribeiro Callado, Dermeval da Silva Pereira, Dinaelza

302. O Tribunal adverte que o Estado não fez uma diferenciação entre dano material ou dano imaterial, nas indenizações derivadas da aplicação da Lei nº 9.140/1995. Apesar disso, a Corte observa que o Estado efetivamente pagou indenizações a familiares de 58 vítimas de desaparecimento forçado no presente caso. Com relação aos senhores Francisco Manoel Chaves e Pedro Matias de Oliveira (“Pedro Carretel”), os familiares não se apresentaram à Comissão Especial estabelecida pela Lei nº 9.140/1995 para solicitar reconhecimento ou indenização.³⁹⁷ Quanto aos familiares dos senhores Hélio Luiz Navarro de Magalhães e Pedro Alexandrino de Oliveira Filho, a Corte observa que, embora suas mães tenham solicitado à Comissão Especial informação sobre eles, não quiseram solicitar indenização.³⁹⁸

303. A Corte considera, como o fez em outros casos,³⁹⁹ que na hipótese de existirem mecanismos nacionais para determinar formas de reparação, esses procedimentos e resultados devem ser valorizados. Caso esses mecanismos não atendam a critérios de objetividade, razoabilidade e efetividade para reparar adequadamente as violações de direitos reconhecidas na Convenção, declaradas por este Tribunal, corresponde a este, no exercício de sua competência subsidiária e complementar, dispor as reparações pertinentes. Nesse sentido, foi estabelecido que os familiares das vítimas desaparecidas tiveram acesso a um processo administrativo que determinou uma indenização “a título de reparação” pelos desaparecimentos forçados ou mortes das vítimas diretas.⁴⁰⁰ A Corte avalia positivamente a atuação do Estado nesse sentido e considera que os montantes fixados pela Lei nº 9.140/1995, e pagas aos familiares das vítimas a “título de reparação”, são razoáveis nos termos de sua jurisprudência e supõe que incluem tanto os danos materiais como os imateriais a respeito das vítimas desaparecidas. Por outro lado, nos casos das indenizações não reclamadas pelos familiares dos senhores Francisco Manoel Chaves, Pedro Matias de Oliveira (“Pedro Carretel”), Hélio Luiz Navarro de Magalhães e Pedro Alexandrino de Oliveira Filho, o Tribunal dispõe que o Estado estabeleça a possibilidade de que, num prazo de seis meses contados a partir da notificação da presente Sentença, aqueles interessados possam apresentar, caso o desejem, seus pedidos de indenização, utilizando os critérios e mecanismos estabelecidos no direito interno pela Lei nº 9.140/1995.

Santana Coqueiro, Dinalva Oliveira Teixeira, Divino Ferreira de Souza, Elmo Corrêa, Gilberto Olímpio Maria, Guilherme Gomes Lund, Helenira Resende de Souza Nazareth, Idalísio Soares Aranha Filho, Jaime Petit da Silva, Jana Moroni Barroso, João Carlos Haas Sobrinho, João Gualberto Calatrone, José Huberto Bronca, José Lima Piauhy Dourado, José Maurílio Patrício, José Toledo de Oliveira, Kléber Lemos da Silva, Líbero Giancarlo Castiglia, Lourival de Moura Paulino, Lúcia Maria de Souza, Lúcio Petit da Silva, Luiz René Silveira e Silva, Luiz Vieira de Almeida, Luiza Augusta Garlippe, Manoel José Nurchis, Marcos José de Lima, Maria Célia Corrêa, Maurício Grabois, Miguel Pereira dos Santos, Nelson Lima Piauhy Dourado, Orlando Momente, Osvaldo Orlando da Costa, Paulo Mendes Rodrigues, Paulo Roberto Pereira Marques, Rodolfo de Carvalho Troiano, Rosalindo Souza, Suely Yumiko Kanayama, Telma Regina Cordeiro Corrêa, Tobias Pereira Júnior, Uirassú de Assis Batista, Vandick Reidner Pereira Coqueiro e Walkiria Afonso Costa. Cf. *Indenizações pagas aos familiares dos mortos e desaparecidos na Guerrilha do Araguaia*, nota 93 *supra*, folhas 9110 a 9115.

³⁹⁷ Cf. *Direito à Memória e à Verdade*, nota 67 *supra*, folhas 792, 793, 840 e 841.

