

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

50 ANOS

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

50 ANOS

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

Agnaldo Alves
Controle Administrativo

Rebeca Aismini
Coordenação de Editoração

Carolina Favre
Estagiária

Cristina Siqueira
Coordenação de Revisão
Coordenação de Produção

Thaís Abbês
Revisão Ortográfica

André Lourenço
Carolina Ramos
Tatiana Lacerda
Estagiários

Davi Kaptzki
Projeto Gráfico

Jonas Cruz
Design Gráfico
Foto da capa

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.

As reproduções fotográficas utilizadas na capa e no miolo pertencem ao acervo do Museu Histórico Nacional / IBRAM / Ministério da Cultura. As pinturas são de autoria de Carlos Oswald e fazem parte da sala Jenny Dreyfuss do Museu Histórico Nacional, no Rio de Janeiro.

A composição dos órgãos e das entidades constante nas páginas 5, 6 e 7 é a referente ao último dia do trimestre abrangido por esta revista.

Tiragem: 3250 exemplares | Circulação Nacional

Pede-se permuta | *On demande l'échange* | *We ask for exchange*

Redação e Administração

Av. Marechal Câmara, 370 - 3º andar, Centro, Rio de Janeiro, RJ, CEP 20020-080

Telefones/Fax (21) 2219-3370 e (21) 2219-3371

www.mprj.mp.br | e-mail: revista@mprj.mp.br

Catálogo na publicação - Biblioteca Clóvis Paulo da Rocha / MPRJ

Revista do Ministério Público / Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. - Vol. 1, nº 1 (jan./jun. 1995) - Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 1995 - v. ; 23 cm

Trimestral

1995-2016 (1 - 62)
2017 (63, 64)

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

José Eduardo Ciotola Gussem
Procurador-Geral de Justiça

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

Sérgio Roberto Ulhôa Pimentel
Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos
Cíveis e Institucionais

Leila Machado Costa
Subprocuradora-Geral de Justiça de Planejamento Institucional

Alexandre Araripe Marinho
Subprocurador-Geral de Justiça
de Assuntos Criminais e de Direitos Humanos

Marfan Martins Vieira
Subprocurador-Geral de Justiça de Relações
Institucionais e Defesa de Prerrogativas

Dimitrius Viveiros Gonçalves
Secretário-Geral do Ministério Público

Sávio Renato Bittencourt Soares Silva
Coordenador do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

Leandro Silva Navega
Subcoordenador do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

• • •

Corregedoria-Geral do Ministério Público

Pedro Elias Erthal Sanglard
Corregedor-Geral do Ministério Público

Márcia Álvares Pires Rodrigues
Subcorregedora-Geral

Kátia Aguiar Marques Selles Porto
Subcorregedora-Geral

Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça

José Eduardo Ciotola Gussem
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
Marfan Martins Vieira

Membros eleitos

José Roberto Paredes
Dirce Ribeiro de Abreu
Márcia Alvares Pires Rodrigues
Joel Tovil
Katia Aguiar Marques Selles Porto
Walberto Fernandes de Lima
Lilian Moreira Pinho
Sávio Renato Bittencourt Soares Silva
Luciana Sapha Silveira
Antonio Carlos da Graça de Mesquita

• • •

Conselho Superior do Ministério Público

José Eduardo Ciotola Gussem
Presidente

Pedro Elias Erthal Sanglard
Corregedor-Geral

Titulares Eleitos

Pelos Procuradores de Justiça

Marcelo Daltro Leite
Cláudio Soares Lopes
Sumaya Therezinha Helayel
Anna Maria Di Masi

Pelos Promotores de Justiça

Ricardo Ribeiro Martins
Flávia de Araújo Ferrer
Conceição Maria Tavares de Oliveira
Dennis Aceti Brasil Ferreira

**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**

Lilian Moreira Pinho
Diretor-Presidente

• • •

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

Maria do Carmo dos Santos Casa Nova
Presidente

• • •

Sicoob Coomperj

Luiz Antônio Ferreira de Araújo
Diretor-Presidente

EDITORIAL

50 anos da Revista de Direito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Em 2017, a Revista de Direito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro comemora meio século de existência. Após 50 anos, continua trabalhando com os mesmos valores de sua criação, sendo um meio de divulgação de pesquisas e reflexões. Seu único compromisso é com o desenvolvimento da ciência jurídica e com a promoção de uma reflexão crítica sobre os mais diversos temas do direito.

Neste número, temos o prazer de apresentar aos nossos assinantes seletos temas. O constitucionalista Jorge Miranda apresenta o seu ensaio sobre a relevância da família na Constituição Portuguesa e o Promotor de Justiça Felipe Soares Tavares Morais trata da criminalização da detenção de material pornográfico infantil no Brasil e em Portugal. O superendividamento dos consumidores no Brasil e a relevância internacional do *jus cogens* para os direitos humanos são abordados a partir da perspectiva dos Promotores de Justiça Guilherme Magalhães Martins e Emerson Garcia. No âmbito do direito processual penal, o Profº Antonio do Passo Cabral trata da abrangência dos acordos processuais e, no tocante ao novo Código de Processo Civil, Fredie Didier Jr. discute a estruturação dogmática de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios. Os advogados Rodrigo Reis Mazzei e Bruno Pereira Marques destacam o impacto que a vigência do novo CPC trouxe ao Estatuto das Cidades. O papel do Judiciário frente à questão ambiental que influencia o clima do planeta, as parcerias entre a Administração e as organizações da sociedade civil, temas atuais e de grande relevância, são abordados com exemplar senso crítico pelos Promotores de Justiça Vinícius Lameira Bernardo e André Farah Alves. E, ainda, as vicissitudes da mediação na transformação da realidade social é o tema da pesquisa da Profª Ana Paula Bustamante.

No observatório jurídico, o tributarista e assíduo colaborador de nossa Revista, Ives Gandra da Silva Martins, aborda *“o exercício do poder e a necessidade de limites”*, enquanto o Professor Jorge Lobo discorre sobre *“comitê de acionistas de companhias em regime de recuperação judicial”*.

A prática cotidiana dos membros do Ministério Público é retratada por meio das seletas peças processuais destacadas para essa edição.

Imunidade parlamentar, o acesso amplo à obtenção de cópias de gravações de depoimentos prestados por meios audiovisuais e a reclamação constitucional contra ato de nepotismo são os assuntos trazidos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Do Superior Tribunal de Justiça, a seleção envolve a discussão sobre eventual ofensa ao princípio do promotor natural, o reconhecimento de que a tortura praticada por agente policial pode configurar improbidade administrativa e, ainda,

a discussão acerca do princípio do *bis in idem* em se tratando da existência de título executivo extrajudicial (acórdão do TCU) e sentença condenatória de ressarcimento em ação civil pública de improbidade administrativa.

Na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, é apresentado o caso “Vladimir Herzog e Outros *versus* Brasil”, que representa importante precedente no sentido de se identificar os responsáveis pelas graves violações dos direitos humanos durante a ditadura militar no Brasil.

Por fim, lembramos que nossa Revista conta com duas versões: uma eletrônica e outra impressa, o que possibilita maior dinâmica e facilidade de acesso, contribuindo para incrementar a democratização do saber.

EMERSON GARCIA
Diretor da Revista

ROBSON RENAULT GODINHO
Vice-Diretor da Revista

Sumário

Doutrina

Conflitos e Consensos: o Papel da Mediação Comunitária na Transformação da Realidade Social <i>Ana Paula Bustamante</i>	17
O Terceiro Setor e a Lei nº 13.019/2014: Algumas Questões Iniciais <i>André Farah Alves</i>	33
Acordos Processuais no Processo Penal <i>Antonio do Passo Cabral</i>	69
<i>Jus Cogens</i> e Proteção Internacional dos Direitos Humanos <i>Emerson Garcia</i>	95
Internet, Pornografia e Infância: a Criminalização da Posse de Pornografia Infantil <i>Felipe Soares Tavares Moraes</i>	105
Sistema Brasileiro de Precedentes Judiciais Obrigatórios e os Deveres Institucionais dos Tribunais: Uniformidade, Estabilidade, Integridade e Coerência da Jurisprudência <i>Fredie Didier Jr.</i>	135
Sobre a Relevância Constitucional da Família <i>Jorge Miranda</i>	149
Estatuto da Cidade e o Novo Código de Processo Civil: Primeiras Considerações sobre o Impacto e a Simbiose dos Diplomas <i>Rodrigo Mazzei</i> <i>Bruno Pereira Marques</i>	161
Mudanças Climáticas: Estratégias de Litigância e o Papel do Judiciário no Combate às Causas e Efeitos do Aquecimento Global no Contexto Brasileiro <i>Vinicius Lameira</i>	197
O Protagonismo Judicial e o Superendividamento dos Consumidores no Brasil <i>Guilherme Magalhães Martins</i> <i>Laila Natal Miguel</i> <i>Stella de Souza Ribeiro de Araujo</i>	225

Observatório Jurídico

O Exercício do Poder e a Necessidade de Limites <i>Ives Gandra da Silva Martins</i>	249
Comitê de Acionistas <i>Jorge Lobo</i>	251

Peças Processuais

Pareceres

- Processo Judicial. Parecer do Ministério Público. Sétima Câmara Criminal. Correição Parcial ajuizada pelo Ministério Público contra despacho irrekorível que indeferiu o pleito ministerial de baixa de inquérito à Delegacia de Polícia para cumprimento de diligências. *Carlos Antonio Navega* **257**
- Processo Administrativo. Consultoria Jurídica da Procuradoria-Geral de Justiça. Consulta formulada a respeito da possibilidade de transformação de cargos de Promotor de Justiça Substituto em cargos de Promotor de Justiça. *Emerson Garcia* **259**
- Processo Judicial. Parecer do Ministério Público. 1ª Promotoria de Justiça Cível e de Família da Ilha do Governador. Notícia de prática de abuso sexual que não deixa vestígios físicos e Síndrome da Alienação Parental. Regulamentação de convivência. *Erica Rogar* **267**
- Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Sistema Prisional e Direitos Humanos. Pedido de providências. Superlotação carcerária. Interdição funcional de espaços prisionais. Impacto regulatório. Monitoramento e avaliação. Regularização das condições de alocação. *Murilo Nunes de Bustamante* **303**
- Processo Judicial. Parecer do Ministério Público. 4ª Promotoria de Justiça de Fazenda Pública. Responsabilidade civil do Estado. Morte de pessoa detida e conduzida a uma Unidade de Polícia Pacificadora. “Caso Amarildo”. *Robson Renault Godinho* **329**

Jurisprudência

Supremo Tribunal Federal

Jurisprudência Criminal

- Inquérito nº 3.948/Distrito Federal. Deputado Federal. Crime contra a honra. Difamação e injúria. Imunidade Parlamentar Material. Artigo 53, *caput*, da Constituição da República. Entrevista via rádio. Nexo de implicação entre as manifestações e o exercício do mandato. Alcance. Dolo. Inexistência. Atipicidade de conduta. *Primeira Turma, 22/11/2016* **357**

Jurisprudência Cível

- Reclamação nº 23.101/Paraná. Reclamação. Garantir a observância de enunciado de Súmula Vinculante. Súmula Vinculante nº 14. Negativa de fornecimento de cópias em meio magnético, óptico ou eletrônico de depoimentos em formato audiovisual gravados em mídias já documentadas nos autos. Violação ao direito de amplo acesso aos elementos de prova. Reclamação procedente. *Segunda Turma, 22/11/2016* **369**

Reclamação nº 18.564/São Paulo. Constitucional e Administrativo. Súmula Vinculante nº 13. Ausência de configuração objetiva de nepotismo. Reclamação julgada improcedente. Liminar anteriormente deferida cassada. <i>Segunda Turma, 23/02/2016</i>	377

Superior Tribunal de Justiça

Jurisprudência Criminal

<i>Habeas Corpus</i> nº 340.586/Rio de Janeiro (2015/0281833-6). <i>Habeas Corpus</i> . Art. 288, <i>caput</i> , 304 (16 vezes) e 344, todos do Código Penal; art. 1º, II, do Decreto-Lei nº 201/1967 e art. 90 da Lei nº 8.666/1993 (16 vezes). Incompetência da Autora Relatora para permanecer na relatoria da Ação Penal Originária após alteração no Regimento Interno. Vício não caracterizado. Atribuição de Promotor de Justiça para atuar na Ação Penal Originária, durante atividade instrutória. Delegação do Procurador-Geral de Justiça. Constrangimento não evidenciado. Ordem denegada. <i>Sexta Turma, 15/12/2016</i>	395

Jurisprudência Cível

Recurso Especial nº 1.177.910/Sergipe (2010/0009495-0). Administrativo e Processual Civil. Improbidade Administrativa. Policiais Cíveis. Tortura. Ofensa aos Princípios Administrativos. Precedente. Recurso Especial Provido. <i>Primeira Seção, 26/08/2015</i>	407
Recurso Especial nº 1.413.674/Sergipe (2013/0356246-9). Administrativo. Recurso Especial. Improbidade Administrativa. Condenação de ressarcimento do prejuízo pelo TCU e na esfera judicial. Formação de duplo título executivo. Possibilidade. Ressarcimento ao Erário. Penalidade que deve ser necessariamente imposta quando há comprovado prejuízo ao Erário. Aplicação de multa civil. Desnecessidade. Sanções definidas na origem que se mostram suficientes e proporcionais. Recurso Especial parcialmente provido, acompanhando em parte o Relator. <i>Primeira Turma, 17/05/2016</i>	429

Jurisprudência Internacional

Nota Introdutória	455
Caso Vladimir Herzog e Outros <i>Versus</i> Brasil – Relatório nº 71/15 – Caso 12.879 – 28 de Outubro de 2015	457

Noticiário

Novos Promotores de Justiça Tomam Posse no MPRJ	537
Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro Participa de Audiência sobre Presídios na Corte Interamericana de Direitos Humanos	539
ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO	541



Detalhe da imagem da capa

Doutrina



Conflitos e Consensos: o Papel da Mediação Comunitária na Transformação da Realidade Social

Ana Paula Bustamante*

Sumário

1. Introdução. 2. Um Olhar Importante sobre a Mediação Comunitária. 3. A Realidade das Partes, o Espaço Social, as Dificuldades Existenciais e o Mediador Comunitário. 4. Conclusão. Referências.

Resumo

A partir de pesquisa bibliográfica norteada pelo método teórico-analítico, estuda-se o meio alternativo de solução de controvérsias conhecido como mediação comunitária. A investigação assume o objetivo de demonstrar que a mediação comunitária consiste num instrumento que permite uma nova forma de olhar o conflito, capaz de propiciar uma mudança no paradigma ganhar x perder, para o do ganhar x ganhar, a partir de uma relação dialógica e participativa das partes na construção de um consenso. De início, expõe-se a necessidade de se buscar outros instrumentos de composição de conflitos sociais, mais céleres e menos onerosos que promovam não só o acesso, mas também a paz social, sendo a mediação comunitária, identificada pela doutrina como uma forma de tratamento dos conflitos que estão circunscritos a uma determinada comunidade e aos indivíduos que nela habitam. Os resultados demonstram que a mediação comunitária proporciona às partes envolvidas a possibilidade e a capacidade conjunta de consensualmente solucionar o conflito, sem qualquer interferência do Poder Judiciário. Para tanto, contribui a figura do mediador, que hoje é regulada pela Lei 13.140/2015 e que no caso é o mediador extrajudicial (art. 9º da lei), que é um membro da comunidade e conhecedor da realidade social, características que legitimam a sua atuação e incrementam o potencial de uma maior contribuição para, sem qualquer tipo de persuasão, auxiliar na construção conjunta de um entendimento satisfatório. A conclusão foi no sentido de que a mediação comunitária é uma questão de política pública, apresentando-se como uma ferramenta hábil para aproximar a comunidade periférica da justiça, criando um espaço público democrático que propicia aos cidadãos os sentimentos de pertencimento, empoderamento e responsabilidade por suas decisões.

* Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Servidora do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ). Professora do curso de Direito da Universidade Estácio de Sá (UNESA). Professora Assistente da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ).

Abstract

From literature guided by theoretical and analytical method, we study the alternative means of dispute settlement known as community mediation. The research, assumes the purpose of showing that the Community Mediation is an instrument that allows a new way of looking at the conflict, capable of providing a change in the paradigm win x losing to the win x win from a dialogical relationship and participatory parties in building consensus. Initially, exposes the need to seek other instruments composition of social conflicts, quicker and less costly to promote not only access, but also social peace, and community mediation, identified by the doctrine as a form of treatment conflicts that are restricted to a particular community and the individuals who inhabit it. The results demonstrate that community mediation allows the parties involved the possibility and the joint capacity to consensually resolve the conflict without any interference from the judiciary. Therefore, it contributes the figure of the mediator, which is now regulated by Law 13.140 / 2015 and that the case is the extrajudicial mediator (art. 9 of the Law), which is a member of the community and knowledgeable of social reality, features legitimizing its performance and increase the potential for a greater contribution to, without any persuasion, aid in joint construction of a satisfactory understanding. The conclusion was to the effect that the Community Mediation is a matter of public policy, presenting himself as a skillful tool to approach the peripheral community of justice, creating a democratic public space that provides citizens the sense of belonging, empowerment and responsibility their decisions.

Palavras-chave: Mediação Comunitária. Resolução de Conflitos. Empoderamento.

Keywords: Community Mediation. Dispute Resolution. Empowerment.

1. Introdução

A explosão da litigiosidade dos dias atuais, aliada à ineficácia dos meios tradicionais de resolução das demandas, permite cada vez mais a busca pelos meios alternativos de tratamento dos conflitos (mediação, conciliação e arbitragem), que de forma mais célere e menos onerosa, promovem a paz social. A mediação surge como uma nova forma de olhar o conflito, propiciando uma mudança no paradigma de ganhar x perder, para o do ganhar x ganhar, trabalhando com o diálogo transformador e a participação das partes na formação de um consenso que atenderá aos envolvidos.

Tendo por base a existência de conflitos que são circunscritos a determinada comunidade e aos indivíduos que nela habitam e sob uma perspectiva crítica do direito marcada pelo pluralismo jurídico, será analisada a mediação comunitária como um método que permite o tratamento do conflito pela própria comunidade. Com isso, verificar-se-á a possibilidade da mediação como instrumento de transformação social, possibilitando a construção de espaços democráticos que conduzem a uma efetiva democratização do acesso à justiça por meio de uma cidadania ativa e um direito emancipatório.

É nesse contexto que a mediação comunitária se apresenta como um instrumento democrático e autocompositivo de tratamento de conflitos, que promove o resgate e a valorização do diálogo, representando uma grande ferramenta transformadora, permitindo aos indivíduos criarem ou recriarem laços, de forma a se auto-organizarem, prevenindo e solucionando seus próprios conflitos de interesses. Assim, a comunicação é capaz de permitir que os indivíduos possam construir decisões justas e legítimas, que sejam capazes de pacificar o litígio e facilitar uma melhor compreensão sobre os fatos que desencadearam a disputa. A utilização do diálogo representa o uso de uma nova forma de se observar e resolver as controvérsias; a mediação surge, portanto, como uma ferramenta para a transformação social, pois a facilitação do diálogo, com um acordo de entendimentos, permite que os sujeitos se reconheçam reciprocamente em seus direitos e deveres, o que constituirá em uma convivência harmoniosa e geradora de decisões obtidas consensualmente.

Neste sentido, a intervenção de um terceiro imparcial, como por exemplo, o magistrado, pode não se apresentar como a melhor opção para a resolução dos conflitos que surgem nestas comunidades, sendo importante identificar quais as características que devem ter este terceiro – mediador, de forma a atingir com sucesso os propósitos da mediação. Com a promulgação da Lei 13.140 de 2015, que fixou o marco legal da mediação no Brasil, a mediação extrajudicial foi regulamentada, trazendo os elementos necessários à atuação do mediador que atua fora do Judiciário, determinando em seu art. 9º quem pode atuar como mediador extrajudicial¹. É fato que este mediador é um membro da própria comunidade e por pertencer à mesma realidade social, possui os mesmos valores, hábitos e crenças que as partes envolvidas, é conhecedor dos conflitos que surgem naquela localidade e, portanto, por se colocar a serviço da comunidade, acaba melhorando as relações humanas, colaborando com a inclusão social.

2. Um Olhar Importante sobre a Mediação Comunitária

Nos espaços sociais (comunidades carentes – favelas e bairros periféricos), a pouca ou nenhuma presença do Estado, somada à falta de diálogo e compreensão do mundo moderno, propiciam o aumento da organização e aplicação de regras criadas pelo próprio cidadão objetivando o tratamento de seus conflitos. Desta forma, “cansados de esperar, muitas vezes os indivíduos aplicam suas próprias regras, ainda que ausentes de oficialidade” (SPENGLER, 2009, p.279).

Esta ausência ou presença mínima do Estado aliada não só à crise do Judiciário, que não consegue desempenhar seu papel com eficiência, rapidez e efetividade, principalmente no sentido de entender os conflitos rotineiros de uma comunidade, bem como a dificuldade dos moradores ao acesso à justiça, acabam por gerar, nas palavras de Spengler (2012, p.215), cada vez mais, a “proliferação de direitos ditos inoficiais que têm berço quase sempre, na falta de atenção do Estado para com os direitos fundamentais do cidadão”.

¹ Art. 9º da Lei 13.140/05 – “Poderá funcionar como mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz, que tenha a confiança das partes e que se considere capacitada para fazer a mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação ou nele inscrever-se.”

Neste sentido, vale lembrar que Santos (1988, p.14), fazendo alusão a uma favela do Rio de Janeiro (Pasárgada), menciona que nesta comunidade vigora um “direito paralelo não oficial, cobrindo uma interação jurídica muito intensa à margem do sistema jurídico estatal (o direito do asfalto, como lhe chamam os moradores das favelas [...])”. Foi constatado pelo autor, na década de 1970, que os conflitos que surgiam eram resolvidos pelo presidente da associação dos moradores, que funcionava como um intermediador, aplicando tais leis inoficiais. Verifica-se, desta forma, que diante do cenário de ineficiência e de ilegitimidade estatal, os moradores acabavam buscando outras formas de resolução dos conflitos, criando alternativas à justiça estatal, de forma que responsabilizasse o cidadão por suas escolhas, procurando mecanismos mais adequados para o tratamento das divergências daquela localidade.

Entretanto, como este atuar da associação dos moradores não possuía mecanismos de coerção oficiais, o que se verificava em alguns casos, é que este tratamento exercia uma pressão com uso de violência não só no tratamento do litígio, mas também como forma de imposição de poder (casos de comunidades tomadas pelo controle do tráfico, por exemplo).

Hoje, três décadas depois, ainda encontramos esta situação em muitas comunidades, o que representa o fracasso do monopólio estatal na resolução dos litígios, pois “há um direito vivo, latente, que se traduz na forma como os cidadãos lidam com as adversidades da vida no cotidiano.” (FOLEY, 2010, p.67), o que acaba por permitir a solução destes conflitos da “melhor forma” encontrada pela comunidade.

Com isso, constata-se a própria crise do Judiciário, pois em que pese ter o monopólio da aplicação do direito, não possui o monopólio da produção do direito, o que, consequentemente, faz surgir na sociedade “uma pluralidade de ordens jurídicas, com diferentes centros de poder a sustentá-las, e diferentes lógicas normativas” (BAUMAN, 2009, p.54).

É fato que a pouca participação e/ou presença, para não dizer ausência do Estado nestas comunidades, acaba por permitir e facilitar um maior atuar deste direito que fica à margem do oficial, propiciando a utilização de regramentos próprios, criados pelos cidadãos, de forma a tratar o conflito com os mecanismos que possuem e que são aceitos e reconhecidos pelos moradores.

Verifica-se que, nestes locais, o pluralismo jurídico² está presente, permitindo a coexistência dos direitos, conforme afirmado por Boaventura Santos e outros:

[...] as sociedades são juridicamente pluralistas na medida em que o direito oficial coexiste com outros direitos que circulam não oficialmente na sociedade, no âmbito das relações sociais específicas, tais como relações de família, de produção e trabalho,

² Para WOLKMER (2001, p.219), o pluralismo jurídico é representado pela “multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sócio-político, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais”.

de vizinhança etc. Essa normatividade é frequentemente mobilizada pelos mecanismos informais de resolução de litígios. (SANTOS; MARQUES; PEDROSO, 1996).

É diante desta situação de pluralidade de normas que Foley (2010, p.68) analisa “a (re)emergência dos meios ‘alternativos’ de resolução de conflito” não somente como instrumentos que possam reproduzir a atividade do estado e promover a emancipação social, como alternativa social, mas também, como meios que possibilitem a valorização do espaço comunitário e estimulem a participação ativa dos cidadãos na resolução dos conflitos.

A mediação possibilita que a comunidade possa gerir seus conflitos, promovendo a autocomposição, propiciando aos cidadãos autonomia na construção racional de vontades e opiniões. Desse modo, permite a participação das partes envolvidas com igualdade de direitos, tanto no que tange à comunicação, quanto à racionalidade e elimina qualquer tipo de constrangimento, o que justifica a afirmação de que este meio de tratamento contempla a razão comunicativa, permitindo a aplicação de um direito válido.

Na esteira deste raciocínio, e tendo como base as comunidades carentes, que por suas características e especificidades, potencializam a problematização das relações entre os cidadãos, aprofundando os conflitos, a mediação comunitária se apresenta como uma ferramenta perfeita, pois extrai a sua força legitimadora ao viabilizar o entendimento entre os cidadãos sobre as regras de sua convivência.

Esta facilitação do diálogo é o ponto principal, pois como afirmado por Boaventura Santos, as partes estão vinculadas por “relações multiplexas”, ou seja, “relações de múltiplo vínculo (opostas às relações de vínculo único que se estabelecem entre estranhos), a continuidade das relações por sobre o conflito tende a criar um peso estrutural a cuja equilíbrio só a mediação se adequa” (SANTOS, 1988, p.22). Assim, a manutenção dos vínculos é algo primordial, pois as relações são contínuas e duradouras e a resolução do impasse com a adjudicação judicial, na maioria das vezes, não é a melhor opção.

A necessidade de aumentar e implementar a prática da mediação nestas comunidades periféricas promoverá a auto-organização de segmentos que são marginalizados, que representam as vítimas da ingerência do Estado na facilitação do acesso ao sistema judicial de pacificação de conflitos, incluindo-se, aqui, não só o acesso à justiça mas também o acesso a outros direitos básicos como saúde, moradia, educação, segurança, transporte e emprego.

Com isso, a ideia de que os próprios moradores da comunidade terão a possibilidade e capacidade de resolver seus conflitos sozinhos, sem qualquer interferência do Poder Judiciário, privilegia todos aqueles moradores que dividem o espaço comunitário, conferindo a oportunidade de exercerem uma ação em que eles mesmos irão administrar os conflitos. Isto significa dizer que não há qualquer tipo de persuasão, o poder de decisão pertence tão somente às partes, o que se dá pelo convencimento, em uma espécie de interdependência

recíproca, que propicia uma união interna, promovendo o empoderamento³ dos habitantes daquela localidade e atingindo a pacificação social.

Não se pode esquecer de que muitas destas comunidades têm sido palcos de conflitos permanentes da luta de todos contra todos, retornando aos tempos de Hobbes, do homem como lobo do homem; e a implementação da mediação comunitária contribui para a resolução dos conflitos que surgem, sendo o diálogo o grande instrumento transformador. A mediação comunitária representa um avanço no sentido de permitir que a comunidade possa tratar o seu conflito, trabalhando com a fraternidade e amizade.

Portanto, a aposta nos laços de amizade surge no sentido de “garantir à comunidade autonomia e responsabilidade para tratar seus conflitos com o auxílio de um terceiro, igual, legitimado por suas características morais e por seus vínculos, não institucionais, mas de amizade” (SPENGLER, 2012, p. 240).

Assim, ao aderir à prática da mediação, a comunidade é tomada pela consciência de que conflitos internos podem ser prevenidos ou solucionados internamente, com o uso de técnicas de interação e promoção do diálogo que funcionarão junto com a sua ação comunicativa, como instrumentos perfeitos para consolidação dos direitos fundamentais, da participação social e da democracia.

3. A Realidade das Partes, o Espaço Social, as Dificuldades Existenciais e o Mediador Comunitário

As dificuldades econômicas que assolam o país atingem um sem número de pessoas que, vivendo, ou melhor, sobrevivendo com o mínimo necessário para tentar ter uma vida digna, não têm o pleno exercício de alguns direitos constitucionais, sendo o principal deles o da moradia, residindo, portanto, em locais onde são negados serviços básicos, como saúde, educação, saneamento, alimentação saudável, entre outros, o que consequentemente impõe em afirmar que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana não atinge, nestes locais, sua efetividade.

A implementação de políticas sociais proativas nestas comunidades é emergencial, em sua grande maioria, “são segmentos sociais de pobreza e indigência”. As necessidades básicas, como afirmado acima, são evidentes. Gustin (2005, p.196), afirma que:

há uma incapacidade de acesso à moradia sustentável (domicílio dotado de acesso a água potável, luz elétrica e esgoto sanitário, e regularização da propriedade); uma inviabilidade de se inserir em

³ Para Foley (2010, p. 102), empoderamento é a realização da autonomia individual e coletiva, que implica ruptura das relações de dependência e o desenvolvimento de aptidões, habilidades e práticas comunicativas que quando conjugadas com o reconhecimento renovam as possibilidades de emancipação social. Para Vedana (2003, p.264), a noção de empoderamento dos membros de uma comunidade está ligada à ideia de diminuição da dependência destes em medidas assistencialistas (estatais ou de outras entidades), pela promoção de medidas que permitam o exercício direto dos direitos e deveres dos cidadãos com um consequente ganho qualitativo.

ambiente também sustentável (ruas calçadas e ajardinadas, córregos urbanos preservados, casas com distâncias dos vizinhos segundo a legislação etc.); uma desarticulação crescente do acesso a bens e serviços (transporte coletivo nos bairros de maior pobreza, coleta de lixo, serviços de educação e de saúde de qualidade, áreas de esporte e lazer etc.).

A cidadania nestes locais é interferida pelo “desemprego e subemprego, os domicílios em locais de desabamentos iminentes, a fome ou falta de nutrientes mínimos para uma sobrevivência sadia” (GUSTIN, 2005, p.197). Somam-se a este quadro já caótico as inúmeras violências (intra ou extradomiciliares) que afetam o cotidiano das pessoas que residem nestas comunidades que não possuem segurança pública de forma efetiva.

Diante destas dificuldades, há a necessidade da criação de uma identidade local, da valorização do espaço em que habitam estes indivíduos, o que levará até mesmo ao reconhecimento social, o incentivo à união e às lutas em prol do desenvolvimento desta comunidade. Todas essas motivações partem de uma mesma batalha pela afirmação e pela permanência desses espaços, batalha que tem como pré-requisito a auto-afirmação dos indivíduos como moradores desses locais, isto é, a identificação entre as pessoas e o ambiente em que ocupam.

Quando o morador da comunidade tem o sentimento de pertencimento a esta, ele inicia um processo de motivação na busca por melhores condições de vida individuais e coletivas. O acesso aos serviços e direitos básicos são relações contínuas que contribuirão para a permanência do indivíduo no local onde reside, o que conseqüentemente acarretará numa diminuição dos níveis de violência e danos à comunidade.

É fato que os cidadãos mais pobres tendem a conhecer menos os seus direitos e assim terem mais dificuldades em reconhecer os problemas que os afetam enquanto questões passíveis de soluções no âmbito jurídico e neste sentido, Santos (2005, p.170) já afirmava que:

Estudos revelam que a distância dos cidadãos em relação à administração da justiça é tanto maior quanto mais baixo é o estrato social a que pertencem e que essa distância tem como causas próximas não apenas factores económicos, mas também factores sociais e culturais, ainda que uns e outros possam estar mais ou menos remotamente relacionados com as desigualdades económicas.

Neste contexto, percebe-se que a condição sócio econômica priva o cidadão não só da prestação de serviços básicos essenciais, bem como do próprio direito constitucional de acesso à justiça. Conseqüentemente, permite-se o aparecimento do direito inoficioso, paralelo, estabelecendo a separação entre o regramento e a segurança prestados pelo Estado e aqueles que surgem dentro destas comunidades

excluídas, pois “em nenhum outro lugar, os efeitos da sombra pálida da lei são tão evidentes quanto em algumas favelas do Brasil” (CRESPO, 2013, p.48).

Assim, fica claro que a omissão do Poder Judiciário permite que traficantes operem como juízes *de facto*, produzindo sua própria sombra. Esta situação é observada em algumas comunidades (favelas) brasileiras, onde a autoridade no local é exercida pelos traficantes de drogas, que se colocam acima do poder da justiça tradicional. A atuação dos traficantes pode se dar ativamente no conflito ou na forma de resolução da disputa, quando chamados pelos moradores para exercerem seu poder resolvendo conflitos de vizinhança ou pequenas reclamações, configurando, portanto, o que Crespo (2013, p.48) afirmou: “traficantes de drogas se transformaram na sombra da lei”, infelizmente esta é força mais atuante e respeitada em algumas comunidades, a justiça *ad hoc*, com toda a sua arbitrariedade que lhe é peculiar.

Apesar deste panorama assustador, existem medidas que estão sendo pensadas e implementadas (ainda que timidamente) no território brasileiro, uma delas é o policiamento comunitário, um modelo de polícia preventiva que tem no seu atuar o objetivo de promover a aproximação da população aos policiais, possibilitando com isso uma maior confiança na instituição policial do Estado. Este modelo “assegura uma maior legitimidade social para o desenvolvimento do seu trabalho e a adesão da população como parceira na prevenção de delitos” (SALES; ALENCAR; FEITOSA, 2009, p.289), facilitando também, a implementação de centros de mediação para resolução dos conflitos sociais “frutos da convivência de pessoas que têm vínculos afetivos e relações continuadas (familiares, vizinhos, amigos) e que, quando mal administrados, podem gerar atos de violência e crime” (SALES; ALENCAR; FEITOSA, 2009, p.289).

Este movimento⁴ representa uma ideia inovadora, tendo o policial no papel do mediador, e, embora também represente uma forma de mediação comunitária, atendendo inclusive aos propósitos de participação da comunidade na resolução de seus conflitos, da cultura da paz, inclusão social, empoderamento e cidadania, não será esta a abordagem deste trabalho.

Para a implementação deste policiamento comunitário⁵, mais especificadamente, no estado do Rio de Janeiro, o governo, inspirado na experiência da área de Segurança Pública em Medellín, na Colômbia, começou em 2008 a instalar nas comunidades carentes (favelas) que eram (e ainda são) dominadas pelo tráfico, as Unidades de Polícia Pacificadora - UPPs, que contribuíram para tentar acabar com o direito paralelo, inofensivo que existia (e ainda existe) e, conseqüentemente, com isso, o Estado trouxe para dentro destas comunidades, cidadania e serviços sociais que faltavam,

⁴ Sobre o tema verificar o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (Pronasci), criado pelo Governo Federal, que tem como objetivo o investimento neste novo formato da polícia: associação entre segurança e cidadania. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/pronasci/data/Pages/MJF4F53AB1PTBRNN.htm>>. Acesso em: 02 Mar. 2015.