³⁹⁸ Cf. *Indenizações pagas aos familiares dos mortos e desaparecidos na Guerrilha do Araguaia*, nota 93 *supra*, folhas 9112 e 9114, e *Direito à Memória e à Verdade*, nota 67 *supra*, folhas 822, 823, 841 e 842.

³⁹⁹ Cf. *Caso Manuel Cepeda Vargas*, nota 18 *supra*, par. 246.

⁴⁰⁰ Lei nº 9.140/95, artigo 11, *supra* 87.

304. Por outro lado, quanto às despesas médicas e outras relacionadas com a busca dos familiares, solicitadas pelos representantes, a Corte observa que não foram apresentados comprovantes das despesas alegadas, nem foram indicados os danos específicos sofridos por cada familiar para fundamentar esse pedido, tampouco foram individualizadas as atividades de que cada um deles participou com uma indicação dos gastos realizados. Sem prejuízo do anterior, o Tribunal presume que os familiares das vítimas incorreram, desde 10 de dezembro de 1998 até esta data, entre outras, em despesas relacionadas com serviços ou atenção médica e aquelas referentes à busca de informação e dos restos mortais das vítimas desaparecidas até o presente. Com base no anterior, o Tribunal determina, em equidade, o pagamento de US\$ 3.000,00 (três mil dólares dos Estados Unidos da América) a favor de cada um dos familiares considerados vítimas na presente Sentença (par. 151 *supra*). As indenizações ordenadas na presente Sentença não obstaculizarão outras reparações que, eventualmente, possam ordenar-se no direito interno.

2. Dano imaterial

305. A Corte desenvolveu em sua jurisprudência o conceito de dano imaterial e os pressupostos em que corresponde indenizá-lo. O Tribunal estabeleceu que o dano imaterial compreende "tanto os sofrimentos e as aflições causadas à vítima direta e aos que lhe são próximos, como o menosprezo de valores muito significativos para as pessoas, e outras perturbações que não são suscetíveis de medição pecuniária, nas condições de vida da vítima ou de sua família".⁴⁰¹

306. A Comissão solicitou à Corte que, atendendo à natureza do caso, fixe, de maneira equânime, o montante da compensação a título de danos imateriais.

307. Os representantes indicaram que o dano moral deve ser objeto de uma compensação econômica fixada com base em critérios de equidade. As vítimas foram detidas, sem as formalidades legais ou controle judicial, e levadas a bases militares onde eram torturadas e, em seguida, desaparecidas, motivo por que solicitaram que, para cada vítima desaparecida e para a senhora Maria Lúcia Petit da Silva, se estabeleça, a título de dano moral, a quantia de US\$ 100.000,00 (cem mil dólares dos Estados Unidos da América). Por outro lado, com respeito aos familiares das vítimas, consideraram que os desaparecimentos forçados geraram angústia, insegurança, frustração e impotência ante a omissão das autoridades públicas de investigar os fatos. Por esse motivo, solicitaram que, ao fixar o montante das indenizações, o Tribunal leve em consideração fatores como: a modalidade do crime, a falta de determinação dos responsáveis e o impacto no projeto de vida e na saúde física e mental dos familiares das vítimas, além das seguintes circunstâncias: a) o desconhecimento do paradeiro das vítimas; b) o reconhecimento de responsabilidade do Estado mais de

⁴⁰¹ Caso dos "Meninos de Rua" (Villagrán Morales e outros) versus Guatemala. Reparações e Custas. Sentença de 26 de maio de 2001. Série C nº 77, par. 84; Caso Rosendo Cantú e outra, nota 45 *supra*, par. 278, e Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña, nota 24 *supra*, par. 282.

20 anos depois de ocorridos os fatos; c) a impossibilidade de acesso à justiça e a falta de informação; d) a denegação de justiça por mais de 30 anos; e) as declarações públicas de militares, afirmando que haviam torturado e executado as vítimas, sem que se realizasse investigação alguma, e f) as declarações contra a honra das vítimas desaparecidas. Em consequência, solicitaram US\$ 80.000,00 (oitenta mil dólares dos Estados Unidos da América) para cada um dos familiares das vítimas.

308. O Estado destacou que, ademais das indenizações pecuniárias pagas no marco da Lei nº 9.140/1995, foram realizados diversos atos de natureza simbólica e educativa que promoveram o resgate da memória e da verdade dos fatos ocorridos durante o período do regime militar.

309. A Corte julgou que as reparações econômicas concedidas no direito interno “a título de reparação” pelos desaparecimentos forçados são adequadas no presente caso. Por esse motivo, não ordenará o pagamento de somas adicionais a título de dano imaterial sofrido pelas vítimas de desaparecimento forçado.

310. Por outro lado, com relação ao dano imaterial sofrido pelos familiares das vítimas desaparecidas, o Tribunal lembra que a jurisprudência internacional estabeleceu reiteradamente que a Sentença pode constituir *per se* uma forma de reparação⁴⁰². Considerando, no entanto, as circunstâncias do caso *sub judice*, os sofrimentos que as violações cometidas causaram a esses familiares, a impunidade imperante no caso, bem como a mudança nas condições de vida e as demais consequências de ordem imaterial ou não pecuniária que estas últimas sofreram, a Corte julga pertinente fixar uma quantia, em equidade, como compensação a título de danos imateriais para os familiares indicados como vítimas no presente caso⁴⁰³.

311. Em atenção a sua jurisprudência, em consideração às circunstâncias do presente caso, às violações cometidas, aos sofrimentos ocasionados e ao tratamento que receberam, ao tempo transcorrido, à denegação de justiça e de informação, bem como às mudanças nas condições de vida e às demais consequências de ordem imaterial que sofreram, o Tribunal fixa, em equidade, o montante de US\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil dólares dos Estados Unidos da América) para cada familiar direto e de US\$ 15.000,00 (quinze mil dólares dos Estados Unidos da América) para cada familiar não direto, considerados vítimas no presente caso e indicados no parágrafo 251 da presente Sentença. As indenizações ordenadas na presente Sentença não obstaculizarão outras reparações que, eventualmente, possam ordenar-se no direito interno.

3. Custas e gastos

312. Conforme já mencionou a Corte em oportunidades anteriores, as custas e gastos estão compreendidos no conceito de reparação, consagrado no artigo 63.1 da Convenção Americana.⁴⁰⁴

⁴⁰² Cf. *Caso Neira Alegria e outros. Reparaciones e Custas*, nota 377 *supra*, par. 56; *Caso Rosendo Cantú e outra*, nota 45 *supra*, par. 278, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, nota 24 *supra*, par. 282.

⁴⁰³ Cf. *Caso Neira Alegria e outros. Reparaciones e Custas*, nota 377 *supra*, par. 56; *Caso Rosendo Cantú e outra*, nota 45 *supra*, par. 278, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, nota 24 *supra*, par. 282.

⁴⁰⁴ Cf. *Caso Garrido e Baigorria versus Argentina. Reparaciones e Custas*. Sentença de 27 de agosto de 1998.

313. A Comissão solicitou ao Tribunal que ordene ao Estado o pagamento das custas e gastos incorridos na tramitação do presente caso.

314. Os representantes solicitaram à Corte que fixe, em equidade, um montante a favor da Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos e do Grupo Tortura Nunca mais, do Rio de Janeiro, pelos gastos em que incorreram, com relação à elaboração de petições e de documentação do caso, reservando-se o direito de solicitar os gastos que forem efetuadas no futuro. Posteriormente, informaram que não incorreram em gastos adicionais após o escrito de solicitações e argumentos. Igualmente, afirmaram que o Centro pela Justiça e o Direito Internacional incorreu em gastos de viagem a San José e a Washington, comunicações, fotocópias, artigos de papelaria, correios relacionados com o acompanhamento do presente caso, bem como viagens para localizar e reunir-se com os familiares das vítimas, além dos gastos correspondentes ao atendimento do caso e à investigação, à compilação e à apresentação de provas, à realização de entrevistas e à preparação das diferentes etapas processuais. Particularmente, indicaram que o Centro pela Justiça e o Direito Internacional incorreu em gastos de US\$ 45.196,53 (quarenta e cinco mil, cento e noventa e seis dólares dos Estados Unidos da América e cinquenta e três centavos), do ano 1999 até julho de 2009, e de US\$ 33.733,93 (trinta e três mil, setecentos e trinta e três dólares dos Estados Unidos da América e noventa e três centavos), em gastos posteriores à apresentação de seu escrito de solicitações e argumentos.

315. O Estado solicitou à Corte que considere como custas somente os gastos efetuados de forma razoável e imprescindível à participação das supostas vítimas e de seus representantes no processo perante o Sistema Interamericano. Também objetou aos gastos realizados pelos representantes relacionados com: a) a compra de livros e outros materiais de apoio não relacionados com o caso, e b) o material de escritório, a alimentação no território nacional e as viagens dentro do Brasil não vinculadas ao caso. Finalmente, o Estado observou uma diferença entre o valor solicitado pelos representantes como a despesa da perícia psicológica e o recibo efetivamente apresentado para justificar essa despesa.