⁵ Sobre o Programa de mediação de conflitos implantado nas UPPs no estado do Rio de Janeiro, remete-se o leitor à obra “Mediação de Conflitos nas UPPs: notícias de uma experiência”, de autoria de Barbara Musumeci Mourão com organização de Pedro Strozenberg. Neste livro, a autora apresenta o programa à pesquisa que teve como objetivo acompanhar o desenvolvimento das Unidades de Polícia Pacificadora do Rio de Janeiro.

minimizando a violência, as desigualdades, trazendo, enfim, um sentimento de pertencimento, de cidadania⁶.

De toda sorte, esta hoje não é mais a realidade, em específico no estado do Rio de Janeiro, que diante da falta de recursos na manutenção e aparelhamento do projeto, acabou por permitir uma (re)condução das comunidades à realidade que viviam há 10 anos. Contudo, deve-se registrar que neste país de dimensões continentais, esta iniciativa apresentou resultados que por um período foram satisfatórios, ainda que tímidos e restritos. Mas, fato é que no Brasil ainda há, e em grande proporção, este poder paralelo nas comunidades carentes, tal qual vislumbrado por Boaventura Santos na década de 1970, em *Pasárgada*.

Assim, diante deste panorama encontrado nestas comunidades excluídas socialmente, a mediação comunitária é uma ponte para a efetivação dos direitos, pois possibilita o acesso à informação, à participação e à responsabilização do cidadão por suas escolhas e o compromisso com o local (comunidade). A mediação, neste contexto, faz a comunidade despertar para sua emancipação, pois tem a capacidade de:

devolver confiança às cidades e aos subúrbios, estudando-se a fundo sua realidade e potencialidades, e não as reduzir a bairros – ou a famílias – “problemáticos”, mas criar uma democracia urbana, pesquisar novas maneiras de os cidadãos tornarem-se cidadãos de fato, de responsabilizarem-se por sua cidade, por seu subúrbio, de criarem novos projetos para si. (SIX, 2001, p.171).

Neste sentido, percebe-se que a mediação comunitária é mais do que uma forma alternativa de acesso à justiça, é também, uma política pública que vem ganhando destaque e fomento do Ministério da Justiça e do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, haja vista a comprovação de sua eficiência na administração e resolução de conflitos. Sua importância decorre das mudanças ocorridas na sociedade e seu necessário desenvolvimento.

Entendem-se como políticas públicas diretrizes e princípios que norteiam o poder público com regras e procedimentos para regular as relações entre poder público e sociedade. São políticas explicitadas, sistematizadas em leis ou programas que irão orientar a utilização e aplicação dos recursos públicos. É uma política voltada

⁶ A Juíza Gláucia Falsarella Foley, coordenadora do Programa Justiça Comunitária do TJDF, analisando a ocupação realizada pelo Estado do Rio de Janeiro, no complexo do alemão, alertou para o fato de que somente a presença das UPPs nas comunidades cariocas, não é capaz de conseguir impor a pacificação social. É importante sim, que a polícia pacificadora esteja no local, mas a comunidade clama também por justiça. Neste sentido há a necessidade de implantação do Programa Justiça Comunitária, que permita a participação da comunidade na gestão de seus conflitos com autonomia e solidariedade. É a justiça, feita para, na e, sobretudo, pela comunidade. É a mediação comunitária, estruturada em um Programa pioneiro do Tribunal de Justiça do Distrito Federal. A juíza, afirma que o processo de pacificação inclui etapas de ocupação, policiamento, ação social e desenvolvimento local e que todas estas ações devem atuar em conjunto para sucesso do programa e consequentemente para promoção da justiça e paz nas comunidades. (Justiça comunitária – O artigo foi publicado no jornal “O Globo”, dia 11/10/2011, na editoria Opinião). Disponível em: <www1.folha.uol.com.br/opiniao/2011/10/11/justica-comunitaria-2865591.shtml>. Acesso em: 22 maio 2015.

para todos, para que se alcancem objetivos que aprimorem a comunidade e que propiciem uma coesão social, atendendo às demandas sociais.

É na verdade uma forma de intervenção do Estado “nas relações sociais, estando sempre condicionada pelos interesses e expectativas dos integrantes de tais relações” (SPENGLER, 2012, p.229-230). Representa a busca por um objetivo que adeque os meios de forma razoável para produção de resultados positivos.

Considerando as características da mediação comunitária, verifica-se que esta cumpre seu papel como política pública, uma vez que representa um conjunto de programas de ação governamental permanente, que é implantado e analisado de forma a promover a realização dos direitos e objetivos sociais e jurídicos fundamentais para a sociedade.

Assim, ao estimular uma nova forma de buscar e fazer justiça, a mediação comunitária representa um marco de política pública, pois representa muito mais que uma alternativa para contribuir com o alívio da busca pela prestação jurisdicional via Judiciário. Espera-se da mediação comunitária uma forma de tratamento dos conflitos de forma mais adequada, mais eficaz, mais humana, que promova uma justiça preventiva, pautada na autogestão visando a garantia do exercício da cidadania, uma vez que realizada por mediadores comunitários, isto é, por aqueles que conhecem a realidade das partes.

Nas palavras de Souza (2013), este mediador tem como um de seus objetivos “trazer à tona as questões subjacentes ao conflito que influenciam na possibilidade de busca de uma solução.” E com isso, o que se pretende não é a simples obtenção de um acordo que venha a pôr fim no conflito que levou as partes até a mediação, e sim, uma forma de estabelecer um novo relacionamento, fazer com que estas passem a ter condições de sozinhas, encontrarem soluções que porventura possam surgir ao longo do relacionamento que as unem, responsabilizando-se pelo tratamento do conflito.

Neste contexto comunitário, se percebe claramente as muitas transformações que decorrem desta forma consensuada de se tratar as divergências locais, sendo o mediador, a pessoa responsável que fará nascer no outro (envolvido no conflito) a suspensão do seu ponto de vista para considerar não só o bem comum, mas também a sua responsabilidade com a comunidade em que vive, isto é, em outras palavras, cidadania.

Portanto, os parâmetros para se atuar nesta relação dialógica não serão determinados por um processo judicial, isto é, pela autoridade da lei, e sim pela ética da alteridade, olhando e percebendo o outro (neste caso a outra parte), tendo sempre os preceitos da fraternidade como referência, para que assim possam chegar a um consenso que atenda aos interesses de ambas as partes.

O mediador comunitário (terceiro imparcial) é um mediador cidadão, foi escolhido entre os moradores da comunidade, que não tem a missão de decidir e sim de auxiliar as partes na obtenção de uma solução consensual, fazendo com que estas enxerguem os obstáculos ao acordo e possam removê-los de forma consciente,

como verdadeira manifestação de sua vontade e de sua intenção de compor o litígio como alternativa ao embate.

Há, portanto, uma relação de confiança que “pode ser baseada num conhecimento prévio que as pessoas têm daquele sujeito, legitimando-o de forma a atuar na condição de um terceiro que poderá auxiliar na compreensão do conflito e restabelecer o diálogo”, conforme afirmado por Meirelles; Yacoub (2015, p.116).

Com isso, o mediador comunitário conseguirá levar aos demais moradores o sentimento de inclusão social, neste sentido, desenvolvem-se na comunidade, como afirmado por Sales (2004, p. 135), “conhecimentos, crenças, atitudes e comportamentos conducentes ao fortalecimento de uma cultura político-democrática e uma cultura de paz”. Esta situação é “essencial para que haja sintonia entre os anseios e as ações locais. É por meio do protagonismo dos agentes locais que a comunidade poderá formular e realizar a sua própria transformação” (FOLEY, 2010, 146).

Não obstante o mediador comunitário ser um integrante da própria comunidade e atuar voluntariamente por acreditar no seu papel de mediador, há a necessidade de sua capacitação para exercer este atuar, devendo, portanto, ser imparcial e mesmo tendo uma proximidade com as partes envolvidas no conflito (o que pode ocasionar certa parcialidade), deve ter o cuidado de forma a não permitir que esta característica venha a ser excessiva de forma a prejudicar a mediação. Nas palavras de Vedana (2003, p. 271):

Em regra, quando o mediador é escolhido a partir de membros da própria comunidade, nem sempre a sua posição é imparcial, contudo, sua atuação é considerada por todos como justa. Ocorre que, por estar inserido na rede social, o mediador tem um contato anterior com as partes, por relações de parentesco, de vizinhança ou de convívio social, Essas relações apesar de afetarem, em maior ou menor grau a parcialidade do mediador, são irrelevantes no âmbito comunitário, pois a própria comunidade reconhece o mediador como uma figura neutra. Isso ocorre de forma mais acentuada nos programas em que a própria comunidade escolhe o mediador ou legitima sua escolha.

Os mediadores comunitários são mediadores cidadãos e segundo as palavras de Six, representam aqueles que:

mesmo sendo técnicos, são sobretudo gente da rua, gente do ramo, aqueles que pensam seu lugar dentro de uma visão de conjunto, que recusam todos os corporativismos e querem organizar juntos, com todos, uma vida em comum. (SIX, 2001, p. 136).

Logo, pode-se afirmar que na mediação comunitária o conflito é resolvido “para, na e, sobretudo, pela comunidade”. E este é realmente o enfoque, pois

somente com esta nova forma de olhar o conflito é que a comunidade conseguirá se estruturar para promover a participação e a responsabilização do cidadão pelas suas escolhas, tendo um compromisso com o local onde residem e com isso fortalecer o desenvolvimento comunitário.

De acordo com Nató, Querejazu e Carbjal (2006, p.109):

o âmbito comunitário é, em si, um espaço de grande riqueza por sua aptidão em difundir e aplicar os métodos pacíficos de gestão de conflitos ou tramitação das diferenças. A mediação, como instrumento apto a este propósito, brinda os protagonistas – aqueles que compartilham o espaço comunitário – a oportunidade de exercer uma ação coletiva na qual eles mesmos são os que facilitam a solução dos problemas que se apresentam em suas pequenas comunidades. Neste sentido, o desenvolvimento destes processos – assim como a transferência de ferramentas e técnicas específicas de mediação aos integrantes das comunidades – constitui um valioso aporte e um avanço concreto relativo à nossa maturidade como sociedade e colabora efetivamente em prol de um ideal de uma vida comunitária satisfatória.

O atuar deste mediador comunitário tem como objetivo ouvir as partes, para fazer aflorar os reais motivos do conflito e com isso ajudá-las a encontrarem a solução para os problemas oriundos das divergências de posições, facilitando o diálogo, não significando que interferirá no litígio, muito menos que irá atuar na *busca de um acordo a todo custo*⁷, é neste sentido que se pode pensar no empoderamento, como sendo um processo que propicia autoconhecimento e reconstrução das pessoas, através do conflito.

Com a mediação comunitária, os indivíduos aprendem a “valorizar o bem comum em detrimento do bem privado”, e com esta percepção passam a ter ciência do seu “poder de decisão e interesse pelo bem estar social” (SALES, 2004, p. 137) e, ao perceberem que a solução do conflito, além de ser satisfatória para todos aqueles envolvidos, também é importante para todos aqueles presentes no contexto do conflito, a cidadania surge como consequência de todo este processo.

Logo, o que se percebe é que a mediação realizada desta forma representa a emancipação da comunidade. E, uma comunidade emancipada é, portanto, detentora da capacidade de dialogar com o poder público e com a própria comunidade, na busca de soluções para os problemas “a partir de relações de organização e de solidariedade, minimizando a reiteração das diversas formas de violência e de danos” (GUSTIN, 2005, p. 199).

Neste sentido, evidencia-se na mediação comunitária esta possibilidade de transformação da realidade social, que acarreta no empoderamento da comunidade, isto

⁷ Cabe uma referência no sentido de ainda que não se consiga um consenso, o empoderamento é observado porque a transformação está no processo e não no resultado. (FOLEY, 2010, p. 111)

é, na possibilidade de as partes se fortalecerem, de terem consciência de sua importância e da sua capacidade para administrar/resolver o conflito, bem como de fazer com que a parte passe a *olhar o outro* e com isso se sinta responsável também pela outra parte.

4. Conclusão

Com este breve estudo, foi demonstrado que a mediação comunitária objetiva não só a solução de conflitos, mas também a utilização do diálogo como forma de compreensão, prevenção de conflitos, inclusão social e a paz social.

O diálogo transformador promovido pela mediação permite a prevalência da cooperação e da integração na relação, de forma a permitir que as partes sejam ouvidas, expressem seus sentimentos, tenham ações múltiplas e em conjunto, na busca de uma resolução que venha a ser satisfatória para todos.

Assim, há uma mudança na forma tradicional de enxergar o mundo, não há a busca de um culpado e sim de responsabilidades. Não há verificação de existência de uma verdade absoluta e universal, nem da figura do ganhador e do perdedor, as partes promovem suas mudanças sobre suas convicções e assim encontram razões para seus atos, orientando suas ações a fim de encontrar uma forma de reconstruir suas relações, sendo a mediação comunitária o instrumento que se apresenta como o adequado para obtenção destes resultados, principalmente porque ainda permite a prevenção dos conflitos, na medida em que as partes se tornam responsáveis por suas decisões.

Neste contexto, com a pacificação imediata dos conflitos de várias ordens e o atuar no momento correto, haverá a paz social na comunidade e ainda como consequência de todo este processo, aqueles cidadãos socialmente excluídos, passam a ter o conhecimento dos seus direitos e deveres no contexto do Estado Democrático de Direito.

Portanto, percebe-se que a mediação comunitária favorece uma transformação da realidade social, possibilitando a construção de espaços democráticos, contribuindo para o desenvolvimento nestas comunidades excluídas, a efetivação de direitos e princípios constitucionais que ficam à margem, sufocados, pela ausência do Poder Público.

Referências

BRASIL. Ministério da Justiça. *O que é o pronasci*. In: <<http://www.mj.gov.br/pronasci/data/Pages/MJF4F53AB1PTBRNN.htm>>. Disponível em: 02 mar. 2015.

BRASIL. <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2015/04/alemao-sera-reocupado-anuncia-governador-do-rj.html>>. Disponível em: 05 abr. 2015.

BRASIL. <[www://oglobo.globo.com/opinião/Justica-comunitaria-2865591](http://oglobo.globo.com/opinião/Justica-comunitaria-2865591)>. Disponível em: 24 fev. 2015.

BRASIL. <<http://oglobo.globo.com/rio/policiamento-foi-reforcado-nos-complexos-da-penha-do-alemao-apos-disparos-antes-de-corrida-8502404>>. Disponível em: 26 maio 2015.

CRESPO, Mariana Hernandez. Perspectiva sistêmica dos métodos alternativos de resolução de conflitos na América Latina: aprimorando a sombra da lei através da participação do cidadão. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez. *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. 2013, p. 48. In: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10361/Tribunal%20Multiportas.pdf?sequence=1>. Disponível em: 17 mar. 2015.

FOLEY, Gláucia Falsarella. *Justiça comunitária: por uma justiça da emancipação*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. Resgate dos direitos humanos em situações adversas de países periféricos. *Revista da Faculdade de Direito*. Belo Horizonte, nº 47, p. 181-216, jul.-dez., 2005. In: <http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/227>. Disponível em: 01 maio 2016.

MEIRELLES, Delton Ricardo Soares; YACOB, Giselle Picorelli Marques. Mediadores. In: DURVAL, Hale; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *O marco legal da mediação no Brasil: comentários à lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015*. São Paulo: Atlas, 2016.

MOURÃO, Barbara Musumeci. *Mediação de conflitos nas UPPs*: notícia de uma experiência. Rio de Janeiro: CEsSec, 2016.

NATÓ, Alejandro Marcelo; QUEREJAZU, Maria Gabriela Rodriguez; CARBAJAL, Liliana Maria. *Mediación comunitaria: conflictos en el escenario social urbano*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2006.

SALES, Lilia Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SALES, Lilia Maia de Moraes; ALENCAR, Emanuela Cardoso O de; FEITOSA, Gustavo Raposo. *Mediação de conflitos sociais, polícia comunitária e segurança pública*. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos. 2010, vol.30, nº 58, p. 281-296, jul. 2009. In: <http://journal.ufsc.br/index/Sequencia/artivle/view/14884>. Disponível em: 17 mar. 2015.

SALES, Lilia Maia de Moraes; FERREIRA, Plauto Roberto Lima; NUNES, Andrine Oliveira. *Segurança pública, mediação de conflitos e polícia comunitária: uma interface*. Novos Estudos Jurídicos, [S.l.], vol. 14, nº 3, p. 62-83, dez. 2009. ISSN 2175-0491. In: <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1932>. Disponível em: 19 fev. 2015.

SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro Lopes. Os tribunais nas sociedades contemporâneas (*). *Revista brasileira de Ciências Sociais*, vol.11, nº 30. São Paulo, fev. 1996. In: http://www.anpocs.org.br/porta/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm. Disponível em: 19. fev. 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder; ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

_____. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 2005.

SIX, Jean François. *Dinâmica da mediação*. Tradução de Giselle Groeninga de Almeida, Águida Arruda Barbosa e Eliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOUZA, Luciane Moessa de Souza. Mediação de Conflitos e o novo Código de Processo Civil. In: SPENGLER, Fabiana Marion; BEDIN, Gilmar Antonio (Org.) *Acesso à justiça, direitos humanos & mediação*, [recurso eletrônico]. Curitiba: Multideia, 2013. In: <www.unijui.edu.br>. Disponível em: 20 mar. 2015.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Fundamentos políticos da mediação comunitária*. Ijuí: Unijui, 2012.

_____. *A mediação comunitária como meio de tratamento de conflitos*. Pensar. Fortaleza, vol. 14, nº 2 p. 271-285, jul./dez.2009.

VEDANA, Vilson Marcelo Malchow. O perfil da mediação comunitária: acesso à justiça e empoderamento da comunidade. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação* [recurso eletrônico]. Vol. 2. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003, p. 271. In: < <http://vsites.unb.br/fd/gt/Volume2.pdf>>. Disponível em: 20 mar. 2015.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico*. 2ª ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

O Terceiro Setor e a Lei nº 13.019/2014: Algumas Questões Iniciais

André Farah Alves*

Sumário

I. Considerações Iniciais. II. Breves Questionamentos Decorrentes da Lei nº 13.019/2014. II.1. Os Aditivos de Prorrogação de Convênio e a Lei Nova. II.2. Acordo de Cooperação e Plano de Trabalho. II.3. Acordo de Cooperação e as Exigências do Art. 34 da Lei nº 13.019/2014. II.4. As Instituições Constitucionais Autônomas e o Cumprimento do Art. 34, II, da Lei nº 13.019/2014. II.5. Celebração de Convênios com Sociedades Empresárias e Art. 84-A da Lei nº 13.019/2014. III. Conclusão. Referências.

I. Considerações Iniciais

A Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014, em sua formatação original, tratava do regime de parcerias voluntárias, com ou sem transferência de recursos financeiros, entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil, prevendo os termos de fomento e de colaboração. Essa lei deveria entrar em vigor, inicialmente, em 90 dias após sua publicação oficial, datada de 01 de agosto de 2014. Com sucessivas alterações legislativas¹, finalmente a Lei nº 13.204, de 14 de dezembro de 2015, modificou uma vez

* Mestrando em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

¹ Incrivelmente, os responsáveis pela edição dos atos normativos, no caso o executivo e o legislativo, conseguiram ainda alterar por outras três vezes a data de entrada em vigor do novo marco regulatório das organizações da sociedade civil. Pela Medida Provisória nº 658, de 29 de outubro de 2014, alterou-se a *vacatio legis* para 360 dias da publicação (art. 1º). Na exposição de motivos, sua justificativa foi que “[n]o texto legal sancionado, o prazo de *vacatio legis* trazido pelo art. 88 da Lei nº 13.019 de 2014 foi considerado, na prática, bastante curto por ser de apenas 90 (noventa) dias. Esse fato ensejou a mobilização de diversos órgãos e entidades públicas, entidades municipalistas e representantes da sociedade civil que, por meio de ofícios encaminhados ao Governo Federal, manifestaram formalmente o pleito pela extensão do prazo para sua entrada em vigor”. Foi dito que “[o] principal argumento trazido pelas diversas manifestações apresentadas ao Governo Federal é assegurar o amplo conhecimento das novas regras trazidas pela norma e permitir em tempo hábil as adequações estruturais necessárias tanto pela administração pública federal, estadual, municipal e do distrito federal, quanto pelas organizações da sociedade civil. Em síntese, o argumento de que o prazo de 90 (noventa) dias, previsto em lei, é insuficiente para que os entes se adaptem às novas regras tem fulcro no tamanho do impacto e na necessidade de adaptação às novas normas, o que exige mudanças nas legislações próprias, nas estruturas administrativas dos governos, além da forma de gestão e registro dos atos e informações, que terão que ser em plataforma eletrônica. As administrações terão que criar comissões previstas na lei, bem como realizar chamamentos públicos, analisar propostas, acompanhar e monitorar a execução dos processos, analisar as prestações de contas, capacitar seu corpo técnico e cumprir um conjunto de regras de transparência. A harmonização desse novo sistema com as legislações locais deve ensejar alteração de estruturas administrativas e, principalmente, exigir um novo olhar para a gestão pública a partir desse novo paradigma”. E ainda acrescentou-se que “[a]lém disso, merece registro o impacto que a entrada em vigor terá no ciclo orçamentário, uma vez que a maioria das previsões orçamentárias para o exercício de 2015 já foi encaminhada para as Assembleias Legislativas,

mais a entrada em vigor do referido diploma legal. A previsão de entrada em vigor passou a ser de 540 dias após a aquela publicação oficial, com a exceção para os municípios, para os quais a entrada em vigor deu-se em 01 de janeiro de 2017.

É curioso como o assunto terceiro setor e uma lei com tamanha importância, como a aqui exposta, não apreendam a atenção que em uma democracia mais avançada atrairia. Centenas de milhares² de organizações da sociedade civil estão em operação no Brasil, movimentando dezenas de bilhões de reais³, deveriam chamar a atenção de todos os setores, seja para dar efetividade aos interesses sociais envolvidos, seja para prevenir e reprimir ilicitudes decorrentes da existência de um quadro fático de pouco controle quanto à existência, aplicação de recursos e de resultados. A transparência, a eficiência, o controle e a busca por resultados⁴, ideias claramente extraíveis dos valores e princípios constitucionais e previstos, de um modo ou de outro, na nova lei, devem ser utilizados na interpretação da mesma. Por outro lado, a

Câmara Distrital e Câmaras de Vereadores ao longo deste ano, sem a devida adequação à nova Lei. Com a prorrogação da *vacatio legis*, será possível promover o planejamento e a estruturação adequados no orçamento. Importante, ainda, colocar que a Lei nº 13.019, de 2014, exige adequações estruturantes também para as organizações da sociedade civil, as quais deverão, além de se apropriar das novas regras, promover alterações em seus estatutos sociais⁵. A par das razões expostas, a dúvida é só se realmente jamais se tinha pensado que o prazo era curto. De duas uma, ou erraram no início, ou erraram no fim. De todo modo, essas motivações foram acatadas pelo Congresso Nacional, que converteu a apontada Medida Provisória na Lei nº 13.102, de 26 de fevereiro de 2015. Não obstante isso, próximo da entrada em vigor do novo diploma, mais uma vez, o poder executivo editou ato normativo, concebido na Medida Provisória nº 684, de 21 de julho de 2015, passando a alargar em 540 dias a *vacatio legis*, tendo como marco a publicação oficial (art. 1º). Admitindo a insuficiência de prazo e, por que não, implicitamente, os erros de concepção, pelo visto de início e de fim, justificou-se que “[a]inda assim, revelou-se insuficiente o prazo fixado, tendo em vista a necessidade de adequações estruturais complexas, tanto por parte da administração pública, nas esferas federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, quanto pelas organizações da sociedade civil. Diversos órgãos e entidades públicas, assim como representantes da sociedade civil, mais uma vez, ao mesmo tempo em que reconhecem os avanços da lei aprovada pelo Congresso Nacional em julho de 2014, manifestaram-se pela extensão do prazo para garantir a necessária preparação para o desenvolvimento e gestão das parcerias”. Pelo que se lê, alteraram a relação entre primeiro e terceiro setor, sem ao menos indagar o mínimo, ou seja, sobre a viabilidade estrutural do projeto. Assim, a Lei nº 13.204, de 14 de dezembro de 2015, converteu a última Medida Provisória em lei.

² MIOLA, César. Os Tribunais de Contas e o Novo Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil (OSCs). *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, vol. 34, nº 4, 2016, p. 13. FERNANDES, Rubem César. O que é o terceiro setor? *Revista do Legislativo*, Belo Horizonte, nº 18, abr./jun., 1997, p. 28. DE FARIAS, Luciano Chaves. Celebração de convênios com o terceiro setor condicionada à capacidade de fiscalização do órgão repassador. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, vol. 34, nº 4, 2016, p. 110. TEIXEIRA, Josenir. Campo de Incidência da Lei Federal nº 13.019/14: Contrato de Gestão e Termo de Parceria. *Coletânea Direito e Saúde 2015*. Confederação Nacional de Saúde (CNS) / Organizado por Alexandre Venzon Zanetti. – Porto Alegre: Instituto de Administração Hospitalar e Ciências da Saúde, 2015, p. 51. RENZETTI, Bruno Polonio. Marco regulatório das Organizações da Sociedade Civil à luz do Direito Administrativo Global. *Revista Digital de Direito Administrativo*, vol. 4, nº 1, 2017, p. 93. MARRARA, Thiago; CESÁRIO, Natália de Aquino. O que sobrou da autonomia dos Estados e Municípios para legislar sobre parcerias com o terceiro setor? *Revista de Direito da Administração Pública*, vol. 1, nº 1, 2016, p. 41. Para uma visão de direito comparado, ver SALAMON, Lester. A emergência do terceiro setor – uma revolução associativa global. *Revista de administração*, vol. 33, nº 1, 1998, p. 06.

³ MIOLA, César. *Op. cit.*, p. 13. MARRARA, Thiago; CESÁRIO, Natália de Aquino. *Op. cit.*, p. 41.

⁴ MIOLA, César. *Op. cit.*, p. 14.. DE FARIAS, Luciano Chaves. *Op. cit.*, p. 112-113 e 115. TEIXEIRA, Josenir. *Op. cit.*, p. 57. RENZETTI, Bruno Polonio. *Op. cit.*, p. 106. DE OLIVEIRA, Mateus Moura; DE BRITTO NETO, José Gomes. O Terceiro Setor Regulamentado: Práticas Administrativas de Cidadania e Eficiência Constitucional Aplicada. *Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública*, vol. 2, nº 2, 2016, p. 180.

ausência dos mesmos e mais o passado não muito remoto de uma legislação deficiente, com boa dose de discrição entregue a autoridades administrativas, demonstram que a corrupção ronda essa matéria⁵.

A Lei nº 13.019/14 é bastante nova, sendo que para os Municípios, sua realidade só se iniciou no início de 2017. Diante da complexidade da matéria, objetiva-se, com o presente trabalho, colaborar para a melhor aplicação da nova legislação. Especificamente, intenta-se trazer questões agudas e de alguma dificuldade teórica, e que talvez se repercuta na prática. Para tanto, utilizando-se da própria lei e de estudos levados a efeito, este escrito justifica-se na tentativa de alertar entes públicos e organizações da sociedade civil para as hipóteses de que irá tratar.

O texto, então, está apresentado na forma de cinco assuntos. São, no fundo, questionamentos que poderão vir à tona na prática jurídico administrativa. Como os temas são recentes, a presente contribuição é uma mera exposição de pensamentos que buscam gerar uma evolução e amadurecimento em relação a alguns intricados problemas que foram avistados na recente legislação. Desta forma, a próxima seção está subdividida em cinco subseções. Os tópicos estão assim distribuídos: os aditivos de prorrogação de convênio e a lei nova; o acordo de cooperação e o plano de trabalho; o acordo de cooperação e o art. 34, da Lei nº 13.019/14; as instituições constitucionais autônomas e o cumprimento do art. 34, II, da Lei nº 13.019/14; e, por fim, as sociedades empresariais e a (im)possibilidade de confecção de parcerias.

Dois pontos preliminares são extremamente caros a esta apresentação. O primeiro item é que se buscou analisar as organizações da sociedade civil com regência apenas e tão somente da Lei nº 13.019/2014. As palavras aqui lançadas o foram para tais pessoas jurídicas. Não se desejou ampliar o escopo para as demais ou para as que possuem qualificação de organização social ou organização da sociedade civil de interesse público⁶. O segundo item que merece rápida atenção, mas que será tratado também à frente, toca a configuração da nova lei como norma geral – norma nacional. Diferentemente da Lei nº 9.637/98 e da Lei nº 9.790/99 caracterizadas como normas federais, a Lei nº 13.019/14 foi desenhada para ser uma norma geral. Em homenagem ao art. 22, XXVII⁷, da Constituição de 1988, a nova lei só pode tratar de normas gerais sobre parcerias voluntárias do estado com organizações da sociedade civil. Logo, os entes federativos podem estabelecer normas próprias, desde que em atenção às normas gerais contidas na lei⁸.

⁵ MODESTO, Paulo. Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 214, 1998, p. 59-60.

⁶ O trabalho, então, abarca as organizações, pode-se dizer, puras, sem qualificação. Para uma abordagem interessante sobre as vantagens e desvantagens da qualificação em títulos às pessoas jurídicas do terceiro setor, ver MODESTO, Paulo. *Op. cit.* p. 57-59. Vale lembrar que o autor escreveu esse trabalho em 1998 e a Lei das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público foi publicada e entrou em vigor em 24 de março de 1999.

⁷ Thiago Marrara e Natália Cesário traçam interesse cotejo a fundamentar a configuração como norma geral no art. 24, I e II, da Constituição. Ao final, no entanto, pontuam que o melhor fundamento constitucional é mesmo o do art. 22, XXVII, da Carta de 1988. MARRARA, Thiago; CESÁRIO, Natália de Aquino. *Op. cit.*, p. 45-46 e 50.

⁸ DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 296-297.

II. Breves Questionamentos Decorrentes da Lei nº 13.019/2014

II. 1. Os Aditivos de Prorrogação de Convênio e a Lei Nova

A primeira matéria que se deseja tratar diz respeito à prorrogação dos negócios jurídicos que antes eram intitulados como convênios. O assunto tem clara conotação prática, visto que a Administração Pública, em um momento ou outro, defrontar-se-á com um convênio em processo de execução que será colhido pela nova lei. Dois pontos são levantados: o primeiro é saber se exige-se prazo em convênio ou se o mesmo pode ter vida por tempo indeterminado; e o segundo é descobrir se, com a entrada em vigor do novo diploma, os aditivos de prorrogação, pactuados com as entidades apenas regidas pela Lei nº 13.019/2014, poderão ser formalizados segundo as normas da Lei nº 8.666/93. Com a intenção de apresentar uma forma mais didática, em primeiro lugar, será abordada a matéria referente ao prazo dos convênios. Somente depois, em segundo lugar, o assunto atinente à prorrogação formalizada nos moldes da Lei nº 8.666/93 será abordado.

A ideia de prazo certo, ou seja, com data de início e de final aproxima-se mais com a lógica de controlabilidade que se deseja de uma Administração Pública. Em relação aos contratos administrativos, é obrigatória a cláusula de prazo da avença, sendo taxativa a proibição de contrato por prazo indeterminado. O raciocínio de prazo delimitado, em geral, é tratado com certa vinculação à verba pública. Porque o ente público, no contrato, realiza gastos com dinheiro público, percebendo alguma contraprestação, tal espécie de negócio jurídico deveria, então, possuir um limite temporal⁹. A reanálise de preço e da economicidade do objeto contratado deve ser implementada de tempos em tempos – prazo certo, o que, assim, faria essa ligação entre valor e fator tempo.

Passando a ideia para o tema relativo a convênios, importa realçar, de início, que esse pode ser de duas espécies: convênio oneroso ou convênio gratuito. Aquele é caracterizado por haver transferência de recursos públicos e o último é qualificado pela ausência de repasse¹⁰⁻¹¹. Apesar disso, a doutrina, quando menciona a prescindibilidade ou não de prazo previsto no ajuste, não costuma fazer tal distinção. Os olhos voltados ao aspecto patrimonial também servem para se defender a inexigibilidade de licitação prévia, em hipóteses de convênio. A ausência de perseguição de lucro e o emprego, em tese, dos recursos financeiros em sua totalidade para cobrir os custos do convênio ensejariam a inviabilidade de licitação¹².

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito de Administrativo*. 14ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 566-567.

¹⁰ Um exemplo de convênio, ainda persistente sob a égide da nova lei aqui em estudo, é o de cessão de servidor público, entre entes públicos. Na espécie, é possível vislumbrar-se tanto o convênio oneroso, como o gratuito.

¹¹ JUSTEM FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 11ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 456.

¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 18ª ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 201.

A exigência de fixação de prazo não só limita os convenientes sobre um futuro certo, mas também impõe uma reavaliação sobre a adequação do acordo. É possível que se diga ser isso importante apenas para convênios onerosos, já que gasto de verba pública estaria ocorrendo. Entretanto, qualquer aplicação dos princípios da impessoalidade e da eficiência exige que o ator que caminha de mãos dadas com o poder público sofra reavaliações periódicas. Isso não tem necessariamente relação com gasto direto de dinheiro público. Um estado mais eficiente e menos apegado a pessoalidades e “cordialidades”¹³ precisa priorizar a consecução dos direitos fundamentais, em especial os sociais. Olhos voltados apenas para o assunto patrimonial imediato esquecem-se que qualquer manutenção da situação atual pode gerar gasto indevido de verba pública e o não atingimento do bem-estar social. Não se está aqui a afirmar que tal bem-estar seria medido pela métrica do dinheiro e do poder que dele deriva. Apesar de muitos crerem que é daí que vem a felicidade e com isso se verem satisfeitos, a abordagem de capacidade parece-nos mais rica e interessante. A mensuração comparativa da qualidade de vida e o respeito e implementação, por parte da Administração Pública, das garantias humanas centrais focam no mínimo de respeito pela dignidade humana. A entrega de “habilidades centrais e de certas oportunidades” diz muito mais com uma tentativa de se aprimorar uma justiça social¹⁴. Nesse sentido, emerge o florescimento e o empoderamento. Por isso, soa estranho uma espécie de rigidez quando há envolvimento de gasto direto de dinheiro público e uma certa flexibilidade quando tal inócorre. Até porque, diga-se, sempre existirá algum tipo de verba pública envolvida. E se isso é verdade, a Administração Pública tem o dever de cumprir os mandamentos constitucionais.