316. Quanto ao reembolso de custas e gastos, corresponde ao Tribunal apreciar prudentemente seu alcance, o qual compreende as despesas geradas junto às autoridades da jurisdição interna, bem como aquelas geradas no curso do processo perante o Sistema Interamericano, considerando as circunstâncias do caso concreto e a natureza da jurisdição internacional de proteção dos direitos humanos. Esta apreciação pode ser realizada com base no princípio de equidade e considerando os gastos indicados pelas partes, desde que seu *quantum* seja razoável.⁴⁰⁵

Série C nº 39, par. 79; *Caso Rosendo Cantú e outra*, nota 45 *supra*, par. 280, e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, nota 24 *supra*, par. 284.

⁴⁰⁵ Cf. *Caso Garrido e Baigorria. Reparações e Custas*, nota 404 *supra*, par. 82; *Caso Rosendo Cantú e outra*, nota 45 *supra*, par. 284; e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*, nota 24 *supra*, par. 288.

317. O Tribunal declarou que “as pretensões das vítimas ou seus representantes, em matéria de custas e gastos, e as provas que os sustentam, devem ser apresentadas à Corte no primeiro momento processual a elas concedido, ou seja, no escrito de solicitações e argumentos, sem prejuízo de que essas pretensões sejam atualizadas em um momento posterior, conforme as novas custas e gastos em que se tenha incorrido, por ocasião do procedimento perante esta Corte”.⁴⁰⁶ Além disso, a Corte reitera que não é suficiente o envio de documentos probatórios, mas que se requer que as partes apresentem uma argumentação que relacione a prova com o fato que se considera representado, e que, ao tratar-se de alegados desembolsos econômicos, se estabeleçam com clareza os objetos de despesa e sua justificação.⁴⁰⁷ Por último, a Corte observa que, dos comprovantes enviados com respeito a alguns gastos, não se evidenciam claramente gestões vinculadas ao presente caso.

318. Sem prejuízo do anteriormente exposto, a Corte constatou que os representantes incorreram em diversos gastos junto a este Tribunal, relativos, entre outros aspectos, ao recolhimento de prova, ao transporte, e aos serviços de comunicação, na tramitação interna e internacional do presente caso. Levando em conta o anterior, o Tribunal determina, em equidade, que o Estado pague o montante de US\$ 5.000,00 (cinco mil dólares dos Estados Unidos da América), US\$ 5.000,00 (cinco mil dólares dos Estados Unidos da América) e US\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil dólares dos Estados Unidos da América) a favor do Grupo Tortura Nunca Mais, da Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos de São Paulo e do Centro pela Justiça e o Direito Internacional, respectivamente, a título de custas e gastos. No procedimento de supervisão de cumprimento da presente Sentença, a Corte poderá dispor o reembolso por parte do Estado às vítimas ou seus representantes, das despesas razoáveis devidamente comprovadas.

4. Modalidade de cumprimento dos pagamentos ordenados

319. O Estado deverá efetuar o pagamento das indenizações a título de dano material, dano imaterial e por restituição de custas e gastos estabelecidos na presente Sentença diretamente às pessoas e organizações nela indicadas, no prazo de um ano, contado a partir da notificação da presente Sentença, nos termos dos parágrafos seguintes.

320. Caso os beneficiários tenham falecido ou venham a falecer antes que lhes seja paga a indenização respectiva, o pagamento de que se trata será efetuado diretamente aos herdeiros, conforme o direito interno aplicável.

321. O Estado deve cumprir as obrigações monetárias, mediante o pagamento em dólares dos Estados Unidos da América, ou o equivalente em moeda brasileira, utilizando, para o cálculo respectivo, o tipo de câmbio que esteja vigente na bolsa de Nova York, no dia anterior ao pagamento.

⁴⁰⁶ Cf. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Iñiguez versus Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 21 de novembro de 2007. Série C nº 170, par. 275; *Caso Fernández Ortega e outros*, nota 53 *supra*, par. 298; e *Caso Rosendo Cantú e outra*, nota 45 *supra*, par. 285.

⁴⁰⁷ Cf. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Iñiguez*, nota 406 *supra*, par. 277; *Caso Fernández Ortega e outros*, nota 53 *supra*, par. 298, e *Caso Rosendo Cantú e outra*, nota 45 *supra*, par. 285.

322. Se, por causas atribuíveis aos beneficiários das indenizações ou aos herdeiros, não for possível o pagamento dos montantes determinados no prazo indicado, o Estado destinará esses montantes a seu favor, em conta ou certificado de depósito em uma instituição financeira brasileira solvente, em dólares dos Estados Unidos da América, nas condições financeiras mais favoráveis permitidas pela legislação e pela prática bancária. Caso a indenização de que se trata não seja reclamada no transcurso de dez anos, os montantes serão devolvidos ao Estado com os juros devidos.

323. Os montantes determinados na presente Sentença, como indenização e como restituição de custas e gastos, deverão ser entregues às pessoas e às organizações mencionadas, de maneira integral, conforme o disposto nesta Sentença, sem reduções decorrentes de eventuais ônus fiscais.

324. Caso o Estado incorra em mora, deverá pagar juros sobre o montante devido, correspondentes aos juros bancários de mora no Brasil.

XII PONTOS RESOLUTIVOS

325. Portanto,
A CORTE
DECIDE,
por unanimidade:

1. Admitir parcialmente a exceção preliminar de falta de competência temporal interposta pelo Estado, em conformidade com os parágrafos 15 a 19 da presente Sentença.

2. Rejeitar as demais exceções preliminares interpostas pelo Estado, nos termos dos parágrafos 26 a 31, 38 a 42 e 46 a 49 da presente Sentença.

DECLARA,
por unanimidade, que:

3. As disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil.

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 3º, 4º, 5º e 7º 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.

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

6. O Estado é responsável pela violação do direito à liberdade de pensamento e de expressão consagrado no artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação com os artigos 1.1, 8.1 e 25 desse instrumento, pela afetação do direito a buscar e a receber informação, bem como do direito de conhecer a verdade sobre o ocorrido. Da mesma maneira, o Estado é responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais estabelecidos no artigo 8.1 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 13.1 do mesmo instrumento, por exceder o prazo razoável da Ação Ordinária, todo o anterior em prejuízo dos familiares indicados nos parágrafos 212, 213 e 225 da presente Sentença, em conformidade com o exposto nos parágrafos 196 a 225 desta mesma decisão.

7. O Estado é responsável pela violação do direito à integridade pessoal, consagrado no artigo 5.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação com o artigo 1.1 desse mesmo instrumento, em prejuízo dos familiares indicados nos parágrafos 243 e 244 da presente Sentença, em conformidade com o exposto nos parágrafos 235 a 244 desta mesma decisão.

E DISPÕE,

por unanimidade, que:

8. Esta Sentença constitui *per se* uma forma de reparação.

9. O Estado deve conduzir eficazmente, perante a jurisdição ordinária, a investigação penal dos fatos do presente caso a fim de esclarecê-los, determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei preveja, em conformidade com o estabelecido nos parágrafos 256 e 257 da presente Sentença.

10. O Estado deve realizar todos os esforços para determinar o paradeiro das vítimas desaparecidas e, se for o caso, identificar e entregar os restos mortais a seus familiares, em conformidade com o estabelecido nos parágrafos 261 a 263 da presente Sentença.

11. O Estado deve oferecer o tratamento médico e psicológico ou psiquiátrico que as vítimas requeiram e, se for o caso, pagar o montante estabelecido, em conformidade com o estabelecido nos parágrafos 267 a 269 da presente Sentença.

12. O Estado deve realizar as publicações ordenadas, em conformidade com o estabelecido no parágrafo 273 da presente Sentença.

13. O Estado deve realizar um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional a respeito dos fatos do presente caso, em conformidade com o estabelecido no parágrafo 277 da presente Sentença.

14. O Estado deve continuar com as ações desenvolvidas em matéria de capacitação e implementar, em um prazo razoável, um programa ou curso permanente e obrigatório sobre direitos humanos, dirigido a todos os níveis hierárquicos das Forças Armadas, em conformidade com o estabelecido no parágrafo 283 da presente Sentença.

15. O Estado deve adotar, em um prazo razoável, as medidas que sejam necessárias para tipificar o delito de desaparecimento forçado de pessoas em conformidade com os parâmetros interamericanos, nos termos do estabelecido no parágrafo 287 da presente Sentença. Enquanto cumpre com esta medida, o Estado deve adotar todas aquelas ações que garantam o efetivo julgamento, e se for o caso, a punição em relação aos fatos constitutivos de desaparecimento forçado através dos mecanismos existentes no direito interno.