¹³ É interessante notar a caracterização do homem cordial e a cordialidade brasileira. No jargão popular, a cordialidade tem, pelo menos, duas acepções. Um aspecto, infelizmente, é negativo e é disso que se rejeita. A cordialidade do estado, a história o demonstra, é prejudicial, muitas vezes, à sociedade e ao brasileiro. Nessa visão, a cordialidade, em verdade, dá-se apenas aos “amigos da corte”. Apesar disso, Sérgio Buarque de Holanda caracteriza o brasileiro como o “homem cordial”, gentil, hospitaleiro e generoso, não significando isso “boas maneiras” e civilidade, pela nota de coerção inerente. Sua polidez serve, na verdade, como resistência. A cordialidade é uma expansão em direção à sociedade, uma libertação e uma redução de si. Surge daí um problema que é a reverência ao superior. É também nesse ambiente que o autor diz: “No Brasil, pode dizer-se que só excepcionalmente tivemos um sistema administrativo e um corpo de funcionários puramente dedicados a interesses objetivos e fundados nesses interesses. Ao contrário, é possível acompanhar, ao longo de nossa história, o predomínio constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal. Entre esses círculos, foi sem dúvida o da família aquele que se exprimiu com mais força e desenvoltura em nossa sociedade. E um dos efeitos decisivos da supremacia incontestável, absorvente, do núcleo familiar — a esfera, por excelência dos chamados “contatos primários”, dos laços de sangue e de coração — está em que as relações que se criam na vida doméstica sempre forneceram o modelo obrigatório de qualquer composição social entre nós. Isso ocorre mesmo onde as instituições democráticas, fundadas em princípios neutros e abstratos, pretendem assentar a sociedade em normas antiparticularistas”. HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26ª edição. 14ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 146-148. Mas Eduardo Portella acena, após alarmante quadro de malfeitos e criminalidade, na sociedade brasileira, que “[a] junção de violência social e violência política denuncia o quadro de calamidade, que começa a ser institucionalizado em todo o país. A privatização do público é a negação da cordialidade”. O aumento da desigualdade faz diminuir a cordialidade. Tudo isso faz crer a necessidade de mudança e reforma política, porém, não por quem se mantém bem e saudável diante do *status quo*. PORTELLA, Eduardo. *A Morte do Homem Cordial*. O Globo, 14 de janeiro de 2017, p. 17.

¹⁴ NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da justiça*: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie. Tradução de Susana de Castro. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 83-98.

Nessa ordem de ideias, a fixação de prazo obriga a Administração Pública a sentar e estudar a correção ou de ter tal pessoa ao seu lado ou se seria mais benéfico para a sociedade que outro estivesse implementando o objeto¹⁵. É dizer, sem o prazo final pelo qual o convênio se finda, na prática, infelizmente, a Administração Pública dificilmente analisará o desempenho do conveniente, ou até tentará levar a efeito algum tipo de estudo para saber se outra pessoa jurídica poderia estar melhor executando a tarefa de comum interesse público. A defesa de prazo em convênios independentemente da existência ou não de repasse não encontra obstáculo no eventual aspecto patrimonial do negócio, mas sim homenageia os princípios constitucionais antes citados.

Apesar disso, existe pensamento diverso. A ideia merece ser exposta. O convênio é uma “cooperação associativa”¹⁶ e nesse sentido os convenientes atuam em conjunto se e até quando desejarem. Em geral, inclusive, há invariavelmente ou um item no ajuste contemplando isso ou, ao contrário, uma autorrestrição dos signatários, no sentido de que a denúncia do convênio exige notificação prévia e prazo determinado¹⁷. Como não se poderia impor a manutenção desse tipo de ajuste, sempre seria possível a retirada, a qualquer momento¹⁸, o que tornaria desnecessária a previsão de prazo. Sendo do sentido do convênio a mútua perseguição do interesse público, não haveria problema algum em o mesmo não possuir prazo determinado. Por esse raciocínio, os convênios poderiam perpetuar-se indefinidamente.

É visualizada também a opinião no sentido de que os convênios podem ter prazo determinado ou não. Apesar disso, Rigolin afirma que é recomendável aos convenientes a fixação de prazo “de modo a permitir-lhes melhor organizar-se segundo esse pacto de vontades”¹⁹. Em que pese, aparentemente não se dar a importância devida à conotação organizacional da administração, diz-se que “[a]inda que seja indefinidamente renovável ou prorrogável o convênio, é sempre conveniente delimitar, num primeiro momento, a pretensão temporal das partes, para aquele exclusivo efeito organizacional e de planejamento”²⁰.

¹⁵ A professora Di Pietro não é taxativa quanto ao tema em seu livro *Direito Administrativo*, porém é possível ser extraída a seguinte ilação. Quando a autora trata das diferenças entre contrato e convênio, cita uma distinção feita por Edmir Netto de Araújo que, por sua vez, expressamente aduz que o convênio tem término de prazo de vigência. Não tendo a professora paulista feito qualquer observação quanto ao ponto, é possível entender que a mesma entende dever haver prazo de vigência em convênios. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14ª edição. São Paulo: Atlas, 2002, p. 293.

¹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 13ª edição. Atualizada por Célia Marisa Prendes e Márcio Schneider Reis. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 405. Lester Salamon utiliza-se da expressão “revolução associativa” para designar a ideia central de terceiro setor global. SALAMON, Lester. *Op. cit.* p. 05.

¹⁷ Por limitação de espaço e escopo, no presente trabalho, não será possível tratar sobre a juridicidade ou não da referida cláusula de autorrestrição entre os convenientes.

¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28ª edição. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 386.

¹⁹ RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Desmitificando os Convênios*. Revista Zênite de Licitações e Contratos, nº 150, Agosto de 2006, p. 673.

²⁰ RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Op. cit.* Diz o autor que “[q]uanto à duração, os convênios podem ter prazo determinado ou não, recomendando-se, entretanto, que o estabeleçam, seja qual for o prazo, e apenas para efeito de desde logo predispor as partes a um compromisso – puramente moral, e nada além disso – que seja parametrado e delimitado no tempo, de modo a permitir-lhes melhor organizar-se segundo esse pacto de vontades”.

Com essa apresentação feita, surge então a questão trazida pelo art. 83, da Lei nº 13.019/2014. O *caput* do referido dispositivo aduz que as parcerias existentes no momento da entrada em vigor da lei permanecerão regidas pela legislação vigente ao tempo de sua celebração, sem prejuízo da aplicação subsidiária da nova lei, naquilo em que for cabível, desde que em benefício do alcance do objeto da parceria. A Lei nº 13.204/2015 trouxe novas redações aos dois parágrafos já existentes. Previu a figura da prorrogação de ofício, em caso de atraso na liberação de recursos públicos (art. 83, §1º). E contemplou que os convênios com prazo indeterminado, firmados antes da entrada em vigor da lei, em um ano da entrada em vigor da presente legislação, ou seriam substituídos por termo de colaboração ou por termo de fomento; ou deveriam ser rescindidos unilateralmente pelo ente estatal (art. 83, §2º).

Vários problemas nascem desse último parágrafo. Um problema refere-se à norma, com forte *pedigree* democrático, inclusive por conta do histórico de aumentos de prazos de *vacatio legis*, como demonstrado, contando com a vontade da sociedade civil nesse sentido, que contemplou a existência sim e, por que não, legal, da figura do convênio por tempo indeterminado. O segundo problema constatado é que tal parágrafo, ao tempo em que foi modificado pela Lei nº 13.204/2015, legislação que embutiu o acordo de cooperação, não previu a possibilidade de substituição do convênio por acordo de cooperação, fazendo-o apenas por termo de colaboração ou por termo de fomento. E o terceiro problema é a imposição legal (geral ou nacional, por parte da União Federal) de rescisão unilateral por parte da Administração Pública – o que inclui entes estaduais e municipais.

Nesse passo, serão abertos dois caminhos. A primeira trilha seguirá por analisar o convênio por prazo indeterminado. A segunda trilha se debruçará sobre o convênio por prazo determinado. Na hipótese de convênio por prazo indeterminado, em que pese à obviedade, não cabe falar-se em prorrogação. Sendo esta a situação, a nova lei elegeu duas soluções: substituição por termo de fomento ou termo de colaboração; ou a rescisão unilateral do convênio por parte da Administração Pública. Veja-se que, de verdade, o que ocorre é a União Federal, em sua competência legislativa, impondo uma rescisão de negócio alheio ou sua substituição por outro tipo de negócio. Tal mecanismo parece ter sido encontrado pelo legislador porque sabia que, do contrário, a Lei nº 13.019/14 estaria atingindo de frente e modificando um negócio já estruturado – o convênio em execução, o que violaria o art. 5º, XXXVI, da Constituição de 1988. Assim, entre atacar o conteúdo do convênio, pensou o legislador que a melhor solução fosse determinar uma ordem aos entes convenientes do primeiro setor. A diferença é sutil, mas perceptível. O art. 83, §2º, não modifica o conteúdo do vínculo jurídico. Impõe um mandamento aos demais entes.

O problema de a lei ter reconhecido a figura do convênio por prazo indeterminado gera uma questão de ordem federativa. É saber, poderia a União, ao argumento de legislar em matéria geral, impor sua vontade sobre um Estado ou Município? Como mais à frente ficará explicitado, a autonomia de um ente político o traz a prerrogativa de autoadministração e é ele o senhor de seus negócios jurídicos. A

obrigação legal – vontade da União – de rescindir o convênio por prazo indeterminado, ou de substituí-lo por termo de fomento ou termo de colaboração, entendida como norma geral e, portanto, de submissão por parte dos Estados, Distrito Federal e Municípios, viola o pacto federativo. A compreensão em sentido contrário admite uma superioridade por parte da União Federal, em matéria de autonomia política, que a mesma não possui.

Sob essa ótica, porque a norma legal deve obediência à Constituição que irradia pelo sistema sua força normativa, outra interpretação deve ser concebida. A alternativa que a própria lei dá igualmente não ajuda. Mesmo incluída pela Lei nº 13.204/15, a substituição por termo de fomento ou termo de colaboração não admite o uso de acordo de cooperação, o qual poderia ser, em termos comparativos, o sucedâneo próximo do convênio gratuito. Em termos frios, o que existe é, em tese, a União Federal, sob o argumento de normatizar assunto geral, determinar que os outros entes da federação ou rescindam um negócio, ou formalizem termo de fomento ou de colaboração, mesmo que não haja transferência de recurso público. Por mais que se diga que a própria lei que introduziu o acordo de cooperação, tenha se esquecido da existência deste mesmo instrumento, mas que a ideia então seria de alargar o inciso I, do §2º, do art. 83, para admiti-lo, a imposição de vontade de um ente não hierarquicamente superior ao outro continuaria existindo.

Diante do presente quadro constitucional e no intuito de tentar salvar a norma, a solução que se coloca é interpretar o art. 83, §2º, no tocante aos então convênios por prazo indeterminado, como sendo uma norma destinada tão somente a reger a vida da União Federal. Afastado do âmbito de incidência dos Estados, Distrito Federal e Municípios, o dispositivo seria somente direcionado a reger a vida da União Federal. Entretanto, mesmo assim, o problema de não ser possível a utilização de acordos de cooperação continuaria. Não obstante, como a imposição de vontade é da própria União Federal, partindo-se do pressuposto que ela irá obedecer a suas ordens e limitações legais, parece-nos que a solução que a mesma poderá dar a um caso concreto nesses termos é rescindir o convênio gratuito e, posteriormente, entabular um acordo de cooperação.

Como dito antes, tratou-se logo acima dos convênios por prazo indeterminado. Agora é o momento de traçar umas ideias a respeito dos convênios com prazo certo. É neste cenário que se fala de prorrogabilidade de avenças. Só aquilo que possui delimitação temporal pode ter esta clausura no tempo aberta. Do *caput*, do art. 83, então, extrai-se que, dentro do espaço de tempo limitado da avença, a nova lei, em regra, não poderá influenciar. Entretanto, quando a hipótese for de avença com prazo determinado, a nova lei, diz o texto, passará a intervir, quando a previsão de prorrogação, no convênio, ultrapassar o tempo inicial do negócio²¹. Duas abordagens diversas devem

²¹ Os seguintes exemplos clareiam o que quis dizer o art. 83, §2º, da Lei nº 13.019/14. Imagine-se um convênio com prazo de três anos, no qual este termo inicial tenha ocorrido em maio de 2014 e final ocorrido em maio de 2017. Caso haja a possibilidade prevista no convênio de prorrogação por mais de três anos ou item do termo de convênio que possibilite a prorrogação sem prazo, a norma só permite que a prorrogação seja

existir nessa seara. A primeira abordagem é quanto ao convênio em andamento ou execução, ou seja, aquele negócio que não se encontra na fronteira, na borda final temporal. A segunda abordagem é exatamente quanto ao momento em que o convênio encontra seu limite temporal – prazo determinado.

A primeira visão acima parece que deve seguir a ideia de que a nova lei não pode atacar a avença em seu trâmite. Tal vem do postulado constitucional de segurança jurídica, derivado do art. 5º, XXXVI, da Constituição de 1988. Como ato jurídico perfectibilizado²², o convênio em funcionamento não pode ser alcançado pela novel legislação, sob pena de instabilidade das relações jurídicas²³⁻²⁴.

feita por três anos, ou seja, até maio de 2020. Porém, no ponto, mais uma vez a lei deve ser alvo de críticas. A parte final do §2º, do art. 83, em tese, determina que em um ano da entrada em vigor da lei, ou seja, em janeiro de 2017, deverá haver a substituição por termo de convênio ou termo de colaboração, ou rescisão unilateral. Ou seja, a lei deseja influenciar o convênio, no seu curso, posto que, até janeiro de 2017, uma daquelas opções deverão (ou deveriam) ser acatadas, mesmo ainda estando em vigor o prazo original do convênio. É dizer, nem a lei, no mesmo dispositivo, permite o seu cumprimento. Outro exemplo comprova isso. Imagine-se que o prazo de dois anos de prorrogação tenha se iniciado em dezembro de 2015 e que o prazo original do convênio tenha sido de dois anos, a partir de dezembro de 2013. Tal prazo deveria ir até dezembro de 2017. Porém, a lei, que diz que respeitará o convênio em andamento, impõe uma das condutas administrativas até janeiro de 2017.

²² Alexandre de Moraes anota que: “Ato jurídico perfeito é aquele que reuniu todos os seus elementos constitutivos exigidos pela lei” para arrematar que “respeito ao ato jurídico perfeito aplica-se a todas as leis e atos normativos, inclusive às leis de ordem pública”. MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 301.

²³ A preocupação com leis de efeito retroativo existe desde a época dos estudos da Constituição norte-americana. Essas são as palavras do capítulo 44, de *O Federalista*: “Os *bilis ofattainder*, as leis de efeito retroativo e as que destroem as obrigações dos contratos são contrárias aos primeiros princípios da sociedade e a todos os da boa legislação. Os primeiros dois atos são proibidos por declarações antepostas a algumas das Constituições dos Estados e em geral todos eles são proscritos pelo espírito e verdadeiro sentido destas castas fundamentais, mas, apesar disto, já a experiência mostrou que havia necessidade de novas precauções para preveni-los. Foi, pois, por muito justos motivos que a convenção quis dar mais fiadores à segurança pessoal e aos direitos individuais; e muito enganado estou eu se, obrando desta maneira, ela não interpretou fielmente não só os interesses, mas os verdadeiros sentimentos dos seus constituintes. O sábio povo da América está cansado desta política incerta que até agora tem dirigido os seus governos. Com dor e indignação têm eles visto que as mudanças súbitas e os atos do Poder Legislativo sobre objetos que interessam aos direitos pessoais não têm sido senão favores às especulações de indivíduos influentes e atrevidos, e trapas para a parte mais industriosa e menos instruída da nação. Em todas estas ocasiões, um ato do Poder Legislativo não tem sido senão o primeiro anel de uma longa cadeia de erros, cada um dos quais é consequência natural daquele que o precede; e por este motivo não é maravilha que todos vissem a necessidade de uma reforma que fizesse cessar todas essas especulações sobre as medidas públicas – próprias para inspirar a prudência e a indústria – e que submetesse as convenções particulares às leis certas”. HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003, p. 278-279.

²⁴ De modo similar, o Supremo Tribunal Federal, utilizando-se da mesma lógica aqui exposta, porém para caso de contrato, assim decidiu: EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO – CADERNETA DE POUPANÇA – CONTRATO DE DEPÓSITO VALIDAMENTE CELEBRADO – ATO JURÍDICO PERFEITO – INTANGIBILIDADE CONSTITUCIONAL – CF/88, ART. 5º, XXXVI – INAPLICABILIDADE DE LEI SUPERVENIENTE À DATA DA CELEBRAÇÃO DO CONTRATO DE DEPÓSITO, MESMO QUANTO AOS EFEITOS FUTUROS DECORRENTES DO AJUSTE NEGOCIAL – RE NÃO CONHECIDO. CONTRATOS VALIDAMENTE CELEBRADOS – ATO JURÍDICO PERFEITO – ESTATUTO DE REGÊNCIA – LEI CONTEMPORÂNEA AO MOMENTO DA CELEBRAÇÃO. – Os contratos submetem-se, quanto ao seu estatuto de regência, ao ordenamento normativo vigente à época de sua celebração. Mesmo os efeitos futuros oriundos de contratos anteriormente celebrados não se expõem ao domínio normativo de leis supervenientes. As consequências jurídicas que emergem de um ajuste negocial válido são regidas pela legislação em vigor no momento de sua pactuação. Os contratos – que se qualificam como atos jurídicos perfeitos (RT 547/215) – acham-se protegidos, em sua integralidade, inclusive quanto aos efeitos futuros, pela norma de salvaguarda constante do art. 5º, XXXVI, da Constituição da República. Doutrina e precedentes. INAPLICABILIDADE DE LEI NOVA AOS EFEITOS FUTUROS DE CONTRATO ANTERIORMENTE CELEBRADO – HIPÓTESE DE RETROATIVIDADE MÍNIMA – OFENSA AO PATRIMÔNIO JURÍDICO DE UM DOS CONTRATANTES – INADMISSIBILIDADE. – A incidência

Na visão de Maria Sílvia Zanella Di Pietro, o convênio continuará a ser regido pela legislação anterior, até o término de seu prazo de vigência²⁵. Da lição da professora, é possível extrair duas afirmações. A primeira é que, no curso de vigência da avença, a nova lei não produzirá seus efeitos. A segunda é que, ainda que seja a avença prorrogável por período superior ao inicialmente estabelecido, por estar o convênio em andamento, não poderá a nova lei produzir os efeitos que dita o §2º, do art. 83. Nestes termos, a referida regra viola frontalmente o art. 5º, XXXVI, da Constituição da República. Logo, ou bem a avença está em perfeito trânsito e não pode a lei se intrometer na relação jurídica estável e constituída; ou encontra-se em período de prorrogação e a nova lei será aplicada. Assevera Di Pietro que “[n]o caso de prorrogação dos ajustes firmados na vigência da lei anterior, já se aplicam as normas da Lei nº 13.019, exceto no caso de prorrogação de ofício prevista em lei ou regulamento e desde que seja feita para a hipótese de atraso na liberação de recursos por parte da Administração Pública (art. 83, §1º)”²⁶.

Articulando sobre o instituto da prorrogação na seara dos contratos, José dos Santos Carvalho Filho expressamente diz que “a prorrogação não pode ser a regra, mas sim a exceção” e acrescenta “[s]e fosse livre a prorrogabilidade dos contratos, os princípios da igualdade e da moralidade estariam irremediavelmente atingidos”²⁷. Veja-se que as razões que o autor afirma legitimar a restrição do instituto da prorrogação para os contratos devem, perfeitamente, ser utilizadas para o instituto do convênio. Aliás, a própria Lei nº 13.019/2014 tem esse objetivo. Não à toa, a professora Di Pietro abre um subcapítulo inteiro para falar das medidas moralizadoras, pontuando expressamente que “[a]s relações jurídicas entre a Administração Pública e as entidades do terceiro setor têm sido campo fértil para os desvios dos objetivos que justificam a celebração das parcerias entre os setores público e privado para fomento de atividades sociais de interesse público; como também têm propiciado o desrespeito das finalidades institucionais das entidades parceiras; e, principalmente, têm provocado o desvio de vultuosos recursos públicos para finalidades outras que não são de interesse público”²⁸.

imediate da lei nova sobre os efeitos futuros de um contrato preexistente, precisamente por afetar a própria causa geradora do ajuste negocial, reveste-se de caráter retroativo (retroatividade injusta de grau mínimo), achando-se desautorizada pela cláusula constitucional que tutela a intangibilidade das situações jurídicas definitivamente consolidadas. Precedentes. LEIS DE ORDEM PÚBLICA – RAZÕES DE ESTADO – MOTIVOS QUE NÃO JUSTIFICAM O DESRESPEITO ESTATAL À CONSTITUIÇÃO – PREVALÊNCIA DA NORMA INSCRITA NO ART. 5º, XXXVI, DA CONSTITUIÇÃO. – A possibilidade de intervenção do Estado no domínio econômico não exonera o Poder Público do dever jurídico de respeitar os postulados que emergem do ordenamento constitucional brasileiro. Razões de Estado – que muitas vezes configuram fundamentos políticos destinados a justificar, pragmaticamente, *ex parte principis*, a inaceitável adoção de medidas de caráter normativo – não podem ser invocadas para viabilizar o descumprimento da própria Constituição. As normas de ordem pública – que também se sujeitam à cláusula inscrita no art. 5º, XXXVI, da Carta Política (RTJ 143/724) – não podem frustrar a plena eficácia da ordem constitucional, comprometendo-a em sua integridade e desrespeitando-a em sua autoridade.

(RE 205193/RS-RIO GRANDE DO SUL; RECURSO EXTRAORDINÁRIO; Relator(a): Min. CELSO DE MELLO; Julgamento: 25/02/1997; Órgão Julgador: Primeira Turma; Publicação: DJ 06-06-1997 PP-24891; EMENT VOL-01872-09, PP-01761; RTJ VOL-00163-02, PP-00802)

²⁵ DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 298.

²⁶ *Idem. Ibidem.*

²⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.* p. 185.

²⁸ DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 310.

Portanto, estando o convênio em execução e não nos seus limites temporais, distante do momento da prorrogação, parece-nos que o raciocínio a salvar, de novo, o art. 83, §2º, será o exposto linhas antes, em relação a convênios com prazo indeterminado. A interpretação mais consentânea com art. 5º, XXXVI, da Constituição é entender que a norma destina-se apenas a cobrir o dia a dia da União Federal. Na prática, mesmo assim, haverá uma dificuldade de substituírem-se os convênios por termo de fomento e de colaboração, não só pela não admissão de acordo de cooperação, mas também por causa da exigência de chamamento público – a não ser que se entenda que o art. 83, §2º, da lei é uma hipótese de dispensa de chamamento público. Como é a própria União Federal que está a se autolimitar, para fins de utilização de acordo de cooperação, mais uma vez, parece-nos que a solução que a mesma poderá dar a um caso concreto é rescindir o convênio gratuito e, logo após, confeccionar um acordo de cooperação.

Seguindo o raciocínio e abordando a prorrogação do convênio, parece que a nova legislação andou mal quando proibiu a aplicação da Lei nº 8.666/93, especificamente, quanto à restrição da possibilidade de prorrogação. Isso não significa, entretanto, que a proibição de uso da Lei nº 8.666/93 às parcerias da Lei nº 13.019/14 é inconstitucional. Diferentemente de uma imposição de vontade de um ente federado sobre negócios de outros entes federados, a referida proibição é medida puramente legislativa e dentro da competência geral que enfeixa a União Federal. Aliás, o resultado da previsão de vedação poderia ser obtido de forma mais drástica, por exemplo, com a revogação da própria Lei de Licitações e Contratos. E, certamente, não haveria qualquer possibilidade de sustentar-se uma violação à Constituição.

Paralelo a isso, em seu art. 57, §1º, a Lei de Licitações e Contratos traz hipóteses particulares de prorrogação. No entanto, a Lei nº 13.019/2014 praticamente queda-se omissa sobre o tema. Ou seja, em que pese ser um fato excepcional, de acordo com a doutrina, o legislador se esqueceu e não disciplinou o tema da prorrogação na nova lei. Sobre a prorrogação, Diógenes Gasparini ensina que o prazo contratual deve ser encarado como único, vale dizer, tanto o espaço temporal anterior como o posterior tornam-se um só e aduz “em relação ao contrato, significa a ampliação do prazo inicialmente estabelecido para o ajuste”²⁹. Muito importante, porém, é o alerta do professor, no sentido de que “para se consolidar a prorrogação não é exigido licitação nem lei autorizadora; basta que esteja prevista e regulada em lei. Assim é nas hipóteses do §1º do art. 57 do Estatuto Federal Licitatório”³⁰. Com o alerta dessa lição, muita atenção é devida. Para prorrogação, um, necessita-se de previsão legal e, dois, o instituto da prorrogação tem que estar regulado na lei aplicável.

Com isso, então, mais questões surgem de sistematização da nova lei. Ou a professora Di Pietro está errada quando alerta para as medidas moralizadoras e está aberta a possibilidade de prorrogação indefinida e sem controle; ou falhou o legislador em olvidar as sábias palavras do professor Gasparini *supra*, apenas prevendo, entretanto, não regulando, na lei nova, o instituto da prorrogação.

²⁹ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 792.

³⁰ *Idem*. *Ibidem*.

Vale enfatizar. A prorrogação é mesmo uma exceção e, realmente, acredita-se que seja, notadamente, por conta não só dos princípios da igualdade e da moralidade, mas também do princípio da eficiência. Todavia, como na Lei nº 13.019/2014 somente se previu o instituto no art. 42, VI – que prevê como cláusula essencial do termo de fomento, do termo de colaboração e do acordo de cooperação as hipóteses de prorrogação, sem se declinar quais seriam estas – e no art. 55, parágrafo único – que contempla a prorrogação de ofício do termo de colaboração ou de fomento, pela Administração, na situação em que dê causa a atraso na liberação de recursos financeiros –, sem que houvesse uma verdadeira regulamentação normativa legal, a solução quanto à prorrogação deve ser buscada com outra ótica.

É possível enxergar, em conformidade com a lição de Gasparini, que o legislador, de forma atécnica, previu não apenas a possibilidade de prorrogação, porém contemplou a regulamentação da seguinte maneira, para a questão levantada: a prorrogação só seria aceita se aplicada a nova lei. É dizer, a lei forçaria a mudança de fundamento legal do negócio jurídico. Para fins de prorrogação, estariam os convenientes obrigados a seguir a novel legislação. O raciocínio exposto, entretanto, faz incidir sobre a pactuação já firmada as normas da lei nova. E não é nada incorreto afirmar-se que de prorrogação não se trata.

A par disso, uma outra perspectiva absolutamente possível em relação ao assunto é que, porquanto blindado o convênio pelo princípio da segurança jurídica, quer dizer, pela impossibilidade de o convênio em curso ser alcançado pela Lei nº 13.019/2014, ao mesmo continua sendo aplicável o art. 116, *caput*, da Lei nº 8.666/93. Como de conhecimento geral, tal dispositivo traz a aplicação da Lei nº 8.666/93 aos convênios, devido à cláusula “no que couber”. A partir daí, os casos de prorrogação para convênios seriam apenas os descritos no art. 57, §1º, da Lei nº 8.666/93. Dificilmente nesse contexto, seria aplicada a ideia do art. 57, II, da Lei nº 8.666/93, posto que a prestação de serviços de forma contínua à Administração Pública, em regra, far-se-á por meio de contrato. Assim, no ponto, em regra³¹, não será o caso de prorrogação e, então, a nova avença deverá respeitar a sistematicidade da Lei nº 13.019/2014.

De tudo o que se disse, extraem-se quatro assertivas, para convênio com prazo determinado: uma, se o mesmo estiver no curso de execução, ou seja, distante da borda de limite temporal, a nova lei não pode pretender influenciar, salvo para o cotidiano da União Federal, o que, de qualquer maneira, ensejará problema; duas, a “prorrogação” só é permitida pelo legislador em conformidade com a nova lei e, assim, talvez, seja melhor não usar o termo prorrogação; três, porque a nova lei não permite aplicar o art. 116, *caput*,

³¹ Disse-se “em regra”, porque, efetivamente, a prorrogação, como visto, deve ser encarada como uma exceção. Por outro lado, igualmente, é possível que outras normas legais (nacionais, federais, estaduais, distritais e municipais) contemplem a figura da prorrogação, regulamentando-a, o que deverá ser estudado à luz da competência legislativa da União para editar normas gerais. A solução habitualmente usada para a “continuidade” dos convênios, antes da Lei nº 13.019/14, frente à confusão existente, era a utilização da renovação. Decorrente da ideia de contrato, José dos Santos Carvalho Filho entende que tal nomenclatura não se justifica, mais confundindo do que ajudando, posto que, em termos de contrato – raciocínio usado também para convênios – o que existe é uma avença nova. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.*, p. 185-186.

da Lei nº 8.666/93, mas também não regula, apesar de prever o instituto da prorrogação, o convênio, em verdade, para manter seu objeto em execução, terá que se adequar à Lei nº 13.019/2014; e quatro, considerando que o convênio está protegido pelo princípio da segurança jurídica, a hipótese de prorrogação deverá ser estudada com olhos na Lei nº 8.666/93. Neste sentido, entretanto, em geral, não será aplicável o art. 57, II, por falta de adequação fática do objeto do convênio com organizações da sociedade civil, assim como também não será caso de aplicação do art. 57, §1º, pela mesma razão. Disso resultará a impossibilidade de prorrogação, com consequente obediência da nova lei, para consecução do objeto antes executado por convênio.

Desta forma, conclui-se que, um, os convênios em trânsito estão protegidos, enquanto tal, da incidência da nova lei; e, dois, no momento em que surgir a suposta possibilidade de prorrogar o convênio, por decurso de prazo, a Lei nº 13.019/2014, em regra, deverá ser respeitada.

II. 2. Acordo de Cooperação e Plano de Trabalho

O convênio, em conformidade com o §1º, do art. 116, da Lei nº 8.666/93, deveria possuir, em sua formatação, previsão expressa de plano de trabalho³². Tal instrumento, entre outros assuntos, conteria as metas a serem atingidas, as etapas ou fases de execução, o plano de aplicação dos recursos financeiros, o cronograma de desembolso e a previsão de início e fim da execução do objeto, bem assim da conclusão das etapas ou fases programadas. O tema que surge com a nova lei é se o acordo de cooperação, por não envolver transferência de recursos, necessita da elaboração de plano de trabalho.

Antes de responder ao questionamento, vale fazer referência ao princípio da legalidade administrativa. Celso Antônio Bandeira de Mello explica que “[o] princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina”³³. Explica o professor que tal princípio é uma consequência direta do Estado de Direito, verdadeira submissão à lei e consagração à conformidade da lei, tudo com o fim de embargar favoritismo, perseguições e desmandos³⁴.

A Lei nº 13.019/2014, com a influência trazida pela Lei nº 13.204/2015, traçou três tipos de avenças: termo de cooperação, termo de fomento e acordo de cooperação. Diz a própria lei, em seu art. 2º, o que se entende por cada um dos institutos, sendo que termo de colaboração é o “instrumento por meio do qual são formalizadas as

³² Luciano de Farias é enfático quanto à relevância do plano de trabalho: “Pode-se afirmar que o plano de trabalho está para os convênios assim como os projetos básico e executivo estão para os contratos. O plano de trabalho é o elemento essencial para a proposição do convênio; é a partir dele que se tem início todo o procedimento de celebração, além de ser a principal ferramenta de controle. Para se evitarem falhas, é curial que o plano de trabalho seja consistente. Entretanto, nota-se que os órgãos e as entidades governamentais, muitas vezes, têm negligenciado uma análise mais apurada dos planos de trabalho, o que acaba por ensejar diversas irregularidades na execução e na prestação de contas do convênio.” DE FARIAS, Luciano Chaves. *Op. cit.*, p. 112.

³³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. cit.*, p. 87.

³⁴ *Idem*, p. 83.

parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pela administração pública que envolvam a transferência de recursos financeiros”; o termo de fomento é o “instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pelas organizações da sociedade civil, que envolvam a transferência de recursos financeiros”; e o acordo de cooperação, o “instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco que não envolvam a transferência de recursos financeiros”.

Assim é que, sob o prisma legal, a diferença entre termo de cooperação e termo de fomento, de um lado; e acordo de cooperação, de outro, é a existência de transferência de recursos financeiros naqueles instrumentos, o que inexiste neste último. A distinção entre as duas primeiras figuras “é formal (mas pode produzir reflexos de diversas ordens)”³⁵.

A lei, entretanto, não definiu o que se entende por plano de trabalho, apesar de estipular seus elementos, utilizando-se da forma imperativa, vale dizer, sem abrir opção facultativa. Daí que, pela leitura do art. 22, é plenamente possível concluir que se trata de um documento que irá descrever o objeto da parceria, suas metas, a previsão de receita e despesa, a forma de execução e os parâmetros para aferição do cumprimento das metas.

Não obstante isso, o acordo de cooperação veio à lei após a mesma ter sido criada, mesmo que antes de sua entrada em vigor³⁶. Disso resultou que as modificações pertinentes na Lei nº 13.019/2014 não se deram com maestria, sendo clara a incongruência em alguns pontos. Apenas a título de ilustração, verifica-se que a lei inaugurou um capítulo próprio para tratar dos institutos do termo de colaboração e do termo de fomento, mas olvidou-se de dar igual tratamento ao acordo de cooperação. A falta de habilidade do legislador brasileiro em legislar, especialmente em tópicos meramente formais, explica a razão pela qual no art. 22 não existe menção a este último instrumento. Definitivamente, o legislador da Lei nº 13.204/2015 não fez um bom trabalho.

Em que pese isso, é possível chegar a uma interpretação sistemática das várias alterações legislativas levadas a efeito pela Lei nº 13.204/2015, para concluir que também o acordo de cooperação deve conter plano de trabalho. Se a interpretação gramatical pode e deve servir como primeiro passo do hermenêuta, a interpretação histórica e sistemática refina e entrega uma visão mais ampla do objeto alvo da interpretação e daquilo que está ao seu redor³⁷.

³⁵ JUSTEM FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 11ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 462.

³⁶ Para uma maior familiaridade da sucessão legislativa que ocorreu na matéria aqui em estudo, leia o pequeno apanhado nas “Considerações Iniciais” deste trabalho.

³⁷ Luís Roberto Barroso explica que a interpretação é única, não devendo nenhum método ter ares absolutos. Existe, então, uma reciprocidade entre os métodos (gramatical, histórico, sistemático e teleológico). A

Primeiramente, o instrumento historicamente anterior, o convênio, oneroso ou gratuito, deveria conter plano de trabalho. Como mencionado, o art. 116, §1º, da Lei nº 8.666/93 é categórico a respeito. Não faria sentido se a lei nova, que, como Di Pietro enfatizou, buscou traçar medidas moralizadoras, não impusesse a confecção de plano de trabalho, inclusive para acordos de cooperação. Vale explicar que o plano de trabalho é valioso método de controlabilidade do estudo e da execução da parceria. Não à toa, a legislação exige impositivamente a descrição da realidade que será objeto da parceria, devendo ser demonstrado o nexo entre essa realidade e as atividades ou projetos e metas a serem atingidas, a descrição de metas a serem atingidas e de atividades ou projetos a serem executados, a previsão de receitas e de despesas a serem realizadas na execução das atividades ou dos projetos abrangidos pela parceria, a forma de execução das atividades ou dos projetos e de cumprimento das metas a eles atreladas, e a definição dos parâmetros a serem utilizados para a aferição do cumprimento das metas. Por intermédio destas fixações, os parceiros autolimitam-se e, ao mesmo tempo, a sociedade com clareza consegue checar se o interesse social está sendo corretamente buscado. Mais uma vez, pouco importa não existir transferência direta de recursos públicos. A visão é mais ampla. Seu foco é nos princípios da eficiência e da impessoalidade, tudo para se alcançar as modificações sociais que o brasileiro tem direito.

Em segundo lugar, a própria ementa da Lei nº 13.019/2014, alterada a redação pela Lei nº 13.204/2015, impõe tal conclusão quando afirma: “mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação”. O legislador lembrou-se da matéria específica ao plano de trabalho para os acordos de cooperação, mas lamentavelmente esqueceu-se logo depois. É exatamente por isso que o art. 22 não deve ser visto separadamente.