16. O Estado deve continuar desenvolvendo as iniciativas de busca, sistematização e publicação de toda a informação sobre a Guerrilha do Araguaia, assim como da informação relativa a violações de direitos humanos ocorridas durante o regime militar, garantindo o acesso à mesma nos termos do parágrafo 292 da presente Sentença.

17. O Estado deve pagar as quantias fixadas nos parágrafos 304, 311 e 318 da presente Sentença, a título de indenização por dano material, por dano imaterial e por restituição de custas e gastos, nos termos dos parágrafos 302 a 305, 309 a 312 e 316 a 324 desta decisão.

18. O Estado deve realizar uma convocatória, em, ao menos, um jornal de circulação nacional e um da região onde ocorreram os fatos do presente caso, ou mediante outra modalidade adequada, para que, por um período de 24 meses, contado a partir da notificação da Sentença, os familiares das pessoas indicadas no parágrafo 119 da presente Sentença aporem prova suficiente que permita ao Estado identificá-los e, conforme o caso, considerá-los vítimas nos termos da Lei nº 9.140/1995 e desta Sentença, nos termos do parágrafo 120 e 252 da mesma.

19. O Estado deve permitir que, por um prazo de seis meses, contado a partir da notificação da presente Sentença, os familiares dos senhores Francisco Manoel Chaves, Pedro Matias de Oliveira ("Pedro Carretel"), Hélio Luiz Navarro de Magalhães e Pedro Alexandrino de Oliveira Filho possam apresentar-lhe, se assim desejarem, suas solicitações de indenização, utilizando os critérios e mecanismos estabelecidos no direito interno pela Lei nº 9.140/1995, conforme os termos do parágrafo 303 da presente Sentença.

20. Os familiares ou seus representantes legais apresentem ao Tribunal, em um prazo de seis meses, contado a partir da notificação da presente Sentença, documentação que comprove que a data de falecimento das pessoas indicadas nos parágrafos 181, 213, 225 e 244 é posterior a 10 de dezembro de 1998.

21. A Corte supervisionará o cumprimento integral desta Sentença, no exercício de suas atribuições e em cumprimento de seus deveres, em conformidade ao estabelecido na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e dará por concluído o presente caso, uma vez que o Estado tenha dado cabal cumprimento ao disposto na mesma. Dentro do prazo de um ano, a partir de sua notificação, o Estado deverá apresentar ao Tribunal um informe sobre as medidas adotadas para o seu cumprimento.

O Juiz Roberto de Figueiredo Caldas deu a conhecer à Corte seu voto concordante e fundamentado, o qual acompanha esta Sentença.

Redigida em espanhol, português e inglês, fazendo fé o texto em espanhol, em San José, Costa Rica, em 24 de novembro de 2010.

DIEGO GARCÍA-SAYÁN

Presidente

LEONARDO A. FRANCO

MARGARETTE MAY MACAULAY

ALBERTO PÉREZ PÉREZ

MANUEL VENTURA ROBLES

RHADYS ABREU BLONDET

EDUARDO VIO GROSSI

ROBERTO DE FIGUEIREDO CALDAS

Juiz ad hoc

PABLO SAAVEDRA ALESSANDRI

Secretário

Comunique-se e execute-se,

DIEGO GARCÍA-SAYÁN

Presidente

PABLO SAAVEDRA ALESSANDRI

Secretário

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

AÇÃO

Civil Pública

12, 14, 94, 95, 97, 102-103, 105, 107, 113, 115-119, 166, 173, 183, 185, 187-189, 237, 259-263, 361-366, 369-370, 373, 376, 414-417, 476, 479-480, 488

Direta de Inconstitucionalidade

12-13, 219, 267-269, 285-287, 289, 291-293, 295, 297

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

93-96, 98, 101-112, 114-115, 117-119, 168-169, 174-177, 179-180, 182-183, 211-212, 243, 247, 252, 264, 366, 481

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

12, 218, 221-222, 225, 228-229, 231-232, 236

ASPECTOS ESTRUTURAIS

123, 125

ASSISTÊNCIA

típica

151, 154

provocada

151, 161-162

ATIVIDADE PROBATÓRIA JUDICIAL

197

ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

93, 97, 105, 121, 123, 129-131, 257

AVISO PÚBLICO

19, 34, 36-38

BUROCRACIA

31, 203, 206-207

CAOS TRIBUTÁRIO

203-206

CASO GOMES

404-405, 422-424, 427, 506

COGNIÇÃO

exauriente

63, 66-68, 74, 76-86, 88

sumária

63, 66-68, 74, 77-83, 88

COISA JULGADA

27-28, 30, 32, 40-41, 63, 65-69, 71, 73-75, 77-83, 85-87, 89-91, 117, 120, 124-125,

134-135, 154, 160-161, 164, 464, 466, 480, 490, 503-504

COMBATE À CORRUPÇÃO

93-97, 101, 116, 118-119, 121

COMPETÊNCIA LEGISLATIVA

13, 285-288, 290-292, 297, 300

COMPORTAMENTOS HUMANOS

19-20, 33, 39

CONTINUIDADE JURÍDICA

19, 25-26, 28, 30, 32, 35

DECISÃO ANTECIPATÓRIA

76-79, 81, 86, 88

DESPESA(S)

pública

211, 213-215

com pessoal

12, 212-215

DINHEIRO PÚBLICO

94, 96, 118

DIREITO CONSTITUCIONAL

13, 26, 40, 136, 146, 188, 221, 231, 271, 285, 289-290, 293-294, 311, 319, 321-322, 330, 333, 423, 511-512

DISCIPLINA LEGAL

151, 153, 223, 231-233, 375, 385, 387

ECONOMIA

69, 72, 84, 88, 89, 94, 123, 127, 188, 203, 205-207, 228, 229

EDUCAÇÃO

13, 94, 96, 98, 106, 120, 171, 258, 285-288, 291, 293-297, 299, 301, 406, 511

EMPRESA MUNICIPAL

237, 243, 248, 250, 254

ENCARGOS TRABALHISTAS

203, 205-206

ESTABILIDADE

19, 22-25, 28-30, 32, 34, 39, 77, 81, 87, 96, 124, 176, 426, 493

ESTABILIZAÇÃO

21, 25, 29, 63, 65-69, 71, 73-77, 79-91, 132, 152, 212

FURTO QUALIFICADO

337-338, 343, 346, 351-352, 360

HOMICÍDIO QUALIFICADO

13, 277, 280, 282

ILICITUDE

100, 199, 324

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

95-96, 100-103, 108, 110, 115-118, 120-121, 173, 361-366, 368-369, 372, 375-377

INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL

123, 125, 129-130, 132, 133

INFLAÇÃO

203-204, 206, 218

INQUÉRITO CIVIL

94, 96-97, 107, 113, 115, 119, 166, 189, 237, 238, 247, 248, 251, 255

INTEGRAÇÃO

515

INTEGRIDADE PESSOAL

401-403, 441, 447, 448, 457, 466, 493, 494, 497-498, 509, 523, 524

INTERESSES DIFUSOS

93, 94, 96-97, 166, 188, 259, 415

INTERPRETAÇÃO

31, 33, 35-38, 57-58, 75, 80, 83-84, 86, 93, 101-102, 104-107, 114, 119-120, 126-127, 192, 279, 303, 305, 309, 315, 351, 379, 408, 416-418, 420, 423-424, 449-450, 453, 469, 471-472, 524

INTERVENÇÃO(ÕES)

de terceiro

109, 143, 151-154, 156, 160-161, 163

do colegitimado

151, 159, 163

INVIOLABILIDADE CIVIL

313

JULGAMENTO-ALERTA

19, 32-39, 41, 43

JURISPRUDÊNCIA

19-43, 48, 73, 97, 115, 125-126, 152, 157, 182, 227, 234, 260, 275, 277, 279-281, 283, 285, 287-289, 291-293, 295, 297-301, 303, 307-311, 313, 315, 317, 319-321, 323, 325, 327, 329-335, 337, 339-341, 351, 353,

366, 391, 393, 395, 402, 407, 409, 413, 416-417, 421, 427, 430, 439, 440, 449, 452, 455, 463, 469-471, 483, 485, 491, 495, 497, 503-504, 512-516, 518-520

LACUNA

45, 147, 294

LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA

137-143, 157

LEI

Anticorrupção

93-94, 99, 101-104, 106-110, 113-114, 118-119

de Responsabilidade Fiscal

211-212, 214

LIBERDADE

de expressão

305, 307, 311, 314, 405, 423, 433, 474, 482, 492

de pensamento

400-401, 403, 474, 481-482, 491, 524

LIMITADORES

12, 123, 211

MANDATO ELETIVO

211, 215

MATÉRIA PROBATÓRIA

193, 195, 197, 199

MINISTÉRIO PÚBLICO

31, 93-97, 105, 107-121, 123-134, 139, 146, 147, 150, 165-168, 171-173, 175-177, 180, 182, 184-185, 187-189, 199, 211-213, 215, 221, 222, 226, 230, 236, 237, 247-251, 254-257, 262-266, 270, 273, 277-279, 281, 283-284, 291, 301, 312-313, 318, 327, 347, 361-377, 414-416, 423, 436-437, 455, 476, 479-480, 488, 505, 506