Em terceiro lugar, na esteira do que realçado acima, o art. 1º, que dita o sentido da lei como um todo, expressamente alude à inserção de planos de trabalho também aos acordos de cooperação. Da mesma forma, o art. 42, parágrafo único, da Lei nº 13.019/2014, impõe a presença de plano de trabalho, quando a hipótese for de acordo de cooperação. Este último dispositivo ainda coloca que o instrumento figurará como anexo, constituindo-se como parte integrante e indissociável da parceria. É de se notar que a importância é tamanha que o legislador praticamente disse que se o mesmo faltar, a parceria não estará completa. A ausência de elementos mínimos de formação de um ato torna-o inexistente. É como se existisse materialmente apenas em parte, o que não é juridicamente aceito. No Direito, ou o ato reúne seus elementos para existir, ou não, sendo considerado inexistente. Portanto, por imposição legal, o plano de

interpretação gramatical ou literal busca a atribuição dos significados do texto, o conteúdo semântico das palavras. A interpretação histórica busca encontrar o sentido da lei através dos precedentes legislativos, dos trabalhos preparatórios e das situações sociais que ocorriam quando da feitura da lei. A interpretação sistemática busca encontrar uma unidade do ordenamento jurídico, com uma visão estrutural. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 124-127, 131 e 135.

trabalho é elemento indispensável, não só aos termos de fomento e de colaboração, mas igualmente ao acordo de cooperação, sem o qual poderá a parceria ser considerada inexistente, no mundo jurídico³⁸.

Com essas palavras, tranquilamente afirma-se que o legislador não abriu qualquer margem de discricionariedade³⁹ para o administrador, dentro de um espaço, optar por confeccionar um plano de trabalho, ou não. Enfatadamente, inclusive, no apontado art. 42, utilizou-se do verbo no imperativo para estipular um verdadeiro dever de incluir como elemento essencial do acordo de cooperação, ainda que no anexo, o plano de trabalho.

Nesse caso, trata-se de autêntica competência vinculada, que, conforme Gasparini, “são verdadeiros atos administrativos praticados conforme o único comportamento que a lei prescreve à Administração Pública. A lei prescreve, em princípio, se, quando e como deve a Administração Pública agir ou decidir. A vontade da lei só estará satisfeita com esse comportamento, já que não permite à Administração Pública qualquer outro”⁴⁰.

Logo, parece claro, repise-se, que, efetivamente, pouco importa a existência ou não de transferência de recursos financeiros. Entretanto, com isso em mente, a questão que surge é então qual seria a razão pela qual o legislador exigiu o plano de trabalho, em acordos de cooperação.

³⁸ Antonio Junqueira de Azevedo ensina que “podemos, pois, dizer que elemento do negócio jurídico é tudo aquilo que lhe dá existência no campo do direito. Classificam-se, conforme o grau de abstração, em *elementos gerais*, isto é, próprios de todo e qualquer negócio; *categoriais*, isto é, próprios de cada tipo de negócio; e *particulares*, isto é, existentes, sem serem gerais ou categoriais, em determinado negócio. Os elementos gerais subdividem-se em *intrínsecos* (ou constitutivos), que são a forma, o objeto e as circunstâncias negociais, e *extrínsecos*, que são o agente, o lugar e o tempo do negócio. Os categoriais subdividem-se em *interrogáveis* (ou essenciais) e *derrogáveis* (ou naturais); os primeiros definem o tipo de negócio e os segundos apenas defluem de sua natureza, sem serem essenciais à sua estrutura. Os elementos particulares, finalmente, são em número ilimitado, podendo, porém, ser estudados três, a condição, o termo e o encargo, que, por serem mais comuns, estão sistematizados. A importância de toda essa classificação é muito grande do ponto de vista prático (para não falarmos nos aspectos meramente didáticos que por si já justificariam). Assim, se faltar, em determinado negócio jurídico, um *elemento geral*, ele não existirá como negócio; será um caso de negócio dito inexistente e, como tal, as regras jurídicas a aplicar não serão sequer as das nulidades; além disso, se o elemento geral faltante for *intrínseco* (ou constitutivo), aquela aparência de negócio (“negócio inexistente”) será fato jurídico, ou, quem sabe, se houver agente, poderá ser um ato jurídico não negocial, e a cada uma dessas situações corresponderão regras específicas. A exata identificação do negócio dentro de uma categoria, por outro lado, através da exata coincidência dos *elementos categoriais*, é fundamental para saber qual o *regime jurídico* a ele aplicável. Além disso, se, num negócio de certo tipo, faltar um elemento categorial *interrogável* (ou se, mesmo sem faltar, se puder dar esse elemento como inexistente, para evitar que o negócio seja considerado nulo), aquele ato não existirá como negócio daquele tipo, mas há a possibilidade de convertê-lo em negócio de outro tipo (conversão substancial). É importante esclarecer que “[o]s *elementos categoriais* não resultam da vontade das partes, mas, sim, da *ordem jurídica*, isto é, da lei e do que, em torno desta, a doutrina e a jurisprudência constroem.” E que “a análise revela duas espécies de elementos categoriais: os que servem para definir cada categoria de negócio e que, portanto, caracterizam sua essência são os *elementos categoriais essenciais* ou *interrogáveis*; e os que, embora defluindo da natureza do negócio, podem ser afastados pela vontade da parte, ou das partes, sem que, por isso, o negócio mude de tipo, são os *elementos categoriais naturais* ou *derrogáveis*.” (itálico no original). AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio Jurídico*: existência, validade e eficácia. 4ª ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 39-40 e 35.

³⁹ Hely Lopes Meirelles ensina que poder discricionário “é o que o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade de escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo”. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28ª edição. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 114.

⁴⁰ GASPARINI, Diógenes. *Op. cit.*, p. 148.

A melhor resposta, sem querer parecer repetitivo, segue na linha do princípio da eficiência, que, segundo Alexandre de Moraes, “é aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia, e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar desperdícios e garantir maior rentabilidade social”⁴¹. O próprio autor enumera como duas das características do princípio da eficiência a transparência, e nada melhor do que, pelo plano de trabalho, saber-se exatamente do que trata um acordo de cooperação; e a qualidade, ou seja, a otimização do objetivo através do controle dos recursos e esforços públicos⁴².

Dessarte, a ideia de reclamar-se a presença de plano de trabalho em acordos de cooperação resolve-se pela possibilidade de melhor controle deste acordo, através do estudo do plano de trabalho. Por sua vez, ainda que de modo distante, o plano de trabalho lembra o projeto executivo, previsto para licitações, sendo certo que este projeto é obrigatório. Ambos, em termos gerais e em conformidade com a complexidade do que tratam, giram em torno da implementação do objeto da avença⁴³. Conclui-se, portanto, que, ainda que se esteja tratando de acordo de cooperação, deve ser confeccionado um plano de trabalho.

II. 3. Acordo de Cooperação e as Exigências do Art. 34 da Lei nº 13.019/2014

O tema aqui lançado é o questionamento a respeito de os documentos listados nos incisos do art. 34 serem exigidos também para a formalização dos acordos de cooperação. Como evidenciado, o legislador andou muito mal na sistematização da Lei nº 13.019/14. O surgimento posterior da Lei nº 13.204/15 trouxe alguns vários embaraços. O próprio art. 34 foi atingido de diversas maneiras pela lei ulterior. Apenas para dimensionar a influência da lei mais recente sobre a original, basta dizer que o *caput*, do citado dispositivo, foi mantido conforme a redação original, dada pela Lei nº 13.019/14. Todavia, os incisos I, IV e VIII foram revogados pela Lei nº 13.204/15. Além disso, esta modificou a redação dos incisos III e VII. A questão que aparece, então, é saber se, quando o *caput* aponta para as parcerias previstas na lei, estas devem ser encaradas como o termo de cooperação e o termo de fomento, ou estes e o acordo de cooperação. Diante das lembranças e esquecimentos do legislador, ao trabalhar a presente normatização, até que a dúvida merece destaque. Agrava esse quadro o fato de o dispositivo do art. 34 estar inserido na seção IX que, em tese, somente trata dos requisitos para celebração do termo de colaboração e do termo de fomento.

⁴¹ MORAES, de Alexandre. *Direito Constitucional Administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 90.

⁴² *Idem*, p. 92-94.

⁴³ Veja-se que para a hipótese da licitação, no que toca ao plano executivo, o professor Marçal Justem Filho é categórico a respeito da obrigatoriedade do plano executivo: “Esse é o sentido a ser extraído da exigência da elaboração de projetos básico e executivo, como condição para a instauração da licitação. Não se trata de formalidade destituída de sentido nem se pode reputá-la como satisfeita mediante documentos destituídos de maiores informações”. JUSTEM FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 104.

Sob a ótica patrimonial, da qual não se afina o presente trabalho, e sob um olhar topográfico, poder-se-ia imaginar que apenas para parcerias que envolvessem repasse de dinheiro pelo estado, é que os documentos figurar-se-iam como imprescindíveis. Como em acordos de cooperação, os parceiros apenas dão as mãos para a consecução de uma finalidade pública, sem qualquer envolvimento de verba pública, não seriam necessárias certidões de regularidade fiscal, de certidão de existência jurídica ou cópia do estatuto atual registrado, de cópia da ata de eleição do quadro dirigente atual, da relação nominal atualizada dos dirigentes da entidade, com endereço, número e órgão expedidor da carteira de identidade e número de registro no Cadastro de Pessoas Físicas, e de comprovação de que a organização da sociedade civil funciona no endereço por ela declarado. Tudo isso serve de medida de apoio principalmente para responsabilização tanto da pessoa jurídica, como das pessoas naturais envolvidas com a organização da sociedade civil. É compreensível que se ligue isso ao repasse de recursos públicos para as entidades do terceiro setor, especialmente no Brasil, em que, infelizmente, nem o trato da coisa pública, nem da filantropia, em sentido amplo, são levados a sério. Para dar coró ao raciocínio aqui exposto, o art. 34 está dentro da seção IX (requisitos para celebração do termo de colaboração e do termo de fomento) e esta, por sua vez, está incluída no capítulo II, que dita normas para celebração do termo de colaboração ou de fomento.

Temporalmente, o acordo de cooperação é instituto criado posteriormente à original formatação da Lei nº 13.019/2014. Mais precisamente, foi a Lei nº 13.204/2015 que o contemplou. Por isso, como cansativamente repetido, a própria Lei nº 13.019/2014 passou a conter imperfeições de ordem técnica legislativa. Não obstante isso, por outro lado, verifica-se que o art. 34 recebeu influxos da Lei nº 13.204/2015. Esta, contudo, deixou intacto o *caput* do referido dispositivo. Isso certamente se deu porque o *caput* não delimita os documentos listados nos seus incisos ao termo de colaboração e ao termo de fomento.

Ao mesmo resultado se chega percorrendo-se outro caminho. É importante observar que o *caput*, do art. 34, faz menção genericamente às organizações da sociedade civil, as quais podem, com a Administração, firmar acordo de cooperação, termo de colaboração e termo de fomento, em sintonia com o art. 1º, da Lei nº 13.019/2014. Essa lógica é perfeitamente compatível com a conduta legislativa de deixar incólume o *caput*, mas alterar diretamente a redação dos incisos III e VII, bem como revogar os incisos I, IV e VIII. Não parece ter olvidado o legislador aqui, ao menos quanto ao presente tema, o significado da expressão “organizações da sociedade civil” e quais são as espécies de parcerias possíveis.

São válidas, portanto, as palavras da professora Di Pietro, em que pese em conformidade com a Lei nº 13.019/2014, antes das alterações promovidas pela Lei nº 13.204/2015, no sentido de que “[o] art. 34 dá uma relação de documentos que a entidade deverá apresentar, para poder firmar termo de colaboração ou de fomento, como prova de propriedade ou posse legítima do imóvel, certidões de regularidade fiscal, previdenciária, tributária, de contribuições e dívida ativa, certidão de existência jurídica expedida pelo cartório de registro civil ou cópia do estatuto registrado e eventuais

alterações⁴⁴. Pela redação empregada pela autora, afere-se mesmo a imposição da apresentação de tais documentos, valendo consignar os elogios tecidos pela mesma, que assevera que “[a]s exigências são altamente meritórias, porque contribuem para afastar verdadeiras entidades fantasmas que têm celebrado termos de parceria com o Poder Público: entidades que só existem no papel”⁴⁵.

Alerta, ademais, Di Pietro que “essa documentação deveria ser examinada durante o procedimento do chamamento público, sob pena de a Administração selecionar, como melhor proposta, uma organização da sociedade civil que não poderá firmar o termo de colaboração ou de fomento”⁴⁶. Na essência, então, é desimportante o art. 34 estar inserido topograficamente na Seção IX, da lei, ante o claro descuido – reiterado – do legislador no melhor trato da matéria.

Para sepultar eventual dúvida sobre o tema, cabe afirmar que, na linha do escrito por Di Pietro, as certidões de regularidade fiscal, a certidão de existência jurídica, a cópia da ata de eleição do quadro dirigente atual, a relação nominal atualizada dos dirigentes da entidade e a comprovação de que a organização da sociedade civil funciona no endereço por ela declarado são documentos importantes, notadamente com o escopo de controlabilidade e respeito aos princípios da impessoalidade e da eficiência, defendidos no presente trabalho. Havendo ou não aporte de recurso público para a organização da sociedade civil, a exigência de regularidade fiscal mostra-se adequada, posto ser no mínimo embaraçoso ser chamado a ser parceiro do estado alguém que com ele falte seu dever. A parceria com o poder público deve ser entendida como um sinal de bom predicação da pessoa jurídica do terceiro setor. Quem se alia ao estado na concretização de um interesse social deve sentir-se honrado, tanto por implementar direitos da coletividade, como por ter sido aceito pelo ente público como capaz e hábil a tanto. Assim, ser parceiro da Administração Pública é, ou deveria ser, motivo de orgulho, e visto pela comunidade como um exemplo a ser seguido⁴⁷. De igual modo, a

⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 306.

⁴⁵ *Idem. Ibidem*.

⁴⁶ *Idem. Ibidem*.

⁴⁷ Interessa ressaltar como há uma escassez de espírito republicano. Aqui, o republicanismo teria uma boa entrada, notadamente no aspecto de atuação junto ao estado, para a consecução do bem comum. Conforme ensinam Souza Neto e Sarmento, “[n]o *modelo republicano*, o cidadão está enraizado em uma cultura pública que o estimula à participação ativa na vida da comunidade. O cidadão, neste quadro, não tem apenas direitos, mas também deveres em relação à sua comunidade política. Dá-se ênfase às ‘virtudes republicanas’ dos cidadãos. Deles se espera alguma orientação para o interesse público; a atuação pautada não apenas nos interesses individuais de cada um ou das facções, mas voltada também para o bem comum”. (Itálico no original). SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª ed., 1ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 217. Em que pese o alerta dos autores para uma eventual caracterização de autoritarismo na ideia de imposição de virtudes cívicas, por meio de coerção, é relevante destacar que a virtude cívica é a vontade e a capacidade de servir ao bem comum. A virtude cívica, na acepção de Maurizio Viroli, é a fundação de um governo republicano. MAURIZIO, Viroli. *Republicanism*. Translated from the Italian by Antony Shugaar. New York: Hill and Wang, 2002, p. 69. Na onda do espírito cívico, somando-o ao terceiro setor, Rubem Fernandes coloca: “No limite, não há serviço público que não possa, em alguma medida, ser trabalhado pelas iniciativas particulares. A própria manutenção da ordem, diz a Constituição Federal de 1988, é direito e responsabilidade de todos. Internalizar essa ideia e universalizá-la tem, evidentemente, implicações profundas para a cultura cívica do País, que se desdobram em novos modos de conduzir as políticas públicas”. FERNANDES, Rubem César. O que é o terceiro setor? *Revista do legislativo*. Belo Horizonte, nº 18, abr./jun., 1997, p. 28-29.

certidão de existência jurídica mostra-se apropriada, mas por uma razão muito simples: saber que efetivamente a organização da sociedade civil tem vida. Tal preocupação soa estranha para os mais desavisados. Sem embargo, afigura-se mesmo como um pressuposto para a tramitação do procedimento administrativo que desemboque na subscrição de uma das parcerias previstas em lei. A cópia da ata de eleição do quadro dirigente atual e a relação nominal atualizada dos dirigentes da entidade são documentos também sensíveis, porque, a par de eventual irregularidade ou ilicitude, deve se saber com que se trata, ou seja, quem são as pessoas que coordenam a pessoa jurídica. Por fim, a comprovação de que a organização da sociedade civil funciona no endereço por ela declarado mostra a preocupação do legislador com detalhes que, não fosse o alto número de escândalos que envolvem o terceiro setor, talvez fosse despidiêda. Encampando as palavras de Di Pietro, a lei traz boa dose de medidas moralizadoras, tudo para se evitar que área tão nobre de atuação social não cumpra sua finalidade. O fato de inexistir transferência de verba pública não importa. O estado não tem tempo para perder com acordos de cooperação que se mostrem ineficientes, por conta de um parceiro mal selecionado.

É extremamente saudável para a Administração Pública saber com quem trava relações jurídicas, não devendo se descuidar da observância desse dever, no mínimo, de conotação moral. Vale dizer que a cautela aqui recomendada dita que se saiba antes com quem se irá firmar um acordo de cooperação, do que à frente se descobrir que a entidade possui alguma pendência, por exemplo, com a Justiça. Portanto, os documentos listados no art. 34 servem para o estado se escudar contra irregularidades de eventuais organizações da sociedade civil e não devem ser relativizados. Desse modo, não se encontra qualquer justificativa para que os documentos apontados sejam aplicados apenas aos termos de fomento e de colaboração, ficando de fora os acordos de cooperação.

II. 4. As Instituições Constitucionais Autônomas e o Cumprimento do Art. 34, II, da Lei nº 13.019/2014

O quarto assunto que desponta para análise foi destacado do bojo do item II. 3 *supra* e refere-se à aplicação do art. 34, II, pelas instituições constitucionais autônomas. A questão é saber, no seguinte exemplo, se o Tribunal de Contas estadual ou o *Parquet* estadual deverá – verbo conjugado no futuro e de forma imperativa – exigir os documentos de regularidade fiscal com as fazendas federal, estadual, municipal, além dos documentos relacionados com o FGTS, por serem os documentos fiscais exigidos pelo Estado do Rio de Janeiro. O legislador, como se percebe pela exposição deste trabalho, não atuou bem. Conseguiu ser omissos reiteradamente, em vários pontos. Aqui, conduziu-se do mesmo modo, aparentemente. Pela leitura simples do dispositivo, entende-se que, se o ente federado exige certa documentação, as instituições constitucionais autônomas assim terão que proceder.

Em nota preliminar, é preciso saber o que significa um ente federado. Diversamente do que se entende por unidade da federação⁴⁸ que, por certa tradição, enxerga-se como sendo um dos Estados ou o Distrito Federal, é melhor e mais correto atribuir-se à expressão ente federado qualquer das pessoas jurídicas de direito público que, unidas, formam a federação brasileira. São, portanto, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, conforme interpretação conjugada dos arts. 1º e 18, da Constituição de 1988. Este raciocínio encaixa-se melhor do que entender-se que a referência a entes federados se ligasse à União, aos Estados e ao Distrito Federal, ou apenas aos Estados e ao Distrito Federal, sobretudo na interpretação do art. 34, II, posto que vincularia os Municípios ao acatamento de uma legislação externa estadual, em competência que não admite isso.

No ponto, vale lembrar que a Lei nº 13.019/2014 é norma geral, não só porque seu art. 1º assim expressa, mas sim, e acima disso, porque o sistema constitucional impõe⁴⁹. Nas palavras de Raul Machado Horta, “[a] lei de normas gerais deve ser uma lei quadro, uma moldura legislativa. A lei estadual suplementar introduzirá a lei de normas gerais no ordenamento do Estado, mediante o preenchimento dos claros deixados pela lei de normas gerais, de forma a aperfeiçoá-la às peculiaridades locais”⁵⁰. Na visão de Marcos Juruena Villela Souto a norma geral “não pode descer a detalhes e particularidades, sob pena de incidir em inconstitucionalidade por invasão da competência supletiva dos Estados, Distrito Federal e Municípios”⁵¹. A norma geral precisa o ser no aspecto objetivo e no aspecto subjetivo. Por este, deve a mesma ser endereçada a todos os entes da federação. E por aquele, deve ela construir a normatividade básica, estruturante, de padrão mínimo comum a assegurar “o bom funcionamento e a articulação do Estado federado em todos os níveis políticos a despeito das fronteiras internas”, devendo “deixar espaço para detalhamentos normativos subnacionais, realizados de acordo com as características culturais, econômicas, sociais e políticas de cada ente estadual e municipal”⁵².

Importante para o tema são as palavras de Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento no sentido de que “[o] federalismo é um arranjo institucional que envolve a partilha vertical do poder entre diversas entidades políticas autônomas, que coexistem no interior de um Estado soberano”. Para essa conjuntura, são imprescindíveis “a) que exista partilha constitucional de competências entre os entes da federação, de modo a assegurar a cada um uma esfera própria de atuação; b) que tais entes desfrutem de efetiva autonomia política, que se expressa nas prerrogativas do autogoverno, auto-organização

⁴⁸ Em sentido contrário, ver SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 14.

⁴⁹ Para uma brevíssima análise da discussão prévia à Constituição de 1988, a respeito de caracterizarem-se as normas sobre licitações e contratos administrativos como impositivas aos Estados e Municípios ou se deveriam respeitar a autonomia e gestão desses entes federados, ver SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Contratual: licitações, contratos administrativos*. Lumen Juris, 2004, p. 01-02.

⁵⁰ HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 357.

⁵¹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Contratual: licitações, contratos administrativos*. Lumen Juris, 2004, p. 03.

⁵² MARRARA, Thiago; CESÁRIO, Natália de Aquino. *Op. cit.*, p. 47-48.

e autoadministração; c) que haja algum mecanismo de participação dos Estados-Membros na formação da vontade nacional; e d) que os entes federais tenham fontes próprias de recursos para o desempenho dos seus poderes e competências, sem o que a autonomia, formalmente proclamada, será, na prática, inviabilizada”⁵³. Ressalte-se para o assunto em exame, o significado de autonomia política, que é traduzida pelos predicados do autogoverno, auto-organização e autoadministração. Hely Lopes Meirelles, escrevendo sobre autonomia municipal e avisando que a enumeração não é taxativa e nem exaure as atribuições municipais, elenca os seguintes poderes derivados da autonomia: “a) *poder de auto-organização (elaboração de lei orgânica própria)*; b) *poder de autogoverno, pela eletividade do prefeito, do vice-prefeito e dos vereadores*; c) *poder normativo próprio, ou de autolegislação, mediante a elaboração de leis municipais na área de sua competência exclusiva e suplementar*; d) *poder de auto-administração: administração própria para criar, manter e prestar os serviços de interesse local, bem como legislar sobre tributos e aplicar suas rendas*”⁵⁴ (itálico no original).

Dentro do emaranhado político constitucional administrativo, é da soma das lições acima que se extrai a prerrogativa de a União legislar sobre normas gerais, para o tema aqui tratado, só que deixando ampla margem de atuação densificadora para Estados, Distrito Federal e Municípios. Até esta conclusão, todos chegam. O problema é resolver a condição das instituições constitucionais autônomas e seus déficits democráticos⁵⁵. Afinal, em que pese autônomas, quem repercute a vontade da sociedade é a casa legislativa correspondente e quando atuam em suas atividades meio – como sói ocorrer na hipótese de entabular uma parceria com organizações da sociedade civil –, não se enxerga a existência de um argumento que ampare uma atuação de índole política ou de proteção de minorias sociais.

Por outro lado, a Constituição de 1988, em seu art. 127, previu que o Ministério Público é uma instituição autônoma. No ponto que interessa, “entende-se por autonomia a prerrogativa de estabelecer as próprias normas que devem ser seguidas”⁵⁶. Ademais, precisamente sobre a autonomia administrativa, Emerson Garcia assevera que “[a] autonomia administrativa, em linha de princípio, assegura ao Ministério Público a prerrogativa de editar atos relacionados à gestão dos seus quadros de pessoal (v.g.: admissão, designação, exoneração, aposentadoria, disponibilidade

⁵³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 303-304.

⁵⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 13ª edição. Atualizada por Célia Marisa Prendes e Márcio Schneider Reis. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 93.

⁵⁵ A questão sobre a falta de *pedigree* democrático e o déficit democrático é, em geral, abordada quando do trato do ativismo judicial e a assunção da posição contramajoritária de tutela da minoria. Para uma leitura a respeito do tema, na doutrina nacional, ver SARMENTO, Daniel *et al. Juridição Constitucional e Política*. Daniel Sarmento (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2015. VILHENA VIEIRA, Oscar. Supremocracia. *Revista Direito GV*, vol. 4, nº 2, e na doutrina estrangeira, ver GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. Cambridge University Press, 2003. EISGRUBER, Christopher L. *Constitutional Self-Government*. Harvard University Press, 2001. WALDRON, Jeremy. *The Core of the Case Against Judicial Review*. *Yale law journal*, vol. 115, nº 6, p. 1346-1486, 2006. TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton University Press, 2000.

⁵⁶ GARCIA, Emerson. *Ministério Público. Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. 3ª ed. Revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 91.

etc.), à administração e à aquisição de bens etc.”⁵⁷. Por sua vez, diante das atribuições constitucionais, da própria responsabilidade que lhe é inerente e da colocação no mesmo plano dos poderes (funções) da República⁵⁸, é perfeitamente possível afirmar-se que o Tribunal de Contas, além de órgão constitucional de controle⁵⁹, é uma instituição constitucional autônoma⁶⁰⁻⁶¹.

Pelo quadro apresentado, então, a Constituição, a um só tempo, afirma que a matéria aqui em estudo é de competência legislativa privativa da União – para normas gerais – e que as instituições constitucionais autônomas, por si, devem estabelecer normas próprias e administrar suas vidas. A solução interpretativa que se apresenta é a que busca uma acomodação dos dispositivos constitucionais, podendo ser frisado que os mesmos não colidem entre si. Isso significa dizer que o Ministério Público e o Tribunal de Contas devem obediência à norma geral, o que inclusive é uma consequência lógica do Estado Democrático de Direito, e podem colmatar lacunas porventura existentes.

Não obstante isso, o tema em estudo vai além. É que, no mais das vezes, no exemplo já iniciado acima, existem normas estaduais outras, oriundas de órgãos externos e

⁵⁷ *Idem*, p. 94.

⁵⁸ Bruce Ackerman também propõe uma revisão da lição *tripartite* de Montesquieu e a criação de instituições funcionalmente independentes. Para tanto é preciso: identificar um valor governamental fundamental, explicar a razão pela qual tal valor fundamental requer proteção constitucional especial em relação a forças externas, identificar técnicas de isolamento institucional para que se bem execute o trabalho, e proceder a uma análise empiricamente inclusive de forma comparativa. Não obstante isso, o autor ressalta dois problemas que não podem ser olvidados com a criação dessas instituições: a coordenação entre os poderes, de forma a gerar um todo coerente, e o problema de déficit democrático, já que quanto maior o número de instituições independentes isoladas de controle político direto, maior a privação do processo democrático. ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 265, 2014 p. 13-23.

⁵⁹ VASCONCELOS JUNIOR, Glauco Pimentel; LEÃO, Valquiria Maria Falcão Benevides de Souza; DOS REIS, Jonas Rosa. *O Financiamento do Terceiro Setor pela Administração Pública e a Competência dos Tribunais de Contas na sua Fiscalização*. Recife: ECPBG, 2008, p. 85-86.

⁶⁰ O próprio STF teve a oportunidade, recentemente, de reiterar a configuração de instituição autônoma dos Tribunais de Contas. “EMENTA Ação direta de inconstitucionalidade. Lei estadual nº 2.351, de 11 de maio de 2010, de Tocantins, que alterou e revogou dispositivos da Lei estadual nº 1.284, de 17 de dezembro de 2001 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins). Lei originária de proposição parlamentar. Interferência do Poder Legislativo no poder de autogoverno e na autonomia do Tribunal de Contas do Estado. Vício de iniciativa. Inconstitucionalidade formal. Medida cautelar deferida. Procedência da ação. 1. As cortes de contas seguem o exemplo dos tribunais judiciais no que concerne às garantias de independência, sendo também detentoras de autonomia funcional, administrativa e financeira, das quais decorre, essencialmente, a iniciativa reservada para instaurar processo legislativo que pretenda alterar sua organização e funcionamento, conforme interpretação sistemática dos arts. 73, 75 e 96, II, d, da Constituição Federal. 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se orientado no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade formal, por vício de iniciativa, das disposições que, sendo oriundas de proposição parlamentar ou mesmo de emenda parlamentar, impliquem alteração na organização, na estrutura interna ou no funcionamento dos tribunais de contas. Precedentes: ADI 3.223, de minha relatoria, Tribunal Pleno, DJe de 2/2/15; ADI 1.994/ES, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 8/9/06; ADI nº 789/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 19/12/94. 3. A Lei nº 1.284/2010 é formalmente inconstitucional, por vício de iniciativa, pois, embora resultante de projeto de iniciativa parlamentar, dispôs sobre forma de atuação, competências, garantias, deveres e organização do Tribunal de Contas estadual. 4. Ação julgada procedente”. ADI 4418/TO – TOCANTINS. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator: Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 15/12/2016. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO. DJe-040 DIVULG: 02-03-2017 PUBLIC 03-03-2017. REPUBLICAÇÃO: DJe-053 DIVULG 17-03-2017 PUBLIC 20-03-2017.

⁶¹ Na doutrina, entendendo pela qualificação como instituição constitucional autônoma não só dos Tribunais de Contas, mas também do Conselho Nacional do Ministério Público, ver GARCIA, Emerson. *Op. cit.*, p. 122-123.

diferentes do *Parquet* e da Corte de Contas. Daí surgirá a dúvida sobre a respectiva aplicação internamente. Para clarear a mente do leitor, duas hipóteses, em geral, abrem-se: ou a norma é infralegal, ou a mesma é legal. Tendo cunho infralegal, a aplicação do princípio da autonomia vem à tona e permite, assim, que o *Parquet* e o Tribunal de Contas não se vejam obrigados à sua observância. É o caso da edição de uma portaria ou ato similar por parte da Secretaria de Estado de Fazenda. Entretanto, se a via que se apresenta é a legal, as referidas instituições constitucionais autônomas se vêem, como qualquer outro ator do Estado, ligados à soberania da democracia.

Apesar disso tudo, o que se verifica no presente caso não é uma determinação estadual, distrital ou municipal de aplicação de suas normas, sejam legais, sejam infralegais. Muito pelo contrário, quem dita a aplicação da normatização estadual, distrital ou municipal é a lei geral editada pela União, no legítimo exercício de sua competência constitucional. É dizer, no ponto, uma lei com exposição de uma vontade nacional elenca os documentos necessários para a celebração da parceria. O cuidado da lei geral em não invadir, no assunto em comento, competência de outrem foi tamanha que não especificou de qual ente federado as certidões devem ter origem, se federal, se estadual, se distrital ou se municipal, além das combinações, dentro desse espaço, possíveis. Esse papel foi corretamente repassado para o ente público respectivo em que se esteja legislando e pactuando com as organizações da sociedade civil.

Verifica-se, em verdade, que a Lei nº 13.019/2014 elencou claramente quais são os documentos exigíveis, ou seja, a lei federal de cunho geral nem mesmo abriu espaço para que Estados, Distrito federal e Municípios pudessem escolher este ou aquele documento obrigatório de regularidade. Interpretando o inciso II, do art. 34, em consonância com o *caput*, do mesmo dispositivo, que determina expressamente o que as organizações da sociedade civil precisam apresentar, para fins da avença, não surge espaço para diminuir ou aumentar o rol de documentos listados. Parece mesmo, a princípio, que o aumento ou a diminuição, por um ente federado e não por outro, além de afrontar a ideia de sistematicidade que uma lei geral apresenta, violaria a própria lógica colocada no art. 19, da Constituição de 1988. O raciocínio é o seguinte. A permissão para que um ente específico legisle para concretizar esse aumento ou diminuição, no fundo, significará uma autorização implícita da norma geral no mesmo sentido, importando isso em uma preferência implícita entre a União e um determinado Estado, Distrito Federal ou Município. Objetiva-se com isso “a manutenção de um nível adequado de integração” de modo a sustentar “certa unidade, necessária e inafastável, a prevalecer na estrutura federativa, de maneira que esta possa atender à necessidade imanente de um *minimum* de coesão entre seus componentes”⁶² (itálico no original).

Importante, então, passa a ser o estudo da parte final, do inciso II, do art. 34, da lei. Utilizou-se expressamente da seguinte cláusula “de acordo com a legislação aplicável de cada ente federado”. Isso, com efeito, vale reprimir, significa o respeito ao federalismo, porquanto não poderia a União determinar a regência dos documentos citados. Como

⁶² TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 730.

dito antes, aqui não se insere uma determinação oriunda originariamente do legislador estadual, distrital ou municipal. Já se explicou que a delimitação do tema tem origem em norma geral, no caso, de competência da União. Portanto, a conformidade com a legislação aplicável de cada ente federado não significa uma ordem originária dos diversos entes da federação. Também se descortinou a ideia de se poder aumentar ou diminuir o elenco de documentos. Por ser matéria afeta à vontade nacional, de modo a entregar coesão à matéria e impedir tratamentos diferenciados, explicou-se que Estados, Distrito Federal e Municípios não podem elevar ou reduzir os documentos de que trata o art. 34, da lei. Assim, a cláusula final do apontado inciso II liga-se à regência formal de cada um dos documentos. Em outras palavras, a formalidade dos documentos deve seguir as respectivas leis dos entes federados.

Ocorre que aqui surge uma dúvida que é saber de quais ramos de poder, dentro da divisão vertical de competência, devem ser cobrados os documentos. Bebendo da fonte licitatória, eis que, ao fim e ao cabo, o que se deseja é a escolha de uma pessoa jurídica íntegra e que melhor execute a atividade para a qual foi escolhida, é possível identificar três posturas. A controvérsia aqui gira em entender o que deve vir a reboque com a cláusula final do inciso II, do art. 34. É dizer, prescritivamente, o que a legislação aplicável de cada ente federado deve trazer.

Na seara doutrinária e jurisprudencial, há quem, aparentemente, defenda que a escolha de quais certidões de comprovação são imprescindíveis fique a cargo do responsável pelo ato convocatório. Nesta linha, então, não se delimitam *a priori* quais os documentos serão exigidos, se de âmbito federal, estadual ou municipal⁶³. Em que pese a possibilidade de isso trazer uma certa celeridade na análise dos casos concretos, parece-nos que essa postura esbarra em dois valores que este trabalho se sustenta, a controlabilidade e a impessoalidade. Não se saber, previamente, se a documentação pertinente é a federal, ou a estadual, por exemplo, traz insegurança, para todos, ou seja, para a Administração Pública, que pode deixar de exigir um documento, para um caso, que seja exatamente aquele que signifique em desqualificação da organização da sociedade civil, mas o exigir, em outro caso. Além disso, para a organização é imprescindível que saiba detalhadamente quais e quando serão os documentos exigidos, assim como quem tem a atribuição de exigir. Ademais, para os órgãos externos de controle e, principalmente, para a sociedade, a prévia ciência daquilo que a Administração Pública quer como documentação harmoniza-se com a ideia de controlabilidade. Por fim, não é preciso realçar a necessidade de se evitarem fatores de corrupção no seio da administração da coisa pública. Uma dessas formas seria a exigência prévia e origens determinadas.

Por sua vez, o Tribunal de Contas da União já se posicionou no sentido de que se exija a “prova de regularidade com relação à Fazenda Federal, Estadual e Municipal

⁶³ Nesse sentido vão as palavras de Marçal Justem Filho quando, inclusive, entende não ser possível deixar esta discricionariedade à comissão de licitação. JUSTEM FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 11ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 503.

do domicílio ou sede do licitante, ou outra aceita na forma da lei”⁶⁴. Traduzindo as palavras para o cenário da Lei nº 13.019/2014, exigir-se-iam os documentos federal, estadual e, especificamente, do Município em que se sedia a organização da sociedade civil. Tal colocação estaria de mãos dadas com a exigência levada a efeito pelo próprio art. 34, em seu inciso VII.

Em sentido diferente, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, ainda escrevendo sobre contratação, assevera que “[n]ão se deve, porém, chegar ao outro extremo, exigindo a comprovação da regularidade com todos os tributos e contribuições para fiscais de todas as esferas de governo”⁶⁵. Explica o autor que, diante da rivalização do art. 29, III, da Lei de Licitações e do art. 193, do Código Tributário Nacional, o “bom hermeneuta deve considerar a finalidade da norma, a parcela da sociedade a que se dirige e o ordenamento jurídico em que se insere”, concluindo que “só devem ser exigidas as provas de regularidade com os tributos que incidam sobre a atividade a ser contratada”⁶⁶. Nesses termos, aparentemente, colocando-se ao lado da doutrina de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, a Lei nº 13.019/2014 encerrou o debate acima. É que se comparadas à redação do art. 34, II, acima, com a do art. 29, da Lei nº 8.666/1993, verificar-se-á uma diferença gritante das exigências, não tendo claramente sido utilizada a expressão fazenda federal, estadual e municipal do domicílio ou sede. Não é difícil, então, defender-se o raciocínio de que conhecedor o legislador geral da redação do art. 29, da Lei de Licitações e Contratos, preferiu abrir uma maleabilidade ao ente local.

Portanto, no que tange à questão em análise, as seguintes afirmações podem ser lançadas: um, os documentos exigidos são os impostos no mencionado inciso II, já que assim desejou o *caput*, do art. 34; dois, a parte final do mesmo dispositivo, não abre margem à facultatividade do rol de documentos, mas apenas, em respeito ao federalismo, expressa que a procedimentalização será a determinada pelo ente federado; três, ante a ausência de exigência de documentos de todas as fazendas públicas e comparando-se os dispositivos da Lei nº 13.019/2014 e da Lei nº 8.666/93, é perfeitamente possível adotar-se a posição acima defendida, em matéria licitatória contratual, por Jorge Ulisses Jacoby Fernandes; e quatro, a legislação do ente federado deverá ser observada pelas demais funções e instituições autônomas, dentro da mesma divisão de poderes horizontais.

II. 5. Celebração de Convênios com Sociedades Empresárias e Art. 84-A da Lei nº 13.019/2014

A Lei nº 13.019/2014, em sua redação original, trazia a proibição de aplicação da Lei nº 8.666/1993 aos termos de fomento e de colaboração, salvo previsão expressa em contrário, impondo ainda que os convênios somente poderiam ser usados para parcerias

⁶⁴ *Licitações e Contratos: orientações e jurisprudência do TCU*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência; Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010, p. 349.

⁶⁵ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Sistema de Registro de Preços e Pregão*. 1ª ed., 3ª tiragem. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 236.

⁶⁶ *Idem*, p. 238.

subscritas entre os entes federados (art. 84). Posteriormente, a Lei nº 13.204/2015 inseriu o art. 84-A e modificou a redação do art. 84. O desenho atual, então, dita que, com a entrada em vigor da Lei nº 13.019/2014, os convênios podem ser utilizados apenas nas hipóteses do parágrafo único, do art. 84. Ou seja, seguem a normatização do art. 116, da Lei nº 8.666/1993, os convênios entre entes federados ou pessoas jurídicas a eles vinculadas e os decorrentes da aplicação do disposto no inciso IV, do art. 3º. A questão que se avulta é sobre a possibilidade de celebração de convênio com sociedade empresária. Em outros termos, a questão gira em torno de saber se, com a entrada em vigor do art. 84-A, será possível celebrar convênios com sociedades empresárias integrantes do primeiro e do segundo setor.

Como destaque preliminar, é relevante assinalar a diferença de redações presentes no texto original e no subsequente. Com efeito, o art. 84 original dispunha que os convênios seriam exclusivamente empregados para parcerias levadas a efeito entre os entes federados. Estes, por sua vez, são a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Esse raciocínio levaria a crer que nos convênios só figurariam pessoas jurídicas de direito público, a Administração Pública direta. Preferindo alargar seu espectro e não permitir dúvidas sobre o assunto, o parágrafo único, do art. 84, em seu inciso I, incluído pela Lei nº 13.204/2015, foi expresso: convênios podem ser empreendidos pela Administração Pública direta e pela indireta – aquela em que há relação de vinculação com o ente público direto⁶⁷.

Para iniciar, então, o desenvolvimento do ponto, é preciso esclarecer que o Estado brasileiro atua em três setores, classificados em primeiro, segundo e terceiro. No primeiro, está localizada a Administração Pública, seja direta, seja indireta. No segundo, encontra-se a atividade que busca lucro. E no terceiro, estão exatamente aquelas pessoas que não têm a intenção de perquirir lucro. Lecionando sobre o tema, Marçal Justem Filho informa que “[t]em sido utilizada a expressão terceiro setor para indicar esse segmento, de modo a diferenciá-lo do Estado propriamente dito (primeiro setor) e da iniciativa privada voltada à exploração econômica lucrativa (segundo setor). O terceiro setor é integrado por sujeitos e organizações privadas que se comprometem com a realização de interesses coletivos e a proteção de valores supraindividuais”⁶⁸. Esta lição será a utilizada, porque, ao que tudo indica, é a que melhor se adequa às diferenciações trazidas pela Lei nº 13.019/2014. Não obstante, não se ignora o ensinamento muito útil de Luciana de Medeiros Fernandes quando aponta “que não se mostra sustentável a correlação necessária entre terceiro setor e racionalidade altruística, de um lado, e mercado e racionalidade instrumental, no outro vértice, haja vista a possibilidade de que esses campos se interrelacionem, o que, em

⁶⁷ José dos Santos Carvalho Filho é categórico: “A subordinação e a vinculação constituem relações jurídicas peculiares ao sistema administrativo. Não se confundem, porém. A primeira tem caráter *interno* e se estabelece entre *órgãos* de uma mesma pessoa administrativa como fator decorrente da hierarquia. A vinculação, ao contrário, possui caráter *externo* e resulta do controle que pessoas federativas exercem sobre as pessoas pertencentes à [sua] Administração Indireta” (grifos no original). CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.*, p. 59.

⁶⁸ JUSTEM FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 11ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 314.

cotejo com a experiência brasileira, pode se ter como fundado na dissonância entre americanismo (a dizer: puritanismo) e o iberismo (leia-se: catolicismo)”⁶⁹.

Importante também é apresentar a composição da Administração Pública, especialmente a indireta, centrada no primeiro setor. As pessoas jurídicas deste ramo são as autarquias, as fundações públicas, as sociedades de economia mista e as empresas públicas, além das respectivas subsidiárias⁷⁰. As empresas estatais são as sociedades de economia mista e as empresas públicas e possuem personalidade jurídica de direito privado, sendo certo que podem ter como finalidade o desenvolvimento de atividade de natureza empresarial ou prestar serviço público. Vale enfatizar que se o Estado deseja explorar atividade empresarial, fá-lo-á por intermédio de sociedades de economia mista ou de empresas públicas⁷¹.

A partir dessa singela explanação, passa-se analisar a primeira faceta da pergunta apresentada no início desta seção, qual seja, a celebração de convênios entre a Administração direta e sociedades empresariais da Administração indireta. Como dito, o art. 84-A, da Lei nº 13.019/2014, faz expressa menção ao parágrafo único, do art. 84, da mesma lei. E este dispositivo emprega a terminologia “vinculadas”. Seguindo o sentido antes conferido sobre vinculação, percebe-se que a lei nova quis possibilitar a utilização do convênio para instrumentalizar uma avença entre a Administração direta e qualquer das pessoas jurídicas vinculadas, vale dizer, as autarquias e fundações públicas, assim como as sociedades ou empresas estatais denominadas sociedades de economia mista e empresas públicas.

O passo dado acima foi simples e não apresenta grandes divagações. O estágio seguinte, entretanto, mostra-se mais complexo. O momento é de enfrentar o questionamento de se é possível o uso de convênio para formalizar avença entre a Administração Pública e as sociedades empresariais do segundo setor.

Sociedade empresária é, na lição de Sérgio Campinho, “aquela que tem por objeto a exploração habitual de atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, sempre com o escopo de lucro”⁷². José Edwaldo Tavares Borba conceitua a sociedade empresária como “uma entidade dotada de personalidade jurídica, com patrimônio próprio, atividade empresarial e fim lucrativo”⁷³. Com estes conceitos em mente, é chegado o momento de analisar as intrincadas regras da Lei nº 13.019/2014.

Desde logo, é possível afirmar que as sociedades empresárias não estão no âmbito de abrangência da Lei nº 13.019/2014, ou, ao menos, não deveriam estar. Tal conclusão é simples e derivada da mera leitura do art. 1º, da Lei. A literalidade do dispositivo é clara, a lei traça normas gerais para as parcerias com organizações da sociedade civil. E para deixar tudo ainda mais evidente, o próprio art. 2º define o que se entende por organizações da

⁶⁹ FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Reforma do Estado e Terceiro Setor*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 321.

⁷⁰ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 178.

⁷¹ *Idem*, p. 201.

⁷² CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do novo Código Civil*. 3ª ed., ver. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 36.

⁷³ BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 8ª ed. ver., aum. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.17.

sociedade civil. São elas: a entidade privada sem fins lucrativos que não distribua entre os seus integrantes qualquer valor de seu patrimônio e que o aplique integralmente na consecução do respectivo objeto; as sociedades cooperativas, as integradas por pessoas em situação de risco ou vulnerabilidade, as alcançadas por programas de combate à pobreza, as voltadas para fomento, educação e capacitação de trabalhadores rurais e as capacitadas para execução de atividades ou de projetos de interesse público e de cunho social; e as organizações religiosas.

Ocorre que com frequência o legislador, sem intenção, ou intencionalmente, porém sem maiores explicações, faz inclusões normativas sem maiores ponderações. Na presente lei, isso não foi diferente. Em que pese o dito logo acima, o art. 41⁷⁴, da Lei nº 13.019/2014, já traz problemas a serem enfrentados.

A primeira questão é saber se a mudança redacional, promovida pela Lei nº 13.204/2015, altera na essência as proibições antes estabelecidas. O novo dispositivo tem a clara determinação de apenas ser possível a confecção de parcerias tipificadas na própria lei, ressalvadas outras hipóteses negociais também tipificadas (arts. 3º e 84, parágrafo único). Portanto, a criação ou a combinação de outras parcerias – que poderiam ser chamadas de atípicas – restaram vedadas.

De todo modo, o art. 41 faz referência ao parágrafo único, do art. 84, e nesse momento começa a ampliar seu âmbito de incidência e abarcar, repita-se percebendo ou não, as avenças entre a Administração Pública e as sociedades empresárias do segundo setor. É que com as mencionadas sociedades, ao contrário do que se imagina, pode – ou podia, até então – ser subscrito um contrato ou um convênio⁷⁵, dependendo apenas da configuração de os interesses, em relação ao objeto do negócio, serem contrapostos ou convergentes. Marçal Justem Filho ensina que “[q]uando se alude a contrato administrativo, indica-se um tipo de avença que se enquadra, em termos de Teoria Geral do Direito, na categoria dos contratos ‘comutativos’ ou ‘distributivos’ (ainda quando se trate de contratos unilaterais). Em tais atos, não há comunhão de interesses ou fim comum a ser buscado. Cada parte vale-se do contrato para atingir a um fim que não é compartilhado pela outra”⁷⁶. Quanto aos convênios, o mesmo autor expressa tratar-se de um “instrumento de realização de um determinado e específico objetivo,

⁷⁴ Diz o atual texto da norma: art. 41. Ressalvado o disposto no art. 3º e no parágrafo único do art. 84, serão celebradas nos termos desta Lei as parcerias entre a administração pública e as entidades referidas no inciso I do art. 2º. (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015). A redação anterior à alteração feita pela Lei nº 13.204 era a seguinte: Art. 41. “É vedada a criação de outras modalidades de parceria ou a combinação das previstas nesta Lei”. Parágrafo único. A hipótese do *caput* não traz prejuízos aos contratos de gestão e termos de parceria regidos, respectivamente, pelas Leis nos 9.637, de 15 de maio de 1998, e 9.790, de 23 de março de 1999.

⁷⁵ Hely Lopes Meirelles é muito claro quanto à ampla possibilidade do uso do convênio, não se restringindo ou se dividando sua caracterização pela natureza da pessoa do conveniente. Eis as palavras do professor: “Pela interpretação do texto constitucional e pela defeituosa redação da norma federal ordinária, tem-se a impressão de que o convênio só é admissível entre entidades estatais, para execução por seus agentes, quando, na realidade, a possibilidade de tais acordos é ampla, entre quaisquer pessoas ou organizações públicas ou particulares que disponham de meios para realizar os objetivos comuns, de interesse recíproco dos partícipes”. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28ª edição. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 387.

⁷⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 1.087.

em que os interesses não se contrapõem – ainda que haja prestações específicas e individualizadas, a cargo de cada partícipe”⁷⁷.

Seguindo a lógica acima, ontologicamente, utiliza-se do instrumento do contrato para hipóteses em que os interesses não são convergentes, é dizer, por exemplo, quando uma das partes deseja um serviço e a outra, o valor (preço). E é usado o instrumento do convênio, quando os interesses são convergentes, dando os convenientes as mãos, para a consecução de um interesse social. Não é correto permitir a subscrição de contrato para fixação de objeto cujos interesses dos contratantes sejam convergentes. Uma lei não pode, diante da falta de técnica legislativa, colocar por terra todas as bases solidificadas pelo direito administrativo.

O desenho lançado *supra* é decorrente de lição tradicional na doutrina e não parece correto que a lei ficticiamente possa alterá-la. Assim, chega-se à conclusão de que não se pode, ao arrempio das lições doutrinárias, transformar o instituto do contrato, para fazer com que este abarque a ideia de interesses convergentes. A utilização de contrato, entre a Administração Pública e uma sociedade empresária, para execução de objeto próprio de antigos convênios, não é a melhor solução, parecendo mesmo violar a honestidade do debate jurídico. Não é porque se deseja encontrar uma solução jurídica para a hipótese em estudo que será possível afrontar o que a doutrina expõe faz décadas. Como destaca Luís Roberto Barroso, em debate constitucional de conteúdo muito mais agudo do que o aqui apresentado, a “atitude de honestidade intelectual e transparência permite a compreensão correta da fundamentação adotada, bem como o controle e a crítica do processo interpretativo”⁷⁸. Portanto, parece fechada a porta da contratualização do objeto aqui em estudo.

Diante da obstrução doutrinária de um caminho, o que demonstra mais uma incongruência da parte do legislador, buscar-se-á trilhar outra estrada, passando-se a analisar o instituto do convênio propriamente dito. Dessa maneira, o que se aventa é saber da correção no uso do convênio para alinhar uma avença entre a Administração Pública e uma sociedade empresária, em que os interesses sejam convergentes.

Apesar de não se enxergar uma clara e direta proibição do uso do instituto do convênio, para a tal negociação, forte no argumento de que, segundo o art. 1º, da Lei nº 13.019/2014, explicitamente se exclamou que a lei trata apenas de parcerias entre a Administração Pública e organizações da sociedade civil, o que poderia ensejar a interpretação no sentido de que qualquer transbordamento, na regulamentação da matéria, fugiria ao que foi intentado pelo legislador, possibilitando uma espécie de controle de limitação interpretativa da lei apenas para as claras fronteiras pela mesma traçada⁷⁹, repita-se, em seu art. 1º, é inescapável à Administração o princípio da legalidade.

⁷⁷ *Idem. Ibidem.*

⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil, in: *Revista do Ministério Público*. vol. 47. Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 2013, p. 149.

⁷⁹ John Hart Ely propõe o controle de constitucionalidade (procedimental) das motivações inconstitucionais, salientando que o mesmo ato do estado pode ser constitucional ou inconstitucional, dependendo dos motivos pelos quais foi efetuado. ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução Juliana Lemos; revisão técnica Alonso Reis Freire; revisão da tradução e texto final Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins fontes: 2010, p. 183-195. Nesta linha de raciocínio, se, segundo o autor, é possível declarar a inconstitucionalidade de uma lei, não parece nenhum absurdo, ao invés de torná-la nula, declarar os limites de atuação da mesma, exatamente, para ficar em conformidade com as intenções do legislador. Não obstante isso, o caso talvez possua solução mais simples do que perscrutar o móvel legislativo.

Sem precisar adentrar à mente do legislador, fato objetivo é que o parágrafo único, do art. 84, traz apenas duas hipóteses para aplicação do art. 116, da Lei nº 8.666/1993, ou seja, do instrumento do convênio. Este, assim, só teria vez para estampar negociação entre entes federados ou pessoas jurídicas a eles vinculadas; ou decorrentes da aplicação do disposto no inciso IV, do art. 3º, da lei.

Desta forma, é de se entender a impossibilidade de a Administração subscrever um convênio com sociedade empresária do segundo setor do estado. Esta é a posição que parece ser defendida por Di Pietro, nos seguintes termos:

[N]o art. 41, é prevista vedação quanto às modalidades de parceria; o dispositivo veda a criação de outras modalidades ou a combinação das previstas na lei; o parágrafo único determina que a hipótese do *caput* não traz prejuízos aos contratos de gestão e termos de parceria regidos, respectivamente, pelas Leis nº 9.637/98 e 9.790/99; combinando-se essa norma com a do art. 84, conclui-se que, perante a Lei nº 13.019, as únicas modalidades de parceria possíveis são os termos de colaboração, os termos de fomento, os termos de parceria (com as Oscips) e os contratos de gestão (com organizações sociais), não sendo mais admitidos os convênios com entidades particulares nem a criação de novas modalidades (salvo as parcerias na área da saúde, fundamentadas no art. 199, §1º, da Constituição)⁸⁰.

Das linhas doutrinárias colocadas, conclui-se que os convênios entre Administração Pública e entidades particulares, inclusive as do segundo setor – excetuando-se as vinculadas da Administração Pública indireta – não são mais admitidos. O quadro jurídico atual, portanto e até o momento, mostra que não socorre a Administração o emprego nem dos contratos, nem dos convênios, quando o caso versar sobre a negociação entre o primeiro setor e o segundo setor do estado, em objeto cujos interesses sejam convergentes à consecução de um benefício social.

Entretanto, não se pode perder de vista que o Direito é um sistema e que, preferencialmente, a solução deve vir do próprio microsistema em que o problema é posto. Destarte, se a questão versa sobre o marco regulatório das organizações da sociedade civil, dentro dele, primordialmente, é que se deve buscar a solução para o tema.

E isso é possível aqui.

Importa lembrar que, enquanto sociedade empresária, a pessoa jurídica não pratica tão somente atos que visam lucro. Durante o transcurso da vida, pode a mesma alinhar atos sem este intuito. Em verdade, a preponderância do atuar societário e seus objetivos dirão muito sobre a característica de um ato particularmente em análise. Por exemplo, quando se doa um computador para uma instituição beneficente, dificilmente se poderá enquadrar essa conduta como intencionalmente lucrativa.

⁸⁰ DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 308.

Como ressalta José Edwaldo Tavares Borba, citando o italiano Alberto Asquini, a empresa possui quatro perfis, o subjetivo, o objetivo, o orgânico e o referente à atividade. Relevante para o enquadramento como empresa é a atividade econômica organizada⁸¹. Portanto, a sociedade será empresária, ontologicamente, se sua atividade for econômica organizada⁸², mas poderá praticar ato sem intenção de lucro.

Desejosa de conjugar interesse na consecução de um benefício social, sem perceber qualquer valor para tanto, a sociedade apresenta a vontade de desvestir-se da roupagem de segundo setor, passando, de fato, a utilizar-se da do terceiro setor. É dizer, a mesma, pontualmente, passa a se enquadrar como pessoa jurídica sem fim lucrativo que procura a concreção de um interesse público social. Nessa ordem de ideias, será imperativo que tal pessoa amolde-se perfeitamente, de fato e em concreto, ao que é positivado no inciso I, do art. 2º, da Lei nº 13.019/2014. Para dar solução à problemática aqui vislumbrada, a sociedade empresária deverá, de forma segmentada em relação a esse atuar pontual de parceria com a Administração Pública, redobrar seus controles e contas, para que, de forma transparente, aja de acordo e demonstre conformidade com tudo o que se prescreve às organizações da sociedade civil.

Figurando assim e proibida de formalizar um convênio, assim como um contrato, aquele por impedimento legal, este por um obstáculo jurídico, outra solução não existe senão a de se afirmar que seria viável a subscrição de um acordo de cooperação, ou de um termo de colaboração ou um termo de fomento. Ao se chegar nessa estação, merecem distinta consideração as palavras *supra* expostas da lavra de Luciana de Medeiros Fernandes.

A solução apresentada parece ser a melhor, porque, a um só tempo, respeita a lei e a doutrina mais técnica do direito administrativo, eis que se conforma com a proibição legal e não torna o contrato ficticiamente em um negócio que admite interesses convergentes. Da mesma forma, respeita-se a ideia de que acordo de cooperação, termo de colaboração e termo de fomento são instrumentos de parceria entre a Administração Pública e pessoa jurídica que pratica ato de terceiro setor.

Destarte, havendo repasse de recurso financeiro, a parceria deverá seguir as regras impostas ao termo de colaboração e ao termo de fomento. Entretanto, inexistindo transferências, as regras aplicáveis são as atinentes ao acordo de cooperação. Com isso, pode ser dito que as sociedades empresárias, em princípio situadas no segundo setor, que pratiquem atos sem intenção de lucro, transitam para o terceiro setor, em momento específico e pontual, podem avençar com a Administração Pública, para a concretização de interesse público convergente, devendo, pois, lançar mão das parcerias da Lei nº 13.019/2014.

III. Conclusão

O presente trabalho pretendeu trazer à vista do leitor algumas questões advindas da nova sistemática legislativa, iniciada pela Lei nº 13.019/2014. Apresentou-se

⁸¹ BORBA, José Edwaldo Tavares. *Op. cit.* p. 12-13.

⁸² Não se desconhece que a lei e a doutrina traçam exceções ao que foi dito, porém, para o que se expõe, tais observações não infirmam o escrito no corpo do texto.

o surgimento posterior da Lei nº 13.240/2015 e como inúmeras dúvidas nasceram, algumas das vezes, pela má atuação legislativa. De todo modo, a intenção foi apresentar alguns pensamentos desapegados do patrimonialismo usual. Preferiu-se focar os pontos de vista na controlabilidade, eficiência, impessoalidade e demais princípios e valores constitucionais.

Apesar de tantas prorrogações da *vacatio legis*, exatamente temas de passagem de regência de uma normatização para a outra – a nova lei – foram abordados. Principalmente com esse enfoque debateu-se a respeito da (im)possibilidade de prorrogação de convênio e a lei nova. Além disso, assuntos de cunho mais permanentes igualmente foram estudados. Neste plano, foi analisada a exigência de plano de trabalho quando da confecção de acordo de cooperação, bem como se os documentos listados no art. 34, da Lei nº 13.019/2014, devem ser cobrados para a subscrição da referida parceria.

Destacadamente, imiscuiu-se na ideia de federalismo e autonomia política dos entes federados, enfrentando-se o assunto sobre a competência para edição de normas gerais por parte da União. Com esta visão, explorou-se o art. 34, II, da lei nova, no âmbito das instituições constitucionais autônomas. Por último, e considerando que, sob a égide da sistemática anterior, várias sociedades empresariais conjugavam esforços com a Administração Pública, implementando-se convênios, ponderou-se uma solução para tais pessoas jurídicas ainda se manterem na consecução do interesse social ao lado da Administração Pública.

Como evidenciado, o novo sistema é complexo e a lei, como acabou sendo desenhada, é bastante falha. Principalmente no tocante aos outros entes federados, parece-nos que a vontade da União excedeu-se em demasia. Agora é aguardar como se pronunciarão todas as pessoas jurídicas aqui envolvidas.

Referências

1. ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 265, 2014.
2. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed. atual de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.
3. BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil, in: *Revista do Ministério Público*. Vol. 47. Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 2013.
4. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.
5. BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 8ª ed. ver., aum. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
6. CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do novo Código Civil*. 3ª ed., ver. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
7. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 18ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

8. DE FARIAS, Luciano Chaves. Celebração de convênios com o terceiro setor condicionada à capacidade de fiscalização do órgão repassador. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, vol. 34, nº 4, 2016.

9. DE OLIVEIRA, Mateus Moura; DE BRITTO NETO, José Gomes. O Terceiro Setor Regulamentado: Práticas Administrativas de Cidadania e Eficiência Constitucional Aplicada. *Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública*, vol. 2, nº 2, 2016.

10. DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

11. DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14ª edição. São Paulo: Atlas, 2002.

12. ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança*: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução Juliana Lemos; revisão técnica Alonso Reis Freire; revisão da tradução e texto final Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins fontes: 2010.

13. FERNANDES, Luciana de Medeiros. *Reforma do Estado e Terceiro Setor*. Curitiba: Juruá, 2009.

14. FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Sistema de Registro de Preços e Pregão*. 1ª ed., 3ª tiragem. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

15. FERNANDES, Rubem César. O que é o terceiro setor? *Revista do legislativo*. Belo Horizonte, nº 18, abr./jun., 1997.

16. FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

17. GARCIA, Emerson. *Ministério Público*. Organização, Atribuições e Regime Jurídico. 3ª ed. Revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

18. GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

19. HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003.

20. HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26ª edição. 14ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

21. HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

22. JUSTEM FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2005 e 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012.

23. JUSTEM FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 11ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

24. BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Licitações e Contratos*: orientações e jurisprudência do TCU. 4ª ed. rev., atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010, p. 349.

25. MARRARA, Thiago; CESÁRIO, Natália de Aquino. O que sobrou da autonomia dos Estados e Municípios para legislar sobre parcerias com o terceiro setor? *Revista de Direito da Administração Pública*, vol. 1, nº 1, 2016.

26. MAURIZIO, Viroli. *Republicanism*. Translated from the Italian by Antony Shugar. New York: Hill and Wang, 2002.

27. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28ª edição. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 386.

28. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 13ª edição. Atualizada por Célia Marisa Prendes e Márcio Schneider Reis. São Paulo: Malheiros, 2003.

29. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito de Administrativo*. 14ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 566-567.

30. MIOLA, César. Os Tribunais de Contas e o Novo Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil (OSCs). *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, vol. 34, nº 4, 2016.

31. MODESTO, Paulo. Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 214, 1998.

32. MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

33. MORAES, de Alexandre. *Direito Constitucional Administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

34. NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. Tradução de Susana de Castro. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

35. PORTELLA, Eduardo. A Morte do Homem Cordial. *O Globo*, 14 de janeiro de 2017.

36. RENZETTI, Bruno Polonio. Marco regulatório das Organizações da Sociedade Civil à luz do Direito Administrativo Global. *Revista Digital de Direito Administrativo*, vol. 4, nº 1, 2017.

37. RIGOLIN, Ivan Barbosa. Desmitificando os Convênios. *Revista Zênite de Licitações e Contratos*, nº 150, agosto de 2006.

38. SALAMON, Lester. A emergência do terceiro setor – uma revolução associativa global. *Revista de administração*, vol. 33, nº 1, 1998.

39. SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Contratual: licitações, contratos administrativos*. Lumen Juris, 2004.

40. SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

41. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª ed., 1ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

42. TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

43. TEIXEIRA, Josenir. Campo de Incidência da Lei Federal nº 13.019/14: Contrato de Gestão e Termo de Parceria. *Coletânea Direito e Saúde 2015*. Confederação Nacional de Saúde (CNS) / Organizado por Alexandre Venzon Zanetti. – Porto Alegre: Instituto de Administração Hospitalar e Ciências da Saúde, 2015.

44. VASCONCELOS JUNIOR, Glauco Pimentel; LEÃO, Valquiria Maria Falcão Benevides de Souza; DOS REIS, Jonas Rosa. *O Financiamento do Terceiro Setor pela Administração Pública e a Competência dos Tribunais de Contas na sua Fiscalização*. Recife: ECPBG, 2008.

Acordos Processuais no Processo Penal

Antonio do Passo Cabral*

Sumário

1. Introdução. 2. Previsão de Inúmeras Convenções Processuais em Diversos Outros Ordenamentos Jurídicos. 3. Convencionalidade em Campos do Direito Processual Público. 4. A tendência de Convencionalidade no Direito Penal e Sancionador. 5. A possibilidade de Negociação em Improbidade Administrativa. 6. Ações Coletivas e Termo de Ajustamento de Conduta. 7. O Novo CPC e os Mecanismos de Autocomposição dos Litígios. 8. A Diferença entre Negócios Processuais e Negócios de Direito Material. A Indisponibilidade do Direito Não Impede a Negociação sobre o Processo. 9. Algumas Diferenciações e Esboço de Critérios para a Convencionalidade: Processo Penal Condenatório e Não Condenatório, Ações Penais Públicas e Ações Penais Privadas. 10. A Resolução nº 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público. 11. Conclusão. Bibliografia.

1. Introdução

O art.15 do Código de Processo Civil de 2015 estabelece um verdadeiro “diálogo de fontes” no direito processual brasileiro. O dispositivo admite aplicação ao processo do trabalho, administrativo e eleitoral, não apenas de maneira subsidiária, mas também *supletiva*, no sentido não só de integrar (suprir lacunas por analogia), mas também de *complementar* a regulação já existente na legislação específica. E o art.15 do CPC/2015 vem se juntar ao art.3º do Código de Processo Penal neste diálogo de fontes: ao processo penal devem ser aplicadas as disposições do CPC. E esta aplicação, em nosso sentir, pode ser empreendida também em caráter supletivo, não apenas subsidiário, até porque muitas regras do CPC/2015 são detalhamento de normas constitucionais, que incidem simultaneamente ao processo criminal e ao processo de natureza não criminal (administrativo, do trabalho, civil, eleitoral etc).¹

Vejam-se, apenas a título de breve exemplo, as normas fundamentais (arts. 1º a 11 do CPC), como o contraditório (arts.7º, 9º e 10 do CPC) ou a duração razoável do processo (art.4º do CPC), que são espelho de princípios com base constitucional (art.5º da CR/88); as regras que disciplinam o sistema de precedentes (art.926, 927 do CPC), que decorrem da segurança jurídica, extraída da cláusula constitucional do

* Pós-doutor pela Universidade de Paris I (Panthéon-Sorbonne). Doutor em Direito Processual pela UERJ em cooperação com a Universidade de Munique, Alemanha (Ludwig-Maximilians-Universität). Mestre em Direito Público pela UERJ. Procurador da República no Rio de Janeiro. Professor Adjunto de Direito Processual Civil e Teoria Geral do Processo da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Livre-docente pela Universidade de São Paulo (USP). Professor visitante na Universidade de Passau (Alemanha).

¹ Destacando este diálogo ARRUDA, Élcio. Impactos do novo Código de Processo Civil no processo penal. *Revista Brasileira de Direito Processual*, ano 23, nº 92, out./dez, 2015, p.211-212.

Estado de Direito (art.1º da CR/88); as disposições sobre a fundamentação das decisões judiciais (art.11 e 489 §1º do CPC), que, apesar da sucinta – mas existente – dicção do art.381 do CPP, devem ser aplicadas ao processo penal por serem uma concretização do preceito do art.93, IX da CR/88; o procedimento do incidente de resolução de demandas repetitivas (art.976 e seguintes do CPC) e os recursos extraordinário e especial repetitivos (art.1.036 e seguintes do CPC), técnica que há muito já era aplicada ao processo penal pelo STJ, ainda na vigência do art.543-C do CPC/73, entre muitas outras normas que são totalmente compatíveis com o processo penal.²

A par deste diálogo de fontes entre o Código de Processo Civil e o processo penal, que é fértil nas potencialidades aplicativas do CPC ao processo-crime, o estreito objetivo deste texto é explorar a possível utilização dos negócios jurídicos processuais (sobretudo das convenções processuais) no processo penal.

Por meio de negócios jurídicos, as partes estipulam regras de procedimento – derogando a incidência da regra legal (que de outra maneira teria aplicação natural) – ou dispõem sobre suas situações jurídicas processuais. A discussão vem revigorada no Código de Processo Civil de 2015 pela consagração de uma cláusula geral de convencionalidade:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Numa primeira aproximação, diversos colegas processual-criminalistas têm sustentado que tais disposições não seriam aplicáveis ao processo penal: a disposição das partes sobre o processo, em caráter vinculativo para o juiz, seria algo próprio do processo civil e inenfoque ao caráter público do processo penal, onde os interesses materiais envolvidos seriam “mais sensíveis” ou “pertenceriam à sociedade”, e onde a disponibilidade sobre o procedimento, portanto, inexistiria.³ Afinal, o processo não é “coisa das partes”.⁴

² ARRUDA, Élcio. *Impactos do novo Código de Processo Civil no processo penal*. Op.cit., p.214, 218.

³ Trata-se de uma percepção antiga na literatura. Por todos, ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: RT, 1973, p.85-88, 99-100, 104 ss. Essa lógica está sendo cada vez mais erodida, como se demonstrará, mas corresponde à doutrina tradicional nos sistemas europeu-continental. Na França, por todos, GUINCHARD, Serge; BUISSON, Jacques. *Procédure pénale*. Paris: Litec, 2ª ed. 2002, p.1061: “L’indisponibilité du procès pénal recouvre plusieurs aspects, certains déjà rencontrés: (...) Les parties ne peuvent pas renoncer à l’avance à l’exercice d’une voie de recours ou acquiescer, par avance, au jugement qui sera rendu. Enfin, le procès pénal est totalement indisponible entre les mains des personnes poursuivies; il n’y a pas, en procédure pénale, de principe dispositif”.

⁴ JARDIM, Afrânio Silva. *Justiça penal pactuada: uma visão privada do sistema penal*, disponível em <http://emporioidireito.com.br/justica-penal-pactuada>, acessado em 05.07.2016.

Pois o escopo deste estudo é, de um lado, mostrar que tal conclusão, além de precipitada, é equivocada e vai na contramão da doutrina e da jurisprudência mundiais; e, de outro lado, explorar as possibilidades aplicativas dos negócios jurídicos processuais no processo penal.

2. Previsão de Inúmeras Convenções Processuais em Diversos Outros Ordenamentos Jurídicos

Em inúmeros ordenamentos jurídicos ao redor do planeta, admite-se, no processo penal, a renúncia e disposição de direitos pelo acusado ou investigado através de atos negociais.⁵ Como se sabe, o negócio jurídico processual difere do ato jurídico processual porque, através do negócio jurídico, a parte atinge o efeito pretendido diretamente pela sua declaração de vontade, independentemente da intermediação de qualquer outro sujeito.⁶

Curioso que, no Brasil, muitos daqueles que negam a possibilidade das partes conformarem o procedimento por atos negociais costumeiramente citam institutos e a jurisprudência dos Estados Unidos da América como exemplo do que deve ser professado no processo penal brasileiro.

Pois, na jurisprudência norte-americana, é corriqueira, há bastante tempo, podendo mesmo ser afirmado tratar-se de lugar comum, a ideia de que direitos fundamentais processuais podem ser renunciados, mesmo no processo penal, desde que tal disposição seja *consciente* e *voluntária*. O que seria de espantar? O fato de tratar-se de um princípio constitucional? É maciço o reconhecimento de que a parte pode renunciar até mesmo à competência do tribunal do júri, mesmo em se tratando de garantia constitucional também prevista na Constituição estadunidense.⁷ Entende-se que o direito ao julgamento pelo júri é uma situação jurídica (um direito) estabelecida em favor dos indivíduos, e que o acusado, de maneira consciente e voluntária, pode declarar que não deseja o julgamento pelo júri, mas sim pelo juiz togado. E esta manifestação de vontade de dispor de um direito seria

⁵ MULLENIX, Linda S. Another choice of forum, another choice of Law: consensual adjudicatory procedure in: *Federal Court, Fordham Law Review*, nº 57, 1988, p.303: "Criminal procedure, in contrast, has devoted substantial attention to the idea that fundamental litigation rights cannot be forfeited in the absence of a knowing and voluntary waiver". A possibilidade de o investigado ou réu renunciar aos seus direitos no processo penal é amplamente aceita na literatura estadunidense. Cf. WARE, Stephen J. Arbitration Clauses, Jury-Waiver Clauses, and Other Contractual Waivers of Constitutional Rights. *Law and Contemporary Problems*, no 67, 2004, p.167.

⁶ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p.63 ss, 68 ss.

⁷ Na doutrina, com amplas citações jurisprudenciais, THORNBURG, Elizabeth. Designer trials. *Journal of Dispute Resolution*, 2006, p.205; WARE, Stephen J. Arbitration Clauses, Jury-Waiver Clauses, and Other Contractual Waivers of Constitutional Rights. *Law and Contemporary Problems*, no 67, 2004, p.181; DIX, George E. Waiver in Criminal Procedure: A Brief For More Careful Analysis. *Texas Law Review*, nº 55, 1977, p.193; SPRITZER, Ralph S. Criminal Waiver, Procedural Default and the Burger Court. *University of Pennsylvania Law Review*, nº 126, 1978, p.473; TIGAR, Michael E. The Supreme Court 1969 Term Foreword: Waiver of Constitutional Rights: Disquiet in the Citadel. *Harvard Law Review*, nº 84, 1970, p.1 ss; WESTEN, Peter. Away From Waiver: A Rationale for the Forfeiture of Constitutional Rights in Criminal Procedure. *Michigan Law Review*, nº 75, 1977, p.1214; STERNLIGHT, Jean R. Mandatory Binding Arbitration and Demise of the Seventh Amendment Right to a Jury Trial. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, nº 16, 2001, p.678, afirma que "waivers of constitutional rights not only must be voluntary but must be knowing, intelligent acts done with sufficient awareness of the relevant circumstances and likely consequences."

válida.⁸ De fato, no caso *Byrd v. Blue Ridge Rural Electrical Cooperative*,⁹ a Suprema Corte dos EUA decidiu que nada afeta o resultado de uma decisão judicial se é um júri ou um juiz togado quem decide as questões fáticas e jurídicas do caso.¹⁰

Nesse cenário, e partindo das premissas sobre a renunciabilidade do júri, nada mais natural seria também enxergar grande margem de negociação nas regras de competência em geral. E, ainda uma vez, no sistema estadunidense, várias decisões admitem que as partes possam, p. ex., renunciar à competência territorial, e o parâmetro para a interpretação dessas renúncias é ainda mais favorável à autonomia da vontade do que para a renúncia ao julgamento pelo júri.¹¹

O movimento pela admissibilidade das convenções processuais no processo penal norte-americano vem ampliando, cada vez mais, as possibilidades de disposição de situações jurídicas processuais e de regras procedimentais. Nos EUA, a Suprema Corte decidiu, em *Francis v. Henderson*,¹² que interesses da administração da justiça podem levar à admissibilidade de disposição de direitos processuais no processo penal por meio de acordos das partes.¹³ E essas convenções podem ser celebradas tanto no curso do processo jurisdicional já instaurado, como também na fase pré-processual, como por exemplo, na investigação, por meio de um instrumento convencional. Por exemplo, a jurisprudência tem admitido a renúncia à assistência de um advogado nos atos do processo.¹⁴

Por outro lado, como já tivemos oportunidade de salientar em monografia específica sobre o tema, há um tipo de convenção processual que pode ser denominada “protocolo institucional”, firmado coletivamente por instituições (tribunais, OAB, associações de peritos) e destinada a desenhar, através de instrumentos consensuais de base negocial, formalidades para a prática de atos processuais. Trata-se de um outro tipo de convenção que tem sido observada ao redor do mundo como meio de gestão procedimental (*case management*) para emprestar maior eficiência à tramitação do processo.¹⁵

⁸ No Brasil, ARAS, Vladimir. Renúncia ao julgamento pelo júri no processo penal brasileiro. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELLELA, Eduardo (Org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. São Paulo: Atlas, 3ª ed., 2015, p.596 ss. FORTI, Iorio Siqueira D'Alessandri. O tribunal do júri como garantia fundamental, e não como mera regra de competência: uma proposta de reinterpretação do art. 5º, XXXVIII, da Constituição da República. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. III, 2009, p. 178-196.

⁹ *Byrd v. Blue Ridge Rural Electrical Cooperative*, 356 U.S. 536.

¹⁰ THOMLEY, Brian S. Nothing is sacred: why Georgia and California cannot bar contractual jury waivers in Federal Court. *Chapman Law Review*, nº 12, 2008, p.148 ss.

¹¹ Confira-se *Brady v. United States* (397 U.S. 742, 748 [1970]); *United States v. Carreon-Palacio*, 267 F.3d 381, 391 (5th Cir. 2001) (“The standard for finding a waiver of venue rights is much more relaxed than the rigorous standard for finding waivers of the right to trial by jury, the right to confront one’s accusers[,] or the privilege against compulsory self incrimination”), citando o caso *United States v. Winship*, 724 F.2d 1116, 1124 (5th Cir. 1984)). Essa tendência faz repensar a tradição romano-germânica na matéria, de exigir que as regras de competência sejam fixadas em lei em sentido formal (regra legislada), o que poderia levar a uma inadmissibilidade genérica de qualquer convenção sobre a competência. Por todos, HENKEL, Joachim. *Der gesetzliche Richter*. Universidade de Gotinga: Tese de Doutorado, 1968, p.127 ss.

¹² *Francis v. Henderson* 425 U.S. 536 (1976).

¹³ Na doutrina, SZUCH, Armanda R. Reconsidering contractual waivers of the right to a jury trial in Federal Court. *University of Cincinnati Law Review*, no 79, 2010, p.453.

¹⁴ LaFAVE, Wayne R.; ISRAEL, Jerold H.; KING, Nancy J. *Criminal Procedure*. St. Paul: Thomson West, 4ª ed., 2004, p.586-587.

¹⁵ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Op. cit., p.56, 84.

E essas técnicas têm sido difundidas amplamente ao redor do planeta. De fato, no processo penal contemporâneo, admite-se mais e mais a disposição de direitos processuais por meio de negócios jurídicos unilaterais ou bilaterais. E o fenômeno de atos negociais definindo o procedimento criminal não é exclusivo dos Estados Unidos da América. Negócios jurídicos são praticados em muitos outros países, tanto de tradição anglo-americana,¹⁶ quanto de base romano-germânica.¹⁷

Essas rápidas considerações, além de mostrarem que talvez a resistência aos acordos processuais para definir o procedimento judicial seja um mito, evidenciam também que ordenamentos jurídicos, que há muito tempo inspiram a doutrina e jurisprudência brasileiras, já avançaram a respeito da matéria, devendo o tema merecer atenção e dedicação da doutrina brasileira, até porque a análise dos negócios jurídicos processuais tem sido absolutamente negligenciada por aqui.¹⁸ De fato, a doutrina brasileira não só parece não admitir os acordos processuais no processo penal, mas se omite até mesmo de examinar o tema.¹⁹

Nos próximos tópicos, tentaremos demonstrar que a autocomposição não é uma exclusividade do processo de interesses privados, sendo comum ao processo civil de interesses públicos, ao direito e ao processo do trabalho, ao processo administrativo sancionador e, também ao direito penal e ao processo criminal.

3. Convencionalidade em Campos do Direito Processual Público

Tradicionalmente, a literatura processual sempre foi muito arredia em admitir os negócios jurídicos processuais, utilizando-se vários argumentos: por ser ramo do direito público, no processo só haveria normas cogentes; a fonte da norma processual seria apenas a regra legislada; qualquer negócio jurídico envolveria necessariamente prerrogativas do juiz; e, para o que nos interessa no presente trabalho, que não haveria espaços de consensualidade ou convencionalidade no direito público e, portanto, no processo penal.

¹⁶ Na Índia, p. ex., admite-se que uma parte que acredite que possa ser presa no futuro, antecipe em juízo um requerimento de fiança (chamado de “anticipatory bail”). Veja-se: Know Your Law: Anticipatory Bail, available at <http://www.ourkarnataka.com/Articles/law/anticipatorybail.htm>, acessado em 21.04.2016.

¹⁷ Sobre essa tendência, na Suíça SCHMID, Niklaus. *Strafprozessrecht: Eine Einführung auf der Grundlage des Strafprozessrechtes des Kantons Zürich und des Bundes*. Zúriq: Schulthess, 4a ed., 2004, p.32 ss. Na Alemanha, KÜHNE, Hans-Heiner. *Strafprozessrecht*. Heidelberg: Müller, 7ª ed., 2007, p.430 ss, 459-460. Na Suécia, admite-se renúncia ao júri, já tida por válida pela Corte Europeia de Direitos Humanos no caso Holm contra Suécia, j. 25.11.1993.

¹⁸ Sobre a reconstrução histórica a respeito do desenvolvimento do tema na literatura e na jurisprudência, confira-se o nosso CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Op. cit., p.97-135.

¹⁹ Não saberíamos dizer as razões para esse vácuo na literatura – e tampouco se pode generalizar –, mas talvez haja desinteresse, negligência acadêmica ou completo desconhecimento do tema. É possível também que esteja subjacente a este vazio doutrinário um certo receio profissional de alguns setores contrários aos instrumentos de base convencional, que expõem, academicamente, pontos de vista que são *contra legem* e vão na contramão da quase totalidade dos ordenamentos processuais penais do mundo. Muitas vezes, a argumentação descamba para a pura ideologia (com argumentos do tipo “a colaboração premiada é inconstitucional”, algo que na América do Norte e na Europa nem seria levado a sério), ou vem justificado em concepções distorcidas das garantias fundamentais. Às vezes, as alegações parecem partir do medo não explicitado que a autocomposição em geral reduza as vantagens que muitas vezes o réu sem razão conseguia pela demora excessiva dos procedimentos criminais.

Normalmente, associam-se os “negócios jurídicos” aos contratos privados; e, por incluir-se no campo do direito público, o processo em geral – e o processo penal em especial – não admitiriam opções negociais. A noção de contrato seria voltada ao direito privado e alheia ao direito público e, portanto, ao processo.²⁰

Em nosso sentir, trata-se de uma premissa antiquada e inadequada ao direito contemporâneo. Apesar de sua natureza pública, o processo não é infenso aos acordos e convenções. Josef Kohler, em obra clássica sobre os acordos processuais, já afirmava que o contrato não é apenas uma figura do direito civil, mas que pode nascer e se desenvolver em qualquer ramo do Direito, podendo verificar-se também no direito público, e assim no direito processual.²¹

Atualmente, ao mesmo tempo em que, no direito privado, afirma-se a constante inserção de valores publicistas,²² admite-se que o contrato e o acordo também passaram a ser figuras do direito público. Friedrich Carl von Savigny, há mais de 150 anos, já afirmava que o contrato era um instrumento presente no direito público e no direito internacional.²³ De fato, há mais de um século que a contratualização é um fenômeno que escapou da seara do direito privado e ingressou também em campos publicistas, trazendo para estes foros mecanismos de cooperação entre Estado e indivíduo na produção normativa.²⁴ Hoje é patente que a conduta pública (em geral, e não apenas no processo) está hoje contratualizada,²⁵ mesmo no direito do Estado (p. ex., no campo das relações administrativas)²⁶ e no direito do trabalho, espaços onde sempre se concebeu haver forte intervenção pública e restrições à autonomia da vontade.²⁷

²⁰ CARNELUTTI, Francesco. Contratto e diritto pubblico, in: *Studi in onore di Alfredo Ascoli*. Messina: Giuseppe Principato, 1931, p.9; SATTÀ, Salvatore. *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*. Milano: Vita e Pensiero, 1931, p.47.

²¹ KOHLER, Josef. Ueber processrechtliche Verträge und Creationen. In: *Gesammelte Beiträge zum Civilprozess*. Berlin: Carl Heymanns, 1894, p.127: “Der Vertrag ist nicht nur eine Rechtsgestalt des Civilrechts, er ist eine Rechtsfigur, welche jedes Rechtsgebiet aus sich erzeugen wird, wo immer der Initiative des Individuums ein hervorragender Einfluss im Rechtsleben gestattet wird: es giebt Verträge des publicistischen Rechts, wie es solche des Privatrechts giebt; es giebt auch Verträge des Processrechts – Verträge, welche, obgleich Privatgeschäfte, ihren Einfluss auf den Process ausüben – ich sage Privatgeschäfte, Privatactes d.h. autoritätslose Acte, bei welchen lediglich die Vertragsunterwerfung massgebend ist, aber Privatactes, welche kraft dieser Vertragsunterwerfung den Process beeinflussen”. No direito público alemão, é antiga a mesma lição em autores do quilate de JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. Freiburg im Breisgau: J.C.B. Mohr, 1912, p.198 ss, 208.

²² RAISER, Ludwig. *Vertragsfreiheit heute*, *Juristen Zeitung*, ano 13, nº 1, jan., 1958, p.1.

²³ SAVIGNY, Friedrich Carl. *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*. Berlin: Veit & Comp., vol.II, 1853, p.7.

²⁴ CHASSAGNARD-PINET, Sandrine; HIEZ, David. Le système juridique français à l'ère de la contractualisation, in: CHASSAGNARD-PINET, Sandrine; HIEZ, David. *La contractualisation de la production normative*. Paris: Dalloz, 2008, p.8.

²⁵ CAILLOSSE, Jacques. Interrogations méthodologiques sur le ‘tournant’ contractuel de l'action publique: les contrats publics entre théorie juridique et sciences de l'administration. In: CLAMOUR, Guylain; UBAUD-BERGERON, Marion (Org.). *Contrats Publics. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*. Montpellier: Presse de la Faculté de Droit, vol. II, 2006, p.471.

²⁶ GAUDIN, Jean-Pierre (Org.). *La négociation des politiques contractuelles*. Paris: L'Harmattan, 1996, *passim*.
²⁷ WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STÖBER, Rolf. *Verwaltungsrecht*. München: C.H.Beck, vol.II, 6ª Ed., 2000, p.200 ss, 210, ss. GROMITSARIS, Athanasios. *Kontraktualisierung im öffentlichen Recht*. Jahrbuch des öffentlichen Rechts, vol.57, 2009, p.255-299. TRIMARCHI, Vincenzo Michele. Accordo (teoria generale). *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, vol.I, 1958, p.297-299. CAILLOSSE, Jacques. *Interrogations méthodologiques sur le ‘tournant’ contractuel de l'action publique: les contrats publics entre théorie juridique et sciences de l'administration*, *Op.cit.*, p.474, 476; MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. München: C.H. Beck, 16ª ed., p.55.

Por outro lado, o processo civil de interesses públicos,²⁸ tradicionalmente arisco às soluções negociadas, há muito vem se rendendo à mediação, conciliação etc. Trata-se da vitória da concepção atualmente disseminada que reconhece uma disponibilidade parcial dos interesses públicos, desfazendo a equivocada compreensão de que o interesse, por ser público, seria indisponível. Ao contrário, há graus de (in) disponibilidade e, em alguma medida, permite-se que mesmo as regras estabelecidas no interesse público sejam flexibilizadas.²⁹

E na teoria geral do processo não deveria ser diferente. Lembremos os procedimentos de falência, insolvência e recuperação judicial, nos quais há múltiplos interesses, públicos e privados, e existem muitos acordos processuais. Outros exemplos comuns de flexibilização e disposição de interesses públicos são a arbitralidade de conflitos da Fazenda Pública (art. 1º § 1º da lei de arbitragem),³⁰ a conciliação em causas do Estado (art.10, parágrafo único, da Lei nº 10.259/2001), a possibilidade de que não haja reexame necessário em condenações da Fazenda Pública abaixo de mil salários-mínimos para a União (art.494 § 2º do CPC), a ausência de ajuizamento de execução fiscal em alguns casos de pequeno valor (art.20 da Lei nº 10.522/2002; arts.7º e 8º da Lei nº 12.514/2011), dentre outros, só para citar o ordenamento brasileiro.

Também na Justiça do Trabalho, é comum encontrar a afirmação, por vezes genérica e irrefletida, de que os direitos dos empregados, individualmente considerados, são sempre indisponíveis. E o processo do trabalho, por tabela, seria normalmente mais orientado ao viés publicista e infenso às convenções processuais por considerar haver uma desigualdade intrínseca entre trabalhador e empregador. Contudo, grande parte da literatura tem admitido uma relativa disponibilidade das relações de trabalho,³¹ e também o direito processual laboral tem se voltado para soluções negociais de índole convencional.³² Assim, p. ex., o art.114 §2º da Constituição

²⁸ DUCAROUGE, Françoise. Le juge administratif et les modes alternatifs de règlement des conflits: transaction, médiation, conciliation et arbitrage en droit public français. *Revue Française de Droit Administratif*, nº 1, jan-fev, 1996, p.86 ss.

²⁹ E mesmo nos campos do direito civil mais "publicizados", podemos ver evidentes exemplos. Um deles é o direito de família, que sempre foi o estatuto da ordem pública e da indisponibilidade no direito privado. Hoje, existem flexibilizações consensuais para a guarda de filhos menores, para o regime matrimonial e para o divórcio.

³⁰ Lei nº 9.307/96, na redação dada pela Lei nº 13.129/2015. Essa já era a concepção doutrinária mais difundida. Sobre o tema, RÔQUE, Andre Vasconcelos. A evolução da arbitralidade objetiva no Brasil: tendências e perspectivas. *Revista de Arbitragem e Mediação*, nº 33, abr-jun, 2012, p.307-319.

³¹ Cf. RÔQUE, Andre Vasconcelos. *A arbitragem de dissídios individuais no Direito do Trabalho: uma proposta de sistematização*. Revista Fórum Trabalhista, vol. 1, nº 2, set-out, 2012, p.13 ss.

³² Carolina Tupinambá afirma: "Sendo o processo do trabalho um instrumento dedicado à entrega de direitos decorrentes de relações de trabalho, possível extrair, destarte, como princípios próprios deste ramo processual os seguintes: (i) equilíbrio de armas processuais, eficaz tanto para a valorização do trabalho humano como para o estímulo à livre iniciativa; (ii) valorização do diálogo, com decorrente adaptabilidade de procedimentos, ampliação de acesso, preferências conciliatórias, simplificação e julgamento por equidade, máxime nas extensas omissões legais; e (iii) estabilidade da ordem social-econômica, a ser galgada pela segurança jurídica a partir da aceleração dos procedimentos e valorização de precedentes como fatores essenciais à previsibilidade, planejamento e pacificação social. (...) O processo do trabalho não deve proteger o trabalhador pela singela razão de que inexistente autorização legal ou principiológica para tanto, muito pelo contrário. O texto constitucional preza pelo equilíbrio de forças, pelo desenvolvimento social e econômico do país sobre uma ordem jurídica justa. Neste contexto, algumas regras que prestigiem gratuitamente um litigante em favor de outro se reputarão contrárias ao texto constitucional e, portanto, inválidas ou inconstitucionais, como se verá mais adiante. Deve informar o processo do trabalho uma sensível isonomia,

da República de 1988, alterado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, exige o acordo para a instauração de dissídio coletivo de natureza econômica.

Todas estas referências revelam uma clara tendência de reforçar as estruturas consensuais mesmo nas relações publicistas,³³ e demonstram que as soluções cooperativas podem conviver com ambientes de grande inserção de interesses públicos e sociais, como é, decerto, o direito processual.³⁴ No processo, evitando a lógica hierárquica e linear para o exercício de poder, que no publicismo é fulcrada em relações de sujeição, a consensualidade hoje pode ser atuada de maneira circular e pluralista por instrumentos de base convencional. Com efeito, o contrato hoje vai se modificando e estendendo seus domínios sobre terrenos que não eram explorados.³⁵ Surgem *nova negotia* e entre eles estão as convenções, aplicáveis a todos os ramos do direito processual.

4. A tendência de Convencionalidade no Direito Penal e Sancionador

Este movimento pela contratualização ou convencionalidade chegou até o processo penal, campo do direito processual onde talvez sejam mais evidentes os interesses públicos. De fato, a justiça criminal clássica sempre foi imposta e não negociada, simbolizada na indisponibilidade da ação penal e no princípio inquisitivo, com a consequente prevalência do juiz.³⁶ Negavam-se prerrogativas das partes relacionadas à lógica dispositiva.

Todavia, contemporaneamente, a partir do modelo acusatório, tem aumentado a convencionalidade também do processo penal. Vê-se o crescimento de uma “justiça penal consensual”,³⁷ com reforço da autonomia da vontade que favorece a busca de

a tratar desigualmente os desiguais, possibilitando uma luta civilizada, *fair*, leal, com igualdade de armas. A predileção pelo trabalhador deverá ceder lugar a uma gestão inteligente do processo em que a parte que realmente sinta dificuldades de fazer valer seus direitos possa ter voz ativa e oportunidade de influência no julgamento em condições de igualdade. (...) O procedimento mais maleável e aderente à realidade das partes, do direito material e da própria unidade judiciária em que tem curso a demanda é extremamente salutar. Em suma, nos embates que desafiam o processo trabalhista, a valorização do diálogo importa, muitas das vezes, na superação do fim pelo meio, ou seja, o curso processual tem latente capacidade de evidenciar os fatores sociais e econômicos relevantes para a solução da lide em si, bem como seus eventuais efeitos multiplicadores. (...) Em suma, as tendências recentes se orientam no sentido de se preferir a adequação à “pré-formatação” do procedimento. (...) Defendemos que o processo trabalhista estará melhor servido diante da possibilidade de escolha pelo juiz, em diálogo com partes, do procedimento que melhor lhes convier para a efetivação do direito discutido. (...) “o princípio da valorização do diálogo direciona o processo trabalhista para um clima informal, com espaço para a condução procedimental moldada para o conflito subjacente sem que implique afastamento de garantias processuais”. TUPINAMBÁ, Carolina. *Garantias do Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2014, p.61-62.

³³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal: o “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”?* O Porto: Conselho Distrital do Porto, 2011, p.13 ss; WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STÖBER, Rolf. *Verwaltungsrecht*. Op.cit., p.201.

³⁴ Em termos de teoria geral do processo, vale lembrar que, em várias espécies de processo, subsiste um equilíbrio entre público e privado de maneira a tutelar direitos das partes e efetivar interesses da sociedade. Cf. CADIER, Loïc. *Ordre concurrentiel et justice*. In: *L'ordre concurrentiel: Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*. Paris: Frison-Roche, 2003, p.127.

³⁵ Neste sentido, já era o entendimento de BUNSEN, Friedrich. *Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts*. Berlin: Guttenlag, 1900, p.1-2.

³⁶ VAN DER KERCHOVE, Michel. *Contractualisation de la justice pénale ou justice pénale contractuelle*, in: CHASSAGNARD-PINET, Sandrine; HIEZ, David. *La contractualisation de la production normative*. Paris: Dalloz, 2008, p.189-191.

³⁷ PRADO, Geraldo. *Justiça penal consensual*, in: *Diálogos sobre a justiça dialogal. Teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, *passim*.

resultados consertados entre os diversos sujeitos processuais (o agente criminoso, o Ministério Público, a vítima).³⁸ Surgem cada vez mais possibilidades de mediação penal,³⁹ composição amigável dos danos entre agente e vítima, inclusive com aplicação participativa e negociada da pena.⁴⁰

Nos ordenamentos do *common law*, o instituto convencional mais conhecido é a *plea bargain* norte-americana.⁴¹ Todavia, mais uma vez se deve frisar que este movimento é convergente também nos ordenamentos de *civil law*. Os institutos do *patteggiamento sulla pena* na Itália,⁴² da *conformidad* na Espanha,⁴³ e os acordos sobre a sentença penal na Alemanha (§257c da *Strafprozessordnung*),⁴⁴ são exemplos da mesma tendência em países de tradição romano-germânica.⁴⁵ E, no Brasil, não podemos esquecer diversos institutos negociais e cooperativos como a colaboração premiada (art.16, parágrafo único, da Lei nº 8.137/1990; art.8º, parágrafo único, da Lei nº 8.072/1990, art.8º, parágrafo único, da Lei nº 9.807/1999; recentemente reforçados pelos arts. 3º, I e 4º §4º da Lei nº 12.850/2012), a transação penal, suspensão condicional do processo, composição civil dos danos (arts.74, 76, 89 da Lei nº 9.099/95; arts.27 e 28 Lei nº 9.605/1998).⁴⁶

A mesma tendência se percebe no processo sancionador brasileiro. O termo de compromisso para as infrações nos mercados de capitais (art.11 §5º da Lei nº 6.385/76),

³⁸ PIN, Xavier. *Le consentement en matière pénale*. Paris: LGDJ, 2002, *passim*; McTHENIA, Andrew W.; SHAFFER, Terry L. For reconciliation, in: *Yale Law Journal*, nº 94, 1985, p.1660 ss; SALVAGE, Philippe. Le consentement en droit pénal, in: *Revue de Science Criminelle*, 1991, p.699; TULKENS, Françoise; VAN DER KERCHOVE, Michel. La justice pénale: justice impose, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée?, in: *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1996, p.445; PIERANGELLI, José Henrique. *Consentimento do ofendido na teoria do delito*. São Paulo: RT, 1989, p.67 ss; ANDRADE, Manuel Costa. *Consentimento e acordo no direito penal*: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra ed., 1991, p.382 ss.

³⁹ CARTIER, Marie-Elisabeth. Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière pénale. *Revue Générale des Procédures*, 1998, p.1 ss; DE LAMY, Bertrand. Procédure et procédés (propos critiques sur la contractualisation de la procédure pénale), in: CHASSAGNARD-PINET, Sandrine; HIEZ, David. *Approche critique de la contractualisation*. Paris: LGDJ, 2007, p.149 ss. CHEMIN, Anne. Le rapport sur la "justice de proximité": des propositions "faciles à mettre en oeuvre". *Le Monde*, 26.02.1994.

⁴⁰ Falamos aqui da participação na formação do juízo sobre a pena aplicável, e não apenas na responsabilização, ou seja, não se trata somente de buscar o arrependimento do próprio apenado. Neste sentido, VAN DER KERCHOVE, Michel. *Contractualisation de la justice pénale ou justice pénale contractuelle*, *Op.cit.*, p.198.

⁴¹ LaFAVE, Wayne R.; ISRAEL, Jerold H.; KING, Nancy J. *Criminal Procedure*. *Op.cit.*, p.678-680, 994; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal*. *Op.cit.*, p.17 ss.

⁴² A aplicação de pena por requerimento conjunto das partes (art.444-1 do *Codice di Procedura Penale* italiano). CHIAVARI, Mario. Les modes alternatifs de règlement des conflits en droit pénal. *Revue Internationale de Droit Comparé*, ano 49, nº 2, abr-jun, 1997, p.427 ss. *Idem*, *La justice négociée: une problématique à construire*. Archives de Politique Criminelle, nº 15, 1993, p.27 ss. Muito tempo atrás, Leone já admitia os negócios processuais no Processo Penal: LEONE, Giovanni. *Lineamenti di diritto processuale penale*. Napoli: Pipola, 1954, p.142 ss.

⁴³ A *conformidad* traduz-se numa declaração de vontade emitida pelo arguido em processos abreviados, pela qual se declara conformado com a qualificação mais grave formulada pelo acusador e com a pena solicitada pelo MP, sempre que esta não seja maior que seis anos de prisão (*Ley de Enjuiciamiento Criminal*, arts. 695 ss, 787, 801, entre outros). Na doutrina, Cf. RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. *El consenso en el proceso penal español*. Barcelona: Bosch, 1997, *passim*.

⁴⁴ PETERS, Julia. Urteilsabsprachen im Strafprozess: Die deutsche Regelung im Vergleich mit Entwicklungen in: England & Wales, Frankreich und Polen. Göttingen: Universitätsverlag, 2011.

⁴⁵ Na Argentina, MAIER, Julio B. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ed. del Puerto, 2º ed., 3ª reimpressão, 2004, p.836-841 - oportunidade ganha espaço em ordenamentos de tradição romano-germânica, razões de eficiência, ferramenta para racionalizar o sistema judiciário

⁴⁶ Contra, numa visão que entendemos, com a devida vênia, inadequada ao direito processual contemporâneo, JARDIM, Afrânio Silva. *Justiça penal pactuada: uma visão privada do sistema penal*, disponível em <http://emporiadodireito.com.br/justica-penal-pactuada>, acessado em 05.07.2016.

o compromisso de cessação e o acordo de leniência nas infrações à ordem econômica (arts.85 e 86 da Lei nº 12.529/2011), este último também previsto na recente legislação anticorrupção (arts.16 e 17 da Lei nº 12.846/2013), são todos expressão dessa mesma constelação de ideias, e apontam no sentido da convencionalidade em torno deste tipo de pretensão.

5. A possibilidade de Negociação em Improbidade Administrativa

O art.17 §1º da Lei nº 8.429/92 restringe as possibilidades de transação ou acordos em matéria de improbidade administrativa. A respeito, a doutrina sempre se dividiu. Alguns autores, seguindo uma interpretação mais conservadora da lei, identificavam uma total impossibilidade de celebração de acordos.⁴⁷ Esse entendimento, *data venia*, nunca foi o mais adequado, muito menos à luz das inúmeras modificações que o ordenamento jurídico brasileiro sofreu desde então.

De fato, a lei de improbidade administrativa, embora seja muito atual ainda hoje, foi elaborada no início da década de 1990, publicada em 1992. De lá pra cá, houve uma intensa guinada do ordenamento jurídico na direção da consensualidade e convencionalidade, como vimos. Até mesmo a pretensão penal passou a ser em grande medida objeto de acordo. É verdade que um ato ilícito que leve à sanção de improbidade nem sempre repercutirá na esfera penal. Mas é muito comum que isso aconteça: normalmente, pelo fenômeno chamado de “incidência múltipla”, uma mesma conduta atrairá a incidência de normas penais, civis e administrativas, com uma intercomunicação dos respectivos regramentos processuais.⁴⁸ Nestes casos, repita-se, frequentes no campo da improbidade administrativa, seria curioso que a pretensão punitiva criminal pudesse ser transacionada, convencionaada, mas a pretensão civil da improbidade não.

Por este motivo, muitos autores, enxergando esta incongruência e interpretando o sistema à luz das alterações legislativas que, posteriormente à edição da Lei nº 8.429/92, sinalizaram para uma convencionalidade cada vez mais crescente, passaram a admitir, em algum grau, a disponibilidade no campo da improbidade administrativa.⁴⁹

E esta possibilidade parece-nos ainda mais evidente depois da edição da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), que, em seus arts.16 e 17, prevê a celebração de acordos de leniência com os infratores que praticaram o ato ilícito.⁵⁰ A toda evidência, o âmbito de aplicação da Lei nº 12.846/2013 tem interseção com o da Lei nº 8.429/92.⁵¹

⁴⁷ NEIVA, José Antonio Lisboa. *Improbidade administrativa*. Niterói: Impetus, 2009, p.173-174.

⁴⁸ Sobre o tema, CABRAL, Antonio do Passo. O valor mínimo da indenização cível fixado na sentença condenatória penal: notas sobre o novo art.387, IV do CPP. In: *Revista Forense*, vol.105, 2009, p.33 ss.

⁴⁹ Corretos GOMES JR., Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et alii* (Org.). *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. São Paulo: RT, 3ª Ed., 2012, p.317 ss.

⁵⁰ FIDALGO, Carolina Barros; CANETTI, Rafaela Coutinho. Os acordos de leniência na Lei de Combate à Corrupção. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Lei anticorrupção*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p.263 ss.

⁵¹ Ambas as leis possuem esferas de aplicação autônomas, como afirma o art.30 da Lei nº 12.846/13, mas suas sanções podem ser cumuladas. Neste sentido, com razão, QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. Responsabilização judicial da pessoa jurídica na Lei Anticorrupção. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ,

A correção dos atos de improbidade decorrentes de corrupção denota, ainda uma vez, a clara opção do legislador brasileiro por permitir acordos em matéria de improbidade administrativa.

Mais recentemente, em dezembro de 2015, a medida provisória nº 703 revogou o §1º do art.17 da Lei nº 8.429/92, reforçando ainda mais esta tendência e se somando aos argumentos para chegarmos à conclusão da aplicabilidade da autocomposição em geral, e dos acordos processuais em especial, às ações de improbidade administrativa. A medida provisória acabou não sendo convertida em lei, perdendo sua eficácia e substituída por um outro projeto de lei.⁵² A par disso, entendemos que o ordenamento processual atual admite acordos processuais em matéria de improbidade administrativa pelos argumentos já trazidos no corpo do texto.

6. Ações Coletivas e Termo de Ajustamento de Conduta

Não podemos esquecer também do regramento genérico para as ações coletivas, as quais, em razão dos interesses de uma comunidade substituída processualmente, possuem forte caráter publicístico (podendo ser ajuizadas por órgãos estatais, com restrições à disponibilidade etc.).⁵³

A possibilidade de disposição sobre direitos coletivos existe, mas é restrita, pois o próprio direito coletivo não é de todo transacionável. Não obstante, alguns instrumentos legais permitem uma margem de negociação no que tange ao tempo e modo de cumprimento das obrigações legais.⁵⁴ Entre eles, o mais conhecido e

Ronaldo Pinheiro de. *Lei anticorrupção*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p.291 ss, 310 ss. Além do mais, pelo arts. 3º e 6º da Lei nº 8.429/92, os beneficiários dos atos de improbidade podem ser atingidos; e estes podem ser pessoas jurídicas. NEIVA, José Antonio Lisboa. *Improbidade administrativa*. Op.cit., p.36 ss.

⁵² A não conversão da medida provisória em lei, todavia, talvez tenha se dado pela instabilidade política que vive o país neste momento. De fato, no Congresso Nacional, que vive o curso do processo de *impeachment* da Presidente da República, muito se discutiu a respeito da proposta do governo de ampliar benefícios para empresas envolvidas no caso conhecido como a “Operação Lava Jato”. O impasse levou a que se expirasse o prazo constitucional de vigência das medidas provisórias sem que houvesse sua conversão em lei.

⁵³ Alguns entendem que correspondem ao meio termo entre interesses públicos e privados. Neste sentido, Cf. CAPPELLETTI, Mauro. Formazioni sociali e interessi di grupo davanti alla giustizia civile. *Rivista di Diritto Processuale*, vol.30, 1975, p.372; GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela jurisdicional dos interesses difusos. *Revista de Processo*, vol.14, abr., 1979, p.31. A exceção que se faz, entre os interesses coletivos em sentido amplo, é aos direitos e interesses individuais homogêneos, que possuem titulares identificáveis, objeto divisível e são disponíveis. Cf. MATTOS NETO, Antônio José. Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da Lei de Arbitragem. *Revista de Processo*, nº 122, abr., 2005, p.151-166.

⁵⁴ Parte da doutrina tem relevado a indisponibilidade dos interesses e direitos coletivos. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Jus Podivm, vol. IV, 9ª ed., 2014, p.109-110: “(...) o processo coletivo vem contaminado pela ideia de indisponibilidade do interesse público. Esta indisponibilidade não é, contudo, integral, há uma ‘obrigatoriedade temperada com a conveniência e oportunidade’”. Para alguns, haveria inclusive possibilidade de uso da arbitragem nestes casos. Cf. GONÇALVES, Eduardo Damião. O papel da arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos. In: LEMES, Selma Maria Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; Martins, Pedro Batista (Coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares* in memoriam. São Paulo: Atlas, 2007, p. 155; ROCHA, José de Albuquerque. *Lei de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 35-36, sem enfrentar o caso dos direitos individuais homogêneos: “A lei de arbitragem, como sabemos, não se refere às matérias indisponíveis, de modo que é preciso uma pesquisa no ordenamento jurídico para saber quais os direitos que classifica como indisponíveis. Diríamos não poderem ser objeto de arbitragem, entre outros, os conflitos envolvendo: (...)”

utilizado é o termo de ajustamento de conduta (previsto no art. 5º § 6º da Lei nº 7.347/1985).

Existem inúmeras controvérsias doutrinárias a respeito do TAC, sobretudo sobre sua natureza jurídica (se seria transação de direito material ou processual) e a margem permitida de negociação sobre os direitos ou interesses coletivos.⁵⁵ A doutrina majoritária não considera o TAC uma forma de transação, mas um ato administrativo negocial, ao argumento de que, nas ações coletivas, o legitimado extraordinário não é o titular do direito alegado (que tem natureza transindividual) e, portanto não poderia negociar porque não teria disponibilidade sobre o direito material subjacente.⁵⁶ Não podemos concordar com este entendimento. Parece-nos evidente que há negociação nas ações coletivas no que tange ao modo e ao tempo da reparação do dano coletivo, sempre com vistas à máxima efetividade da tutela destes interesses. Nesse sentido, ainda que indisponível em algum grau, este dado não impede a negociação.⁵⁷

(f) interesses difusos, por terem objeto indivisível e sujeitos indetermináveis; entretanto, em princípio, nada obsta a arbitralidade dos interesses coletivos, inclusive porque pertencem a grupo social determinado ou determinável etc.” No mesmo sentido, inclusive para matéria ambiental, que corresponderia a um direito difuso, Cf. LIMA, Bernardo. *A arbitralidade do dano ambiental*. São Paulo: Atlas, 2010, p.52; ALVES, Rafael Francisco. *A arbitragem no Direito Ambiental: a questão da disponibilidade de direitos*. In: SALLES, Carlos Alberto de; SILVA, Solange Teles da; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira (Org.). *Processos coletivos e tutela ambiental*. Santos: Leopoldianum, 2006, p. 210-211: “Tomando-se o direito ambiental como uma disciplina jurídica que abrange tanto os direitos difusos e coletivos, quanto os individuais homogêneos e, enfim, os individuais propriamente ditos, como foi feito neste trabalho, é possível dizer que, em tese, a arbitragem pode ser utilizada em conflitos que envolvem os últimos, não pode ser utilizada tendo os dois primeiros como objeto, dada a sua indivisibilidade e indisponibilidade, e quanto ao terceiro, poderá ser utilizada desde que a repercussão social do conflito não chegue ao ponto de justificar a intervenção do Ministério Público”. BRAGA, Rodrigo Bernardes. *Teoria e prática da arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 277-278: “(...) Dessa forma, o objeto da arbitragem consistirá em definir certos aspectos da reparação ou compensação, como tempo, modo, lugar e condições de cumprimento da obrigação pelo poluidor, estabelecendo a melhor maneira de restabelecer o equilíbrio ecológico do ambiente agredido ou, não sendo isso possível, a medida de responsabilidade de cada um na produção do resultado danoso ao meio ambiente, o que evidentemente não configura questão coletiva; para resolver conflitos que emergem de acidente ambiental e que atingem a esfera patrimonial de particulares e para solucionar questões relativas ao direito de vizinhança”.

⁵⁵ Sobre o tema, é lapidar a obra de RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*. Rio de Janeiro: Forense, 3ª ed., 2011.

⁵⁶ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*. São Paulo: Atlas, 3ª Ed., 2001, p.137. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. São Paulo: Saraiva 22ª Ed. 2009, p. 408: “É, pois, o compromisso de ajustamento de conduta um ato administrativo negocial por meio do qual só o causador do dano se compromete; o órgão público que o toma, a nada se compromete, exceto implicitamente, a não propor ação de conhecimento para pedir aquilo que já está reconhecido no título. Mas mesmo isto não é verdadeira concessão, porque, ainda que o órgão público a nada quisesse obrigar-se, e assim propusesse a ação de conhecimento, vê-la-ia trancada por carência, pois lhe faltaria interesse processual em formular um pedido de conhecimento, se já tem o título executivo”. Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública: comentários por artigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 7ª Ed. 2009, p.222: “Podemos, pois, conceituar o dito compromisso como sendo o ato jurídico pelo qual a pessoa, reconhecendo implicitamente que sua conduta ofende interesse público difuso ou coletivo, assume o compromisso de eliminar a ofensa através da adequação de seu comportamento às exigências legais”. CARNEIRO. Paulo Cezar Pinheiro. A proteção dos direitos difusos através do compromisso de ajustamento de conduta previsto na lei que disciplina a ação civil pública. In: *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*. Vol. 1, nº 1, 1993, p. 265, conceituando-o como um “reconhecimento de um dever jurídico”.

⁵⁷ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. IV, Op.cit., p.293 ss.

Portanto, nos itens 3, 4, 5 e 6, tentamos demonstrar que, tanto no processo penal quanto no processo do trabalho, no processo sancionador e no processo civil de interesses públicos, há muito admite-se autocomposição sobre o direito material. Assim, no mesmo sentido, deve-se admitir negociação sobre o processo. Vejamos agora as novas tendências reforçadas pelo Código de Processo Civil de 2015.

7. O Novo CPC e os Mecanismos de Autocomposição dos Litígios

Essa ideologia de colaboração e consensualidade *já era*, há muito tempo, pregada pela literatura processual brasileira, extraída do ordenamento a partir dos princípios processuais da boa-fé, cooperação, contraditório, devido processo legal, entre outros.⁵⁸

E toda essa elaboração teórica desenvolveu bases científicas que impactaram a tramitação legislativa do CPC/2015. Com efeito, o novo Código reforçou os mecanismos de autocomposição, incentivando as soluções cooperativas (art.6º) e negociadas (art.3º §§ 2º e 3º); positivou diversas disposições sobre conciliação e mediação nos tribunais (arts. 165 a 175); impôs ao juiz deveres de estímulo à autocomposição (139, V); criou uma audiência de conciliação ou mediação, posicionando os atos de defesa para um momento posterior (art. 334).

O novel Código de Processo Civil não só manteve a disposição equivalente ao art.158 do CPC de 1973, reproduzida no art.200 (já correspondente a uma cláusula geral de negociação processual), como também reproduziu acordos já previstos há décadas na legislação processual brasileira: eleição de foro (art. 63); suspensão convencional do processo (art.313, II), convenção sobre distribuição do ônus da prova (art.373 §§ 3º e 4º), entre outras. Além disso, ampliou os negócios processuais típicos. P. ex., instituiu o calendário processual (art.191), permitiu a redução convencionalizada de prazos peremptórios (art. 222 § 1º) e ainda introduziu uma *cláusula geral de convenções processuais* (art.190), anteriormente transcrita.

Essa ideologia claramente incentivadora das soluções negociais, parece-nos sinalizar para uma ampliação cada vez maior dos espaços de convencionalidade no direito processual brasileiro. E, pela aplicação analógica autorizada pelo art.3º do CPP, esta lógica deve incidir não só em relação ao direito processual civil de interesse público ou coletivo, mas também no que tange à definição do procedimento no processo penal.

⁵⁸ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2009, p.101-103; DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2010; CUNHA, Leonardo Carneiro da. "O processo civil no Estado Constitucional e os fundamentos do projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro". *Revista de Processo*, vol. 209, jul, 2012, p.349-374; CABRAL, Antonio do Passo. "Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito", in: *Rivista di Diritto Processuale*, Anno LX, n° 2, 2005; *Idem*, *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2ª Ed. 2010, p.103 ss, 207 ss; NUNES, Dierle José Coelho. "O princípio do contraditório: uma garantia de influência e não surpresa", in: DIDIER JR., Fredie e JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2007; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. "A garantia do contraditório", in: *Revista Forense*, vol. 346, abr.-jun. 1999; *Idem*, *Do formalismo no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

8. A Diferença entre Negócios Processuais e Negócios de Direito Material. A Indisponibilidade do Direito Não Impede a Negociação sobre o Processo

Pois bem, vimos que, em muitos espaços publicistas existe alguma margem para autocomposição mesmo que se verifique alguma nota de indisponibilidade sobre o direito material. De fato, tanto no processo civil das causas do Estado, quanto no processo sancionador e no processo penal, há possibilidade de celebração de negócios jurídicos que representam algum grau de disposição sobre os direitos materiais envolvidos, ainda que estejamos em campos de forte presença de interesse público. O mesmo acontece nos termos (ou compromissos) de ajustamento de conduta nas ações coletivas e, em nosso sentir, também nas ações de improbidade administrativa.

E o mesmo se aplica aos negócios jurídicos sobre o *processo* penal. Com efeito, essa permeabilidade para os acordos existe hoje e deverá ser certamente alargada pela influência da normativa do novo CPC, admitindo-se, por aplicação analógica (art.3º do CPP), a validade e eficácia de acordos processuais das partes que fixarão, de maneira vinculativa para as partes e para o juiz, as formalidades do procedimento judicial. Ora, se a negociação é reconhecida, no processo penal, até mesmo para dispor dos interesses substanciais, entendemos que não deva haver óbice apriorístico para a negociação *em matéria processual*.

Note-se que, em se tratando de convenções atinentes a direitos processuais ou ao procedimento, não há propriamente a disposição de direitos materiais da coletividade. A disposição de direito processual não tem como reflexo necessário a mitigação do direito material cuja tutela é pretendida na relação jurídica processual. As convenções processuais que alteram a forma da citação, por exemplo, ou os negócios jurídicos pelos quais as partes renunciavam previamente a certos tipos de recurso ou meios de prova, não versam sobre o direito material subjacente e estão em campos em que a vontade dos litigantes já seria suficiente para abrir mão e dispor daqueles atos do processo: a parte pode não excepcionar a competência, pode não requerer meios de prova, não indicar testemunhas, tudo voluntariamente. Ora, se pode fazê-lo por atos negociais unilaterais, por que não o poderia por convenções processuais?

Portanto, neste tópico, queremos frisar que a indisponibilidade sobre o direito material não importa necessariamente na inadmissibilidade das convenções sobre o processo. Esta é uma pressuposição frequente, mas equivocada, que deve ser prontamente afastada. As convenções processuais são genericamente admissíveis em qualquer tipo de processo, e não se pode pregar sua invalidade ou descabimento genericamente pelo argumento da indisponibilidade do direito material subjacente. Caberá analisar sua validade e eficácia casuisticamente.

9. Algumas Diferenciações e Esboço de Critérios para a Convencionalidade: Processo Penal Condenatório e Não Condenatório, Ações Penais Públicas e Ações Penais Privadas

A fim de enxergar o espaço permitido de negociabilidade das formas do processo criminal, podem-se esboçar alguns critérios além daqueles que já expusemos para as convenções processuais no processo civil.⁵⁹

Um primeiro corte que se pode fazer é buscar separar o processo penal condenatório daquele não condenatório. É frequente, no Brasil, o equívoco de discursar sobre o processo penal como se este fosse sempre formado a partir do exercício de uma ação penal pública incondicionada em que se veicula pretensão condenatória. Ora, nos mandados de segurança criminais, *habeas corpus*, revisão criminal, reabilitação etc., não se veicula pretensão punitiva, e é claro que o titular do direito invocado pode desistir da ação, do recurso, em suma, da situação processual de vantagem, e nestes processos é de admitir-se, *prima facie* e sem muita dificuldade, que as partes celebrem negócios jurídicos para modificar o procedimento, adaptando-o de acordo com as suas necessidades.

Por outro lado, mesmo no processo penal condenatório, devemos lembrar das ações penais privadas, nas quais o ajuizamento da pretensão punitiva é submetido não a um modelo de legalidade estrita (obrigatoriedade), mas de disponibilidade, ligado à conveniência e oportunidade do ofendido.⁶⁰ Nas ações penais privadas, nas quais o lesado pode optar por não ajuizar a pretensão, poder perdoar o agente que praticou o delito,⁶¹ ou renunciar ao direito de queixa (art.49 do CPP),⁶² e nas quais pode haver perempção (art. 60 do CPP), seria desarrazoado afirmar que, escolhendo propor a ação penal, o querelante não pudesse de maneira alguma interferir voluntariamente nas regras do procedimento. Portanto, na seara das ações penais privadas, também deve ser amplamente admitido o uso de convenções processuais.

A propósito, alguns dispositivos do Código de Processo Penal claramente denotam a possibilidade de que a vontade dos litigantes seja conforme as regras do procedimento. Por exemplo, na ação penal privada, o querelante tem a opção de preferir o foro do domicílio ou residência do réu, mesmo que conhecido o local da infração (art.73 do CPP). Ora, se esta escolha lhe é dada unilateralmente (e, portanto, trata-se de um negócio jurídico unilateral), entendo que possa ser firmado acordo processual no mesmo sentido.

⁵⁹ Não poderíamos reproduzir aqui, em texto de pequena extensão, a complexa formulação que elaboramos em CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Op. cit., cap.5, p. 249-340. Lá expusemos um método trifásico para concreção da cláusula geral de negociação processual, além de critérios gerais e específicos para analisar a validade e eficácia de uma dada convenção processual.

⁶⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 3ª ed. 2011, p.106.

⁶¹ Lembremos que o perdão é negocial (deve ser uma declaração aceita pelo querelado) e tem efeitos não apenas materiais, mas também processuais. Sobre o tema, Cf. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. Op.cit., p.113 ss.

⁶² Com a única ressalva de que a renúncia deve ser indivisível, estendendo-se a todos os agentes.

Por fim, não é de se excluírem, *a priori*, os acordos processuais nos casos de ações penais públicas. Nas ações penais públicas, não se pode negar, há uma rigidez maior da legislação, que por vezes quer impor um regime mais publicizado e infenso à autonomia da vontade. Por exemplo, os artigos 42 e 576 proíbem desistência da ação e do recurso, uma vez ajuizados ou interpostos, pelo Ministério Público. A desistência é um negócio jurídico unilateral e, em sendo este vedado por lei, também devemos excluir a promessa de desistência no processo penal. Lembremos também que as perícias no processo penal devem ser exclusivamente oficiais (art.159 do CPP),⁶³ e a lei expressamente exclui a participação das partes da nomeação do perito (art.276).⁶⁴ Assim, diante de disposição expressa, entendemos ser inaplicável o art. 471 do CPC, que prevê acordo típico para escolha do perito.

Não obstante, apesar de ser maior o grau de indisponibilidade na ação penal pública, não se deve concluir apressadamente pela inadmissibilidade *tout court* das convenções processuais. Sem embargo, como vimos, a indisponibilidade sobre o direito material não leva necessariamente à indisponibilidade sobre as situações jurídicas processuais. Note-se, p. ex., que, ainda que o MP não possa desistir de uma ação ou recurso que já tenham sido ajuizados ou interpostos, a legislação da colaboração premiada autoriza, há algum tempo, o *pactum de non petendo* criminal, i.e, a promessa acordada de que o Ministério Público não ajuizará ação penal contra o colaborador (arts. 3º, I e 4º §4º, ambos da Lei nº 12.850/2012). Permite também uma suspensão convencionada do prazo para oferecimento da denúncia (art.4º §3º da Lei nº 12.850/2012). Trata-se de convenções tipicamente previstas na legislação processual penal, e que são válidas e eficazes.

Não obstante, não é incomum ouvirmos opiniões que identificam nas ações penais públicas uma desigualdade intrínseca entre Estado e acusado, extraíndo-se da posição de fragilidade do indivíduo a impossibilidade de admitirmos negócios jurídicos no processo penal. Já tivemos oportunidade de discutir se efetivamente deveríamos partir de uma pressuposição genérica de desigualdade entre Ministério Público e investigado/réu em qualquer caso: em nosso sentir, se essa quebra de isonomia pode se verificar (e talvez se verifique em muitos casos envolvendo pessoas mais pobres), em muitos outros casos não se revela qualquer desigualdade (como sói acontecer quando os réus são pessoas abastadas, acompanhadas pelos melhores advogados do país). Não sendo nosso tema nesta sede, remetemos o leitor a outro texto de nossa autoria.⁶⁵

⁶³ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Reforma do Código de Processo Penal*. São Paulo: Método, 2008, p.182 ss.

⁶⁴ TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, vol.IV, 1959, p.284-286. Alguns autores, no Brasil, entendem que o art.276 foi superado pela nova redação do art.159 §3º do CPP, que prevê nomeação de assistentes técnicos pelas partes. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. Op.cit., p.507. Não podemos concordar, pedindo vênias aos autores. Não se nega que as partes passaram a ter maior participação no procedimento pericial, que deve ser conduzido em contraditório. Todavia, não se confunde o perito com o assistente técnico, e a lei ainda atribui a escolha do perito exclusivamente ao juiz. Diante da letra da lei, entendemos, como explicado no corpo do texto, inaplicável o art.471 do CPC ao processo penal. No mesmo sentido, na Alemanha, por disposição expressa da StPO (§73), a nomeação do perito também é privativa do juiz (KÜHNE, Hans-Heiner. *Strafprozessrecht*. Op.cit., p.494).

⁶⁵ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2ª Ed. 2010, p.350-351.

Aqui queremos apenas destacar que o argumento da desigualdade, além de discutível, não serve para infirmar a convencionalidade no processo penal. Sem embargo, até nos casos em que o processo penal de fato confrontar um desvalido ao aparato repressor do Estado, mesmo então se deve sustentar a admissibilidade das convenções processuais. A justificativa para este posicionamento repousa na constatação de que a convenção processual pode *reforçar* a proteção que o ordenamento jurídico atribui aos bens com algum grau de indisponibilidade. Imaginemos que, numa ação penal pública, seja celebrada convenção processual para fixar um foro competente que importe em maior proximidade geográfica com a residência do investigado; ou um acordo para alargar os prazos que o réu teria para praticar atos do processo; ou uma convenção que amplie os meios de prova, ou que facilite, de qualquer maneira, o acesso à justiça do acusado. Seriam estes acordos inválidos, inadmissíveis, apenas por estarmos em um processo penal? Ou porque o acusado é mais fraco que o Estado? E seriam inválidos em qualquer caso, ainda que beneficiem o acusado?⁶⁶ Pensamos que não. Essas convenções seriam válidas, apesar da desigualdade, porque favoráveis à parte hipossuficiente.⁶⁷

Outro campo de aplicação dos acordos processuais diz respeito à suspensão do processo penal. O art.94 do CPP admite que as partes requeiram a suspensão do processo em casos de prejudicial externa. Pensamos ser aplicável, por analogia e em combinação com este dispositivo da legislação processual penal, a disciplina do art.313, II do CPC: as partes podem, por convenção, suspender o processo.

Na disciplina do julgamento pelo tribunal do júri, o art.477 §1º do CPP, ao dispor sobre o tempo de sustentação em plenário de acusação e defesa, permite que as partes acordem entre si uma repartição do tempo global como melhor lhe aprouver. Trata-se claramente de um acordo processual.⁶⁸

Deve-se recordar ainda o espaço das medidas assecuratórias. O art.139 do CPP dispõe que o depósito e administração de bens arrestados respeitarão a sistemática do processo civil. E os arts. 862 §2º e 869 do CPC permitem que as partes, em execução, escolham o administrador depositário.

Enfim, os exemplos são inúmeros e mostram que, mesmo em processos com algum grau de indisponibilidade sobre o direito material, e mesmo nas ações penais públicas, é possível a celebração de negócios jurídicos processuais. A questão é encontrar o equilíbrio entre a autonomia da vontade dos litigantes e a renunciabilidade dos direitos fundamentais envolvidos.

⁶⁶ A literatura tradicional, com afirmações genéricas, negava, por exemplo, convenções sobre os prazos, desconsiderando que esses acordos, além de adaptarem melhor o procedimento em função das necessidades das partes, podem favorecer o acusado. Na visão tradicional, restritiva, por todos, TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. Op.cit., p. 10.

⁶⁷ Trata-se, como já defendemos em outro trabalho, de conciliar uma abordagem que se oriente para o resultado da negociação (*outcome-based*), verificando se é ou não favorável ao vulnerável. Confira-se CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Op. cit., p.327 ss.

⁶⁸ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Reforma do Código de Processo Penal*. Op.cit., p.100-101.

10. A Resolução nº 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público

Nesse cenário de evidente tendência de fortalecimento da cooperação, da consensualidade e dos negócios jurídicos, tanto de direito material quanto de direito processual, o Conselho Nacional do Ministério Público, em demonstração de estar na vanguarda desta temática no Brasil, editou, em dezembro de 2014, a resolução nº 118, referente aos mecanismos de autocomposição no âmbito do Ministério Público brasileiro.

A crise de sobrecarga nos serviços judiciários, que já tinha levado o Conselho Nacional de Justiça a editar resolução similar (Res. 125/2010), inspirou o Ministério Público a buscar também programas e ações efetivas no que tange à prevenção, resolução e pacificação de litígios de maneira extrajudicial, com mais celeridade e economia de recursos.

Desde os seus *consideranda*, passando pelas suas disposições específicas, a resolução reconhece que a adoção e o desenvolvimento de mecanismos de autocomposição pacífica dos conflitos é uma tendência mundial, decorrente do fomento a uma cultura de participação, diálogo, consenso e paz. Destaca que o acesso à justiça incorpora também a possibilidade de manejar outros mecanismos e meios autocompositivos de resolução dos conflitos e controvérsias, que podem ser utilizados pelo Ministério Público como garantia de proteção e de efetivação de direitos e interesses de repercussão social, mesmo que sejam indisponíveis; afirma que a autocomposição pode reduzir a litigiosidade nas causas do processo penal e do processo civil de interesse público (controvérsias envolvendo o Estado, nas ações coletivas, e nas ações e investigações penais pelas práticas restaurativas); ressalta que os meios autocompositivos levam ao empoderamento das partes na solução dos conflitos, diminuindo as relações de dependência do indivíduo em relação ao Estado (art.2º); invoca como base normativa para a negociação tanto regras legais do direito penal como do direito processual civil; e determina que deva ser uma política pública estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento das práticas já existentes, consolidando-as, bem assim ampliar e aperfeiçoar o uso dos mecanismos de autocomposição no âmbito do MP (arts.1º, 4º).⁶⁹

No seu art.1º, parágrafo único, a resolução atribui ao MP o dever de implementar e adotar mecanismos de autocomposição, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão sobre tais mecanismos. Em diversos dispositivos, a norma possibilita ao CNMP e a todos os órgãos e unidades do Ministério Público a realização de pesquisas e controle de metas, mapeamento de difusão de boas práticas, disponibilização de cursos de capacitação e treinamento, a promoção de publicações científicas e voltadas à *praxis* institucional. Determina, por outro lado, a inclusão de conteúdo sobre os meios de autocomposição nos concursos de ingresso na carreira, e a criação e manutenção de núcleos permanentes de incentivo à autocomposição (arts.6º , 7º).⁷⁰

⁶⁹ A resolução estimula ainda que essas iniciativas sejam feitas por meio de convênios e consórcios com outras instituições. Assim, foi elaborado, pelo CNMP, em parceria com a ENAM/SJR/MJ, o “Manual de Negociação e Mediação” para membros do Ministério Público, que tem como objetivo orientar a atuação acerca das práticas autocompositivas.

⁷⁰ Estes núcleos deverão ser compostos por membros. Insta salientar que o Ministério Público do Estado do Acre foi pioneiro na implementação da resolução. Com vistas de incentivar os mecanismos autocompositivos

Entre as diversas espécies de atividades e métodos de autocomposição, a resolução destaca a negociação (art.8º), a mediação (arts. 9º e 10), a conciliação (arts.11 e 12), as práticas restaurativas (art.13 e 14) e, no que mais nos interessa, as convenções processuais, citadas juntamente com os outros tipos de mecanismos autocompositivos nos arts. 6º, IV e V, e 7º, e disciplinadas com maior detalhamento na Seção V, nos arts. 15 a 17.

Sem embargo, a resolução, em seu o art.16, autoriza o membro do Ministério Público, nos limites do ordenamento jurídico, a celebrar acordos de natureza processual. Para além do direito material, o MP poderá convencionar com vistas a constituir, modificar ou extinguir situações jurídicas processuais. E poderá fazê-lo em qualquer fase da investigação ou durante o processo, isto é, poderá celebrar convenções processuais prévias ou incidentais.

No art.15, a resolução recomenda o uso das convenções processuais quando o procedimento tiver que ser adaptado ou flexibilizado para permitir adequada e efetiva tutela jurisdicional aos interesses materiais subjacentes, bem assim quando permitir resguardar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais processuais relacionados com o acordo.

Em seguida, no art. 17, a resolução nº 118 dispõe que as convenções processuais devem ser celebradas de maneira dialogal e colaborativa, com o objetivo de restaurar a convivência harmônica entre os envolvidos, promovendo a pacificação do conflito. O mesmo art.17 afirma que as convenções processuais podem ser inseridas e documentadas em cláusulas de termo de ajustamento de conduta. Segue-se, portanto, não só a tendência de ampliação da convencionalidade na tutela coletiva, mas também se pode visualizar um evidente avanço nos instrumentos de atuação do MP, com uma previsão expressa de inclusão no TAC de acordos em matéria processual.

Nesse cenário, os acordos processuais em matéria penal podem ser inseridos, juntamente com disposições sobre o direito material, em qualquer instrumento convencional, como acordos de colaboração premiada, acordos de leniência ou outros instrumentos negociais com repercussão penal (pensemos aqueles do direito econômico, como o acordo de leniência dos arts. 86 e 87, parágrafo único, da Lei no 12.259/2012).

Por todo o exposto, pode-se afirmar que as inúmeras convenções processuais admissíveis no direito processual podem e devem ser celebradas pelos membros do MP e investigados ou acusados, de maneira a flexibilizar o procedimento, adaptando-o à vontade das partes, e imprimir eficiência à tramitação do processo penal.

Assim como no direito estrangeiro, são admissíveis acordos em matéria de competência, sobre as formalidades de atos processuais (como a citação, admitindo-se que seja, p. ex., feita por e-mail), convenções probatórias (sobre os meios de prova,

e reduzir a judicialização de processos, instituiu o Núcleo Permanente de Incentivo à Autocomposição (Ato do PGJ nº 7/2015, publicado no D.O do Estado do Acre em 12 de fevereiro de 2015). No seu art.3º, parágrafo único, incisos IX e X, o ato administrativo também remete às convenções processuais.

sobre o ônus da prova),⁷¹ sobre a duração do processo (prorrogação ou redução convencional de prazos,⁷² suspensão convencional do processo), acerca dos recursos (renúncia convencional a meios de impugnação), acordos em execução (sobre os meios executivos, sobre os atos de comunicação processual na execução),⁷³ enfim, cada um deles exigiria uma análise própria em texto específico. Aqui queremos apenas sugerir as inúmeras alternativas de aplicação do instituto.

11. Conclusão

A tendência do direito processual brasileiro, civil, penal, administrativo e do trabalho, vem na esteira das mais atuais tendências de favorecimento dos meios autocompositivos de solução de conflitos em todo o mundo, seguindo a orientação de décadas do ordenamento brasileiro de permitir convencionalidade mesmo em espaços de direito público.

A possibilidade de utilização dos acordos em matéria processual no processo penal são muitas, e caberá agora à doutrina e às partes (MP, querelantes, acusados e investigados) de todo o país o desenvolvimento de boas práticas que permitam explorar esta “nova fronteira” do direito processual e extrair desse mecanismo o melhor resultado para que o processo penal possa desenvolver-se da maneira que não só foi a desejada, mas que também seja a mais adequada para aqueles a quem se destina. Aliás, não é nunca demais lembrar que a jurisdição penal não é exercida para o próprio Judiciário, mas sim para resolver conflitos em sociedade, conduzidos em juízo pelos litigantes. A questão é buscar o equilíbrio entre as possibilidades de flexibilização e adaptação do procedimento com o núcleo essencial das garantias fundamentais processuais.⁷⁴

⁷¹ Sobre o tema, no processo civil, GODINHO, Robson. Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo CPC. São Paulo: RT, 2015.

⁷² Alguns autores têm se manifestado que a disciplina dos prazos do CPC não se aplica ao processo penal porque incide o art.798 do CPP, que seria específico. Neste sentido, DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DUARTE, Zulmar; MACHADO, Marcelo Pacheco. Novo CPC e os prazos nos juizados, no processo penal e do trabalho, *in*: <http://jota.uol.com.br/novo-cpc-e-os-prazos-nos-juizados-no-processo-penal-e-no-processo-trabalho>, acessado em 20.04.2016. Outros afirmam que o “fantasma da prescrição” penal não recomenda, p. ex., a contagem do prazo processual em dias úteis, tal como previsto no CPC, para o processo penal. ARRUDA, Elcio. Impactos do novo Código de Processo Civil no processo penal. *Revista Brasileira de Direito Processual*, ano 23, nº 92, out./dez, 2015, p.213. De fato, talvez neste ponto não seria o caso de o juiz aplicar, por analogia, as regras do CPC, não só porque há regra específica no CPP, como talvez a regra do processo civil pudesse prejudicar a efetividade do processo penal. Não obstante, inexistente vedação expressa ou regra específica no CPP a respeito de convenções processuais, o que permite dizer que, em sendo celebrada convenção sobre prazo, esta deveria ser considerada *prima facie* válida. Sobre o tema da validade *prima facie* dos negócios jurídicos processuais, Cf. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Op. cit., p.144 ss, 253 ss.

⁷³ Além de outros instrumentos consensuais, como calendário para a prática de atos processuais (art.191 do CPC c.c. art. 3º do CPP).

⁷⁴ Este tema, dos mais palpitantes a respeito dos negócios jurídicos processuais, também não poderá ser aqui desenvolvido, pelo que remetemos o leitor ao nosso texto a respeito. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Op. cit., p. 249 ss.

Bibliografia

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: RT, 1973.

ALVES, Rafael Francisco. A arbitragem no Direito Ambiental: a questão da disponibilidade de direitos. In: SALLES, Carlos Alberto de; SILVA, Solange Teles da; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira (Org.). *Processos coletivos e tutela ambiental*. Santos: Leopoldianum, 2006.

ANDRADE, Manuel Costa. *Consentimento e acordo no direito penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*. Coimbra: Coimbra Ed., 1991, p.382 ss.

ARAS, Vladimir. Renúncia ao julgamento pelo júri no processo penal brasileiro. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELLELA, Eduardo (Org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. São Paulo: Atlas, 3ª ed. 2015.

ARRUDA, Êlcio. Impactos do novo Código de Processo Civil no processo penal. *Revista Brasileira de Direito Processual*, ano 23, nº 92, out./dez, 2015.

BRAGA, Rodrigo Bernardes. *Teoria e prática da arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BUNSEN, Friedrich. *Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts*. Berlin: Guttenlag, 1900.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Jus Podivm, 2016.

_____. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, Anno LX, nº 2, 2005.

_____. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2ª Ed. 2010.

_____. O valor mínimo da indenização cível fixado na sentença condenatória penal: notas sobre o novo art.387, IV do CPP. In: *Revista Forense*, vol.105, 2009.

CADIET, Loïc. Ordre concurrentiel et justice. In: *L'ordre concurrentiel: Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*. Paris: Frison-Roche, 2003.

CAILLOSSE, Jacques. Interrogations méthodologiques sur le 'tournant' contractuel de l'action publique: les contrats publiques entre théorie juridique et sciences de l'administration. In: CLAMOUR, Guylain; UBAUD-BERGERON, Marion (Org.). *Contrats Publics. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*. Montpellier: Presse de la Faculté de Droit, vol. II, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. Formazioni sociali e interessi di grupo davanti alla giustizia civile. *Rivista di Diritto Processuale*, vol.30, 1975.

CARNEIRO. Paulo Cezar Pinheiro. A proteção dos direitos difusos através do compromisso de ajustamento de conduta previsto na lei que disciplina a ação civil pública. In: *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*. Vol. 1, nº 1, 1993.

CARNELUTTI, Francesco. Contratto e diritto pubblico, in: *Studi in onore di Alfredo Ascoli*. Messina: Giuseppe Principato, 1931.

CARTIER, Marie-Elisabeth. Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière pénale. *Revue Générale des Procédures*, 1998.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública: comentários por artigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 7ª Ed. 2009.

CHASSAGNARD-PINET, Sandrine; HIEZ, David. Le système juridique français à l'ère de la contractualisation, in: CHASSAGNARD-PINET, Sandrine; HIEZ, David. *La contractualisation de la production normative*. Paris: Dalloz, 2008.

CHEMIN, Anne. *Le rapport sur la "justice de proximité": des propositions "faciles à mettre en oeuvre"*. Le Monde, 26.02.1994.

CHIAVARIO, Mario. La justice négociée: une problématique à construire. *Archives de Politique Criminelle*, nº 15, 1993.

_____. Les modes alternatifs de règlement des conflits en droit pénal. *Revue Internationale de Droit Comparé*, ano 49, nº 2, abr-jun, 1997.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no Estado Constitucional e os fundamentos do projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*, vol. 209, jul, 2012.

DE LAMY, Bertrand. Procédure et procédés (propos critiques sur la contractualisation de la procédure pénale), in: CHASSAGNARD-PINET, Sandrine; HIEZ, David. *Approche critique de la contractualisation*. Paris: LGDJ, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal: o "fim" do Estado de Direito ou um novo "princípio"?* O Porto: Conselho Distrital do Porto, 2011.

DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2010.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Jus Podivm, vol. IV, 9ª ed. 2014.

DIX, George E. Waiver in Criminal Procedure: A Brief For More Careful Analysis. *Texas Law Review*, nº 55, 1977.

DUCAROUGE, Françoise. Le juge administratif et les modes alternatifs de règlement des conflits: transaction, médiation, conciliation et arbitrage en droit public français. *Revue Française de Droit Administratif*, nº 1, jan-fev, 1996.

FIDALGO, Carolina Barros; CANETTI, Rafaela Coutinho. Os acordos de leniência na Lei de Combate à Corrupção. in: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Lei anticorrupção*. Salvador: Jus Podivm, 2015.

FISCHER, Douglas; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 3ª ed. 2011.

FORTI, Iorio Siqueira D'Alessandri. O tribunal do júri como garantia fundamental, e não como mera regra de competência: uma proposta de reinterpretção do art. 5º, XXXVIII, da Constituição da República. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. III, 2009.

GAUDIN, Jean-Pierre (Org). *La negociation des politiques contractuelles*. Paris: L'Harmattan, 1996.

GODINHO, Robson. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo CPC*. São Paulo: RT, 2015.

GOMES JR., Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et alii* (Org.). *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. São Paulo: RT, 3ª ed. 2012, p.317 ss.

GONÇALVES, Eduardo Damião. O papel da arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos. In: LEMES, Selma Maria Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; Martins, Pedro Batista (Coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela jurisdicional dos interesses difusos. *Revista de Processo*, vol.14, abr., 1979.

GROMITSARIS, Athanasios. Kontraktualisierung im öffentlichen Recht. *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, vol.57, 2009.

GUINCHARD, Serge; BUISSON, Jacques. *Procédure pénale*. Paris: Litec, 2ª ed. 2002.

HENKEL, Joachim. *Der gesetzliche Richter*. Universidade de Gotinga: Tese de Doutorado, 1968.

JARDIM, Afrânio Silva. *Justiça penal pactuada: uma visão privada do sistema penal*, disponível em <http://emporiiododireito.com.br/justica-penal-pactuada>, acessado em 05.07.2016.

JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. Freiburg im Breisgau: J.C.B. Mohr, 1912.

KOHLER, Josef. Ueber processrechtliche Verträge und Creationen. In: *Gesammelte Beiträge zum Civilprozess*. Berlin: Carl Heymanns, 1894.

KÜHNE, Hans-Heiner. *Strafprozessrecht*. Heidelberg: Müller, 7ª ed. 2007.

LaFAVE, Wayne R.; ISRAEL, Jerold H.; KING, Nancy J. *Criminal Procedure*. St. Paul: Thomson West, 4ª ed. 2004.

LEONE, Giovanni. *Lineamenti di diritto processuale penale*. Napoli: Pipola, 1954.

LIMA, Bernardo. *A arbitralidade do dano ambiental*. São Paulo: Atlas, 2010.

MAIER, Julio B. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ed. del Puerto, 2ª ed. 3ª reimpressão, 2004.

MATTOS NETO, Antônio José. Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da Lei de Arbitragem. *Revista de Processo*, nº 122, abr., 2005.

MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. München: C.H. Beck, 16ª ed. 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. São Paulo: Saraiva, 22ª ed. 2009.

McTHENIA, Andrew W.; SHAFFER, Terry L. For reconciliation, in: *Yale Law Journal*, nº 94, 1985.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Reforma do Código de Processo Penal*. São Paulo: Método, 2008.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2009.

NEIVA, José Antonio Lisboa. *Improbidade administrativa*. Niterói: Impetus, 2009.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e não surpresa, in: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2007.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. A garantia do contraditório, in: *Revista Forense*, vol. 346, abr.-jun. 1999.

_____. *Do formalismo no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 3ª ed. 2011.

PETERS, Julia. *Urteilsabsprachen im Strafprozess: Die deutsche Regelung im Vergleich mit Entwicklungen in England & Wales, Frankreich und Polen*. Göttingen: Universitätsverlag, 2011.

PIERANGELLI, José Henrique. *Consentimento do ofendido na teoria do delito*. São Paulo: RT, 1989.

PIN, Xavier. *Le consentement en matière pénale*. Paris: LGDJ, 2002.

PRADO, Geraldo. Justiça penal consensual, in: *Diálogos sobre a justiça dialogal. Teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. Responsabilização judicial da pessoa jurídica na Lei Anticorrupção. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Lei anticorrupção*. Salvador: Jus Podivm, 2015.

RAISER, Ludwig. Vertragsfreiheit heute, *Juristen Zeitung*, ano 13, nº 1, jan, 1958, p.1.

ROCHA, José de Albuquerque. *Lei de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2008.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*. Rio de Janeiro: Forense, 3ª Ed. 2011.

RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. *El consenso en el proceso penal español*. Barcelona: Bosch, 1997.

ROQUE, Andre Vasconcelos. A arbitragem de dissídios individuais no Direito do Trabalho: uma proposta de sistematização. *Revista Fórum Trabalhista*, vol. 1, nº 2, set-out, 2012.

_____. A evolução da arbitralidade objetiva no Brasil: tendências e perspectivas. *Revista de Arbitragem e Mediação*, nº 33, abr-jun, 2012.

SALVAGE, Philippe. Le consentement en droit pénal, in: *Revue de Science Criminelle*, 1991.

- SATTA, Salvatore. *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*. Milano: Vita e Pensiero, 1931.
- von SAVIGNY, Friedrich Carl. *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*. Berlin: Veit & Comp., vol.II, 1853.
- SCHMID, Niklaus. *Strafprozessrecht: Eine Einführung auf der Grundlage des Strafprozessrechtes des Kantons Zürich und des Bundes*. Zurique: Schulthess, 4ª ed., 2004.
- SPRITZER, Ralph S. Criminal Waiver, Procedural Default and the Burger Court. *University of Pennsylvania Law Review*, nº 126, 1978.
- STERNLIGHT, Jean R. Mandatory Binding Arbitration and Demise of the Seventh Amendment Right to a Jury Trial, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, nº 16, 2001.
- SZUCH, Armanda R. Reconsidering contractual waivers of the right to a jury trial in Federal Court. *University of Cincinnati Law Review*, nº 79, 2010.
- THOMLEY, Brian S. Nothing is sacred: why Georgia and California cannot bar contractual jury waivers in Federal Court. *Chapman Law Review*, nº 12, 2008.
- THORNBURG, Elizabeth. Designer trials. *Journal of Dispute Resolution*, 2006, p.205;
- WARE, Stephen J. Arbitration Clauses, Jury-Waiver Clauses, and Other Contractual Waivers of Constitutional Rights. *Law and Contemporary Problems*, nº 67, 2004.
- TIGAR, Michael E. The Supreme Court 1969 Term Foreword: Waiver of Constitutional Rights: Disquiet in the Citadel. *Harvard Law Review*, nº 84, 1970.
- TRIMARCHI, Vincenzo Michele. Accordo (teoria generale). *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffré, vol.I, 1958.
- TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, vol. IV, 1959.
- TULKENS, Françoise; VAN DER KERCHOVE, Michel. La justice pénale: justice impose, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée?, in: *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1996.
- TUPINAMBÁ, Carolina. *Garantias do Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2014.
- VAN DER KERCHOVE, Michel. *Contractualisation de la justice pénale ou justice pénale contractuelle*, in: CHASSAGNARD-PINET, Sandrine; HIEZ, David. *La contractualisation de la production normative*. Paris: Dalloz, 2008.
- VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*. São Paulo: Atlas, 3ª Ed. 2001.
- WESTEN, Peter. Away From Waiver: A Rationale for the Forfeiture of Constitutional Rights in Criminal Procedure. *Michigan Law Review*, nº 75, 1977.
- WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STÖBER, Rolf. *Verwaltungsrecht*. München: C.H.Beck, vol.II, 6ª Ed. 2000.

***Jus Cogens* e Proteção Internacional dos Direitos Humanos**

Emerson Garcia*

Sumário

1. Aspectos Gerais. 2. Aspectos Estruturais do *Jus Cogens*. 3. Efeitos Práticos do *Jus Cogens* na Proteção Internacional dos Direitos Humanos. Epílogo. Referências Bibliográficas.

1. Aspectos Gerais

O *jus cogens*, em sua expressão mais simples, pode ser visto como o conjunto de normas imperativas de direito internacional público. Reflete padrões deontológicos sedimentados no âmbito da comunidade internacional, cuja existência e eficácia independem da aquiescência dos sujeitos de direito internacional. Deve ser observado nas relações internacionais e projeta-se, em alguns casos, na própria ordem jurídica interna.

As características da imperatividade e da indisponibilidade tiveram influência direta na escolha do designativo *direito cogente*, sendo bem conhecida a dicotomia inerente ao direito romano, que distinguia o *jus strictum* (direito estrito) do *jus dispositivum* (direito dispositivo).

Não é exagero afirmar que a concepção de *jus cogens* desenvolveu-se *pari passu* com a de direito internacional público. As primeiras construções teóricas a respeito deste ramo do direito remontam à segunda metade do século XV, sendo capitaneadas pela escola espanhola. Tinham o propósito inicial de defini-lo e extremá-lo, quer do direito natural, quer do direito interno. Apesar da defendida necessidade de positivação, de modo a aumentar a segurança jurídica nas relações entre os Estados, muitos reconheciam a proximidade que mantinha, em alguns aspectos, com o direito natural. Afinal, diversas regras de coexistência eram observadas pelos Estados ainda que inexistisse um ajuste formal reconhecendo-as.

Foi justamente a proximidade com o direito natural, suscetível de ser meramente conhecido, não construído, além de ser ontologicamente imodificável, que permitiu

* 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). Publicou, como autor, coautor, coordenador ou tradutor, mais de quatro dezenas de obras jurídicas. Foi examinador em quase uma centena de concursos públicos, sendo Coordenador da Banca de Direito Constitucional em diversos exames nacionais da Ordem dos Advogados do Brasil. É membro honorário do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB), participando, ainda, da *American Society of International Law* e da *International Association of Prosecutors*.

o reconhecimento da existência do *jus cogens*.¹ Note-se que a própria expressão *direito das gentes*, inicialmente utilizada para designar o direito internacional público, era empregada, nas Institutas de Justiniano, para definir o conjunto de regras que a razão natural estabeleceu entre todos os homens e povos. Essas regras decorriam das necessidades da vida, como aquelas afetas aos contratos e, no entender dos romanos, à própria escravidão, isso por ser praticada por todos os povos da antiguidade.² Não tinham, portanto, qualquer correlação com o direito internacional.³

Francisco de Vitória (1483-1546), expoente da escola espanhola, em lição proferida nos idos de 1528, utilizou a expressão *direito das gentes* em um sentido característico do direito internacional, defendendo, em razão de sua associação ao direito natural, ter força de lei em todo o globo, o qual, em certa maneira, formaria uma república. Portanto, “ninguna nación puede darse por no obligada ante el derecho de gentes, porque está dado por la autoridad de todo el orbe”.⁴

Em momento posterior, Domingo de Soto (1494-1560), embora encampando o caráter internacional do direito das gentes, extremou-o do direito natural e inseriu-o sob a epígrafe do direito positivo.⁵ Com isso, reconheceu que parte do direito das gentes poderia ser dispensado caso houvesse uma causa, como a não redução à condição de escravos dos cristãos capturados na guerra; mas ressaltou que “*algunas cosas de derecho de gentes son tan conducentes a las relaciones humanas, que de ningún modo es honesto dispensar sobre ellas; antes, tal vez la dispensa sería nula*”.⁶ Teríamos, assim, o *direito das gentes positivo e arbitrário*, decorrente dos acordos internacionais, e o *direito das gentes natural e imutável*.⁷ Estas últimas normas são justamente aquelas que a doutrina, nos séculos seguintes, após incontáveis embates argumentativos a respeito das relações entre o direito natural e o direito das gentes, reconheceu pertencerem ao *jus cogens*.

O conceito há muito difundido no âmbito da comunidade internacional terminou por ser incorporado pelo art. 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos

¹ Cf. BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius cogens* em Direito Internacional. Lisboa: Lex, 1997, p. 25.

² Lê-se nas Institutas: *jus gentium quo omnes gentes utuntur* (I, ii, § 1) e *jus gentium omni humano generi commune est* (I, ii, § 2). Cf. BONSEAN, Georges. *Explication des Institutes de Justinien, Tome Premier*. Paris: A. Durand et Pedone-Lauriel Éditeurs, 1878, p. 14.

³ Cf. BONSEAN. *Explication...*, p. 15.

⁴ De la potestate civil., in: *Obras de Francisco de Vitoria, Relecciones Teológicas*. Madrid: Teófilo Urdanoz, 1960, proposición 21, p. 191-192.

⁵ *Tratado de la Justicia y del Derecho*, Tomo II. Trad. de RIPOLL, Jaime Torrubiano. Madrid: Reus, 1926, p. 204-208.

⁶ *Tratado...*, p. 209.

⁷ Além dessa classificação, proposta por Hugo Grotius em 1604 (*De Jure Praedae Commentarius*, vol. I. Trad. de WILLIAMS, Gwladys L. in: *The Classics of International Law*, nº 22. Oxford: Clarendon Press, 1950, p. 249-250), existiram outras. Vattel, por exemplo, fazia menção ao *direito das gentes necessário*, que consistia na obrigatória aplicação do direito natural às nações (*Le Droit des gens ou Principes de la Loi Naturelle*, Tome I, atualizada por PRADIER-FODÉRE, M. P. Paris: Guillaumin et Cie, 1863, p. 85-86 (1ª ed. de 1758).

Tratados,⁸ que considera nulo qualquer tratado que destoe do *jus cogens*.⁹ Considerou como tal aquela norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional como um todo, insuscetível de derrogação e que somente pode ser modificada por norma de direito internacional geral da mesma natureza. A superveniência da norma de *jus cogens*, por força do art. 64 da Convenção, também torna nulo ou extingue o tratado anterior que dela destoe.¹⁰

É evidente que o conteúdo do *jus cogens* tem passado por inúmeras vicissitudes com o evoluir da humanidade, assumindo singular relevância na proteção internacional dos direitos humanos.

2. Aspectos Estruturais do Jus Cogens

As principais reflexões teóricas a respeito do *jus cogens* estão associadas à compreensão de sua origem e de sua essência. Não é exagero afirmar que esses fatores apresentam entre si uma influência recíproca, não podendo ser compreendidos de maneira isolada.

Em seu caráter embrionário, a origem do *jus cogens* era associada ao direito natural. Como afirmamos na obra *Interpretação Constitucional. A Resolução das Conflitualidades Intrínsecas da Norma Constitucional*,¹¹ isso ao tratarmos da virada axiológica do constitucionalismo, as teorias naturalistas, apesar das variações que apresentam, principiando pelo seu alicerce metafísico de sustentação, relacionado a “cosmovisões”¹² (teológica, racionalista, humanística, do estado de natureza etc.), convergem no reconhecimento da insuficiência do direito posto¹³ e de que as normas jurídicas preexistem à atividade do intérprete.¹⁴ São apenas conhecidas, não criadas. Independem de qualquer ato de vontade, já que ofertadas por um referencial superior, sendo, portanto, espontâneas. E o seu significado é tão somente apreendido, o que lhes assegura aprovação e aceitação

⁸ A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados foi adotada em 23 de maio de 1969. No Brasil, foi aprovada, pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 496, de 17 de julho de 2009, sendo depositado o instrumento de ratificação, junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas, em 25 de setembro de 2009, e promulgada, na ordem interna, pelo Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. A Convenção entrou em vigor, no plano internacional, em 27 de janeiro de 1980.

⁹ Jean Bodin já defendia, nas relações entre os príncipes, que os acordos seriam invioláveis em todos os casos em que nenhuma injustiça fosse praticada. Com os olhos voltados a essa premissa, seria possível descumprir os acordos que proibissem condutas permitidas pelo direito natural ou que permitissem aquelas que fossem vedadas [*On sovereignty. Six Books of the Commonwealth*. Trad. de TOOLEY, M. G. USA: Seven Treasures Publications, 2009, p. 215 (1ª ed. de 1576)].

¹⁰ Verdross e Simma observam que a Convenção de Viena, embora não tenha reconhecido a existência de manifestações particulares desse fenômeno universal (v.g.: com um *jus cogens* universal), também não as vedou. Admitem, portanto, que venham a existir, mencionando o exemplo do continente europeu (*Universelles Völkerrecht. Theorie und Praxis*. 3ª ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1984, p. 334).

¹¹ São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 189-193.

¹² Cf. HABERMAS, Jürgen. *Entre Naturalismo e Religião*. Estudos Filosóficos (*Zwischen Naturalismus und Religion. Philosophische Aufsätze*). Trad. de SIEBENECHLER, Flávio Beno. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007, p. 288.

¹³ Cf. ALEXANDER, Lary e SHERWIN, Emily. *The rule of rules: morality, rules, and the dilemmas of Law*. U.S.A.: Duke University Press, 2001, p. 184.

¹⁴ Essa concepção é nítida no pensamento de Sieyès, ao fundar o Poder Constituinte no direito natural e os poderes constituídos no direito positivo (*Qu'est-ce que Le Tiers-État*. 3ª ed. A. Versailles: D. Pierres, 1789, p. 111).

inatas.¹⁵ Para os naturalistas, algum fato empírico determina como as pessoas devem viver.¹⁶ Sua verdade e justiça se manifestam no plano objetivo, o que lhes confere uma pretensão à universalidade (*rectius*: geral aceitação, denotando a sua justificação¹⁷), sendo necessariamente vinculantes.¹⁸ Face à base axiológica que lhes dá sustentação, concepções naturalistas associam o direito à justiça:¹⁹ enquanto a expressão *direito justo* seria pleonástica, pois somente pode existir direito que seja justo, a expressão *direito injusto* seria nitidamente contraditória, já que o injusto não pode ser direito.²⁰

A utilização de referenciais metafísicos, passíveis de mera verificação, torna inevitável a expectativa de uma relação de identidade entre os distintos sistemas jurídicos.²¹ Parte-se da premissa de que a realidade do mundo natural é a mesma em qualquer lugar, e, conseqüentemente, que todos os povos estão sujeitos à mesma lei superior, raciocinando do mesmo modo. Ignora-se que nem todos os povos apresentariam o mesmo nível civilizatório ou os mesmos conceitos de justo e injusto. Identificar a existência de certos padrões morais que rotineiramente se repetem nos distintos grupamentos humanos não é o mesmo que apregoar, como pretendem os naturalistas, a sua estabilidade e permanência em todos. É factível que esses padrões oscilem de civilização para civilização, estendam-se ou comprimam-se.²² Além disso, a obrigatoriedade de certos padrões de conduta não positivados não decorreria exatamente de um fator metafísico de sustentação, mas, sim, de práticas influenciadas pelo comportamento dos próprios membros da comunidade internacional.

Em razão dos inconvenientes das teorias naturalistas, foi inevitável o caminho de integração do *jus cogens* ao direito positivo, mais especificamente ao direito internacional público. Apesar disso, não deve ser confundido com as normas universais de direito internacional público (*universellen Völkerrechtsnormen*), isso porque a maioria delas tem natureza dispositiva (*dispositiver Natur*), como ocorre, por exemplo, com os privilégios e as imunidades diplomáticas.²³ Já o *jus cogens* pertence à *ordem pública* da comunidade internacional.²⁴

Não é demais lembrar que a modificabilidade do *jus cogens*, reconhecida pelo art. 53 do Tratado de Viena, caminha em norte contrário à imutabilidade característica

¹⁵ Cf. BENDITT, Theodore M. *Law as rule and principle: problems of legal philosophy*. California: Standord University Press, 1978, p. 90 e ss.

¹⁶ Cf. DONOVAN, James M. *Legal anthropology: an introduction*. U.S.A.: Rowman & Littlefield, 2008, p. 29.

¹⁷ Cf. CHRISTODOULIDS, Emílios. Eliding the Particular: A Comment on Neil MacCormick's Particulars and Universal's. in: BANKOWSKI, Zenon e MACLEAN, James (Org.). *The Universal and the Particular in Legal Reasoning*. Hampshire: Ashgate Publishing Company, 2006, p. 97 (98).

¹⁸ Cf. ROSS, Alf. *Il concetto di validità e il conflitto tra positivismo giuridico e giusnaturalismo*. Trad. de FEBBRAJO, A.. Itália: A. Pessina, 1961, p. 142.

¹⁹ Cf. FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *Filosofia Jurídica Prática*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 61.

²⁰ Cf. GUASTINI. Das fontes..., p. 116. *Na síntese de Del Vecchio, direito natural "é o critério absoluto do justo"* (Lições de Filosofia do Direito. Trad. de BRANDÃO, António José. 5ª ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979, p. 334).

²¹ Cf. DONOVAN, James M. *Legal anthropology: an introduction*. U.S.A.: Rowman & Littlefield, 2008, p. 30.

²² Cf. CONKLIN, William E. *The Invisible Origins of Legal Positivism. A Re-Reading of a Tradition*. Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 2001, p. 34.

²³ Cf. VERDROSS e SIMMA. *Universelles Völkerrecht...*, p. 332.

²⁴ Cf. VERDROSS e SIMMA. *Universelles Völkerrecht...*, p. 328.

do direito natural,²⁵ embora não sejam poucos os que defendam a possibilidade de o próprio direito natural evoluir. O argumento decisivo, em verdade, é a necessidade, já referida, de o caráter imperativo das normas ser reconhecido pela comunidade internacional. Esse reconhecimento, por sua vez, exige que o *jus cogens* decorra de uma fonte do direito internacional.²⁶

A partir daí, surge um segundo complicador, que diz respeito à essência propriamente dita do *jus cogens*. Em outras palavras: que normas devem ser consideradas imperativas independentemente da aquiescência de cada sujeito de direito internacional? Em torno dessa temática, como observou Eduardo Correia Baptista,²⁷ existem basicamente duas construções teóricas. A primeira dessas construções, denominada de *subjektiva*, exige a verificação da aceitabilidade da norma pela grande maioria dos Estados com interesse na temática e a posterior constatação de que reconheceram o seu caráter *jus cogentis*. Esse *modus operandi*, que encampa o critério do duplo reconhecimento, afasta a exigência de qualquer característica intrínseca da norma, bastando seja aferida a vontade dos Estados. A teoria objetiva, por sua vez, conquanto reconheça que o *jus cogens* decorra da prática dos Estados, entende que suas normas possuem características próprias, com especial ênfase para a espécie de interesse tutelado, o que confere maior certeza a respeito de sua existência e de sua essência.

A análise do art. 53 do Tratado de Viena permite concluir que ao *jus cogens* foram atribuídos contornos eminentemente subjetivos, já que deve existir o seu reconhecimento pelos Estados.. Essa conclusão, aliás, não é afetada pelo fato de a norma *jus cogentis* somente poder ser modificada por outra da “*mesma natureza*”. Afinal, a preocupação, aqui, não é com a essência da norma, mas tão somente com o seu processo de surgimento. Apesar disso, não se pode atrair para o *jus cogens* um voluntarismo que não parece se ajustar aos seus objetivos. O reconhecimento exigido não é necessariamente expresso, mas, sim, implícito e presumido. Decorre da constante preocupação da comunidade internacional com a preservação de certos interesses,²⁸ o que termina por atribuir um colorido objetivo ao *jus cogens*, que tende a receber grandes influxos do direito costumeiro.

No caso do direito convencional, também é possível que sua adoção por um grande número de Estados termine por torná-lo imperativo igualmente para aqueles que não o subscreveram. Um exemplo bem característico dessa última hipótese, tal qual referimos na obra *Proteção Internacional dos Direitos Humanos – Breves Reflexões*

²⁵ Vattel, por exemplo, ressaltava a imutabilidade do direito das gentes necessário, isso por refletir a aplicação do direito natural, tido como imutável, às relações entre Estados (*Le Droit des Gens...*, p. 85-86).

²⁶ Nesse sentido: BAPTISTA. *Jus Cogens...*, p. 268.

²⁷ *Jus cogens...*, p. 269.

²⁸ Verdross e Simma lembram o caso *Barcelona Traction* (ICJ Reports, 1970, p. 32), em que o Tribunal Internacional de Justiça distinguiu as obrigações de um Estado em relação à comunidade internacional como um todo e aquelas que somente alcançam outro Estado. A primeira diz respeito a todos os Estados, de modo que todos, em vista da importância dos direitos envolvidos, todos têm um interesse legal na sua proteção. Portanto, são obrigações *erga omnes* (*Universelles Völkerrecht...*, p. 331).

sobre os Sistemas Convencional e Não Convencional,²⁹ é encontrado nas Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949³⁰, que estabelecem a inviolabilidade de direitos humanos fundamentais no caso de conflito armado e a correlata obrigação jurídica dos Estados em respeitá-los.³¹

Apesar de o art. 53 da Convenção de Viena não indicar que normas integram o *jus cogens*, o que é plenamente justificável em razão da sua potencial mutabilidade, é factível a influência exercida pelos arts. 1º e 2º da Carta da Organização das Nações Unidas, que enuncia os objetivos e os princípios que direcionam essa organização internacional de cooperação de caráter universal. É importante ressaltar que a não enumeração das normas de *jus cogens* no referido preceito também foi influenciada pela resistência que alguns países ocidentais, como a França, que sequer ratificou a Convenção, opõem ao conceito.³²

Têm sido potencialmente reconhecidos como integrantes do *jus cogens*, o direito à autodeterminação de cada povo, a proibição de uso agressivo da força, o direito de legítima defesa, a proibição de genocídio, a proibição da tortura, os crimes contra a humanidade, a proibição de escravidão, a proibição de pirataria, a proibição de discriminação racial e a proibição de hostilidades direcionadas à população civil.³³ Esse rol, como se percebe, confere preeminência à proteção dos direitos humanos, o que certamente reflete uma mudança de paradigma em relação aos primórdios do direito internacional público. O Tribunal Internacional de Justiça, a partir da década de noventa do século passado, fez referência, em inúmeras ocasiões (v.g.: ao posicionar-se contra a tortura e o genocídio), aos princípios intransgressíveis do direito internacional costumeiro e, de maneira mais explícita, ao próprio *jus cogens*. O mesmo tem ocorrido em relação à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

²⁹ 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 41-42.

³⁰ São quatro as Convenções de Genebra voltadas à salvaguarda dos direitos humanos no caso de conflito armado, todas celebradas em 12 de agosto de 1949, entrando em vigor em 21 de outubro de 1950. São elas: 1ª) a Convenção para remediar os riscos a que estão sujeitos os feridos e os doentes das forças armadas em campanha; 2ª) a Convenção para remediar os riscos a que estão sujeitos os feridos e os doentes das forças armadas no mar; 3ª) a Convenção relativa ao tratamento dos prisioneiros de guerra; e 4ª) a Convenção relativa à proteção das pessoas civis em tempo de guerra. Existem dois protocolos adicionais às Convenções de Genebra: Protocolo I – Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949, Relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais; e Protocolo II – Protocolo Adicional às Convenções de Genebra, Relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados sem Caráter Internacional, ambos aprovados em 8 de Junho de 1977, entrando em vigor internacional em 7 de dezembro de 1978.

³¹ As Convenções veiculam um extenso rol de direitos que devem ser necessariamente observados pelos Estados. Dentre os valores fundamentais, deve-se mencionar que o art. 12 das duas primeiras Convenções, além de garantir o direito à vida e proibir a tortura, dispõe que os doentes e feridos devem ser tratados com humanidade, “sem distinção alguma de índole desfavorável baseada em sexo, raça, nacionalidade, religião, opiniões políticas ou em qualquer outro critério análogo”. Essas obrigações são repetidas no art. 13 da quarta Convenção, destinada à proteção dos civis, enquanto o art. 13 da terceira Convenção assegura um tratamento humano aos prisioneiros de guerra, resguarda a sua integridade psíquica e veda a sua submissão a mutilações ou a experiências médicas e científicas.

³² Cf. WET, Erika de. *Jus cogens and obligations erga omne.*, in: SHELTON, Dinah (Org.). *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 541 (542).

³³ Cf. *United Nations International Law Commission (ILC), Official Records of the General Assembly*, 5ª e 6ª sessões, 2003, UN Doc A/56/10, p. 283-284.

3. Efeitos Práticos do *Jus Cogens* na Proteção Internacional dos Direitos Humanos

A sedimentação dos direitos humanos, em especial após o segundo pós-guerra, importou no inexorável redimensionamento dos fins de qualquer estrutura de poder, interna ou externa, unitária ou colegiada. O ser humano, enquanto fim, não meio a serviço do poder, passou a ocupar uma posição de destaque no plano fático-normativo, tanto em relação ao direito interno como ao internacional. Essa constatação certamente explica o porquê de as principais normas de natureza *jus cogens* dizerem respeito à proteção dos direitos humanos.

Ao imporem obrigações *erga omnes*, as normas *jus cogens* inserem no plano da ilicitude a conduta dos Estados que venham a violá-los. Na medida em que a sedimentação dos direitos humanos parece ser uma diretriz indissociável do direito internacional público contemporâneo, é evidente que o grande número de tratados internacionais afetos a essa temática dá origem ao delineamento de um largo alicerce consuetudinário, o que, em rigor lógico, terminaria por atribuir natureza *jus cogens* à maior parte das normas afetas aos direitos humanos. Apesar da coerência dessa afirmação, o que se nota é que os mecanismos de controle existentes no plano internacional produzem efeitos diversos conforme estejamos perante violações isoladas ou perante violações massivas ao *jus cogens*.

Os mecanismos de controle existentes, como se sabe, estão situados nos planos convencional e não convencional.

No plano convencional, os Estados-partes firmam convenções que reconhecem a existência e a necessidade de proteção dos direitos humanos e, paralelamente, instituem mecanismos do controle externo para as ações do Estado. Esses mecanismos podem apresentar natureza e funcionalidade bem diversificadas, podendo consistir na mera apresentação de relatórios regulares a respeito das políticas públicas adotadas em certas áreas temáticas ou, no extremo oposto, consistir no reconhecimento da competência de um órgão supranacional que vai avaliar a conduta do Estado e, eventualmente, impor-lhe as sanções previstas na respectiva Convenção. Cada passo dado na implementação dessa sistemática de proteção encontra-se calçada em padrões consensuais. Essa sistemática pode vir a ser aplicada às violações pontuais aos direitos humanos, o que significa dizer que casos individuais serão objeto de ampla sindicância pelos órgãos competentes, ou restringir-se a análises mais amplas, de modo que somente violações massivas serão objeto de algum tipo de análise.

Os mecanismos convencionais de proteção têm tido grande desenvolvimento no âmbito regional, com especial realce para o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Os atos de direito internacional que os instituíram, ora preveem a possibilidade de acesso por parte de indivíduos, o que importa no reconhecimento de sua capacidade jurídica internacional, ou organizações não governamentais, ora restringem esse acesso aos Estados-partes ou a um órgão integrado à organização internacional que alberga os mecanismos de controle. No continente europeu, desde o Protocolo nº 11, a Convenção Europeia dos Direitos

Humanos tem admitido o acesso do indivíduo ou de organização de que faça parte, ao respectivo Tribunal. No continente americano, a Convenção Americana dos Direitos Humanos exige que as notícias de ilícitos sejam inicialmente encaminhadas à Comissão e, se for o caso, desta para a Corte.³⁴

No plano não-convencional, os Estados e os agentes que o representam, podem vir a ser responsabilizados por violações massivas aos direitos humanos. Essa responsabilização pode vir a ocorrer independentemente do prévio reconhecimento dessa possibilidade em algum ato de direito internacional. Nesse caso, as medidas isoladas, passíveis de serem adotadas por outros Estados, somente podem importar no uso da força em situações excepcionais (v.g.: na hipótese de legítima defesa), medida que permanece restrita às organizações internacionais, entes que personificam a sociedade internacional institucionalizada, com especial ênfase para o papel desempenhado pelas Nações Unidas.³⁵

Os mecanismos não convencionais costumam ser reservados às violações massivas aos direitos humanos, não às afrontas pontuais aos direitos individuais. Nesse particular, caso a Organização das Nações Unidas considere tais violações verdadeiras ameaças à paz e à segurança internacionais, poderá determinar a aplicação das medidas coercitivas prevista no Capítulo VII, da Carta das Nações Unidas, o que, em situações extremas, pode redundar no uso da força, ou, mesmo, determinar a constituição de Tribunais *ad hoc*, como fez em relação aos conflitos armados da antiga Iugoslávia e do Ruanda.³⁶

Epílogo

O paulatino reconhecimento da posição de primazia atribuída ao ser humano em suas relações com as estruturas estatais de poder torna inevitável o surgimento de uma base de valores de contornos cosmopolitas. Ainda que o pluralismo cultural impeça seja reconhecida a total hegemonia de certos valores em detrimento de outros, é negável que a humanidade, na atual quadra de sua evolução histórica, não mais se ajusta às construções teórico-pragmáticas que viam no ser humano não um fim, mas meio a serviço do Estado.

O *jus cogens* nada mais é que uma realidade jurídica com fortes influxos axiológicos. Além das dúvidas que cercam a sua essência, o questionamento de como preservá-lo ainda está longe de receber respostas unívocas. De qualquer modo, a celebração de convenções internacionais que apregoam o caráter absoluto de certos direitos, como a vedação à tortura, e a instituição de tribunais internacionais com o objeto de julgar agentes de Estados que sequer reconheceram a sua jurisdição são mais que sintomáticos em relação à sua existência e importância.

³⁴ Cf. GARCIA. *Proteção Internacional...*, p. 85-95.

³⁵ Cf. CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Soberania de los Estados y derechos humanos em derecho internacional contemporâneo*. 2ª ed. Madrid: Tecnos, 2001, p. 165.

³⁶ Cf. GARCIA. *Proteção Internacional...*, p. 109 e ss.

Referências Bibliográficas

ALEXANDER, Lary; SHERWIN, Emily. *The rule of rules: morality, rules, and the dilemmas of Law*. U.S.A.: Duke University Press, 2001.

BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius cogens em Direito Internacional*. Lisboa: Lex, 1997.

BENDITT, Theodore M. *Law as rule and principle: problems of legal philosophy*. California: Standord University Press, 1978.

BODIN, Jean. *On sovereignty*. Six Books of the Commonwealth. Trad. de TOOLEY, M. G. USA: Seven Treasures Publications, 2009, p. 215 (1ª ed. de 1576).

BONSEAN, Georges. *Explication des Institutes de Justinien, Tome Premier*. Paris: A. Durand et Pedone-Lauriel Éditeurs, 1878.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Soberania de los Estados y derechos humanos em derecho internacional contemporâneo*. 2ª ed. Madrid: Tecnos, 2001.

CONKLIN, William E. *The Invisible Origins of Legal Positivism*. A Re-Reading of a Tradition. Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 2001.

CHRISTODOULIDS, Emilios. Elliding the Particular: A Comment on Neil McCormick's Particulars and Universal's. in: BANKOWSKI, Zenon ; MACLEAN, James (Org.). *The Universal and the Particular in Legal Reasoning*. Hampshire: Ashgate Publishing Company, 2006, p. 97-114.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Filosofia Jurídica Prática*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

DONOVAN, James M. *Legal anthropology: an introduction*. U.S.A.: Rowman & Littlefield, 2008.

GARCIA, Emerson. *Interpretação Constitucional*. A Resolução das Conflitualidades Intrínsecas da Norma Constitucional. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

_____. *Proteção Internacional dos Direitos Humanos*. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

GROTIUS, Hugo. *De Jure Praedae Commentarius*, vol. I. Trad. de WILLIAMS, Gwladys L. in: *The Classics of International Law*, nº 22. Oxford: Clarendon Press, 1950.

GUASTINI, Ricardo. *Das Fontes às Normas (Dalle Fonti alle Norme)*. Trad. de BINI, Edson. São Paulo: Quatier Latin, 2005.

HABERMAS, Jurgen. *Entre Naturalismo e Religião*. Estudos Filosóficos (*Zwischen Naturalismus und Religion*. Philosophische Aufsätze). Trad. de SIEBENEICHLER, Flávio Beno. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

ROSS