MUNICÍPIO

102-103, 212, 231-232, 236-238, 240-241, 244-247, 252-253, 262-263, 285, 290-291, 294, 301, 305-306, 308-316, 319-320, 325-327, 329-330, 333-335, 361, 363, 366, 405

NATUREZA

Administrativa

167-168, 177

Jurídica

165, 177

NEGÓCIO(S) JURÍDICO(S)

55, 64, 137, 139-140, 159, 191-195, 197, 199, 238

NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

63-64, 80, 82, 90, 137, 139, 141, 143, 151-153, 155-157, 159, 161, 163, 193

ÓRGÃO

agente

123, 128-132

interveniente

128, 130-132

PARTILHA

13, 45, 47, 53, 56, 58, 205, 265, 285, 288-289, 291

PEDIDO LIMINAR

338

PERDA DO CARGO

361-364, 366-370, 373-375

PERSONALIDADE JURÍDICA

95, 99, 100, 153, 175, 177, 400, 403, 431, 432, 441, 447, 448, 523

PESSOA JURÍDICA

93-95, 99-100, 102-105, 107-112, 114, 116-119, 175, 237, 269-271, 362, 364, 369, 382-383, 387

PIB

94, 203-204, 206

PODER DE POLÍCIA

165, 171, 173-180, 185, 187, 189

PRECLUSÃO

123-136, 153, 159, 415

PROCESSO

Administrativo

94, 104-105, 108, 110-114, 183, 258, 368, 518

Civil

20, 43, 63-64, 66, 70-71, 74-75, 80, 82, 89-91, 94, 113, 116-117, 123, 125-127, 129, 131, 133, 135-137, 139, 141, 143, 151-153, 155-163, 191-194, 197, 199, 232, 262, 264, 269, 379, 381, 384, 393, 489

Eleitoral

211, 216

Penal

13, 128, 133-136, 139, 194, 227-228, 277, 278, 280-284, 309, 315, 323, 329-330, 354-355, 455

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

145-149, 211, 215, 230, 236, 267, 273, 361, 363, 367-368, 373, 374

RECUPERAÇÃO JUDICIAL

379-393

RECURSO(S)

Repetitivo

28

Públicos

94, 100, 102, 106, 118, 121, 212

REPOUSO NOTURNO

337-339, 344-345, 348-353

RESOLUÇÃO

79, 82, 107, 113, 128, 152, 221-223, 225-229, 265, 379, 381, 404, 409, 422, 425, 427, 430, 438, 456, 462-463, 465, 467, 471, 474, 482, 492, 506

RESPONSABILIDADE OBJETIVA

94-95, 103, 105, 118, 444

SEGURANÇA JURÍDICA

19, 21-31, 33, 35-37, 39-43, 67, 206, 242-243, 413, 415, 451, 487

SERVIÇO PÚBLICO

165, 168-174, 177, 187-189, 218

SISTEMAS PROCESSUAIS

77

TÉCNICAS PROCESSUAIS

63, 66, 96, 116, 119

TUTELA(S)

provisória(s)

63, 65-69, 71-73, 75, 77, 79, 81, 83, 85, 87-89, 91

processuais

63, 89

VACATIO LEGIS

65

VOTO PLURINOMINAL

145, 147-149

Assinatura da Versão Digital

A Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro está com inscrições abertas para todos os interessados em assinar sua versão digital.

A inscrição pode ser feita pelo *e-mail*:

revista.assina@mprj.mp.br

Envio de trabalhos para publicação

A Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro está sempre selecionando trabalhos a serem publicados em suas edições regulares. Informações sobre formato e sobre critérios de seleção de trabalhos para publicação podem ser encontradas na seção da Revista no *site*:

www.mprj.mp.br/consulta-juridica/revista-do-mp

Trabalhos para publicação podem ser enviados para o *e-mail*:

revista.publica@mprj.mp.br

Outras informações podem ser solicitadas pelo *e-mail*:

revista@mprj.mp.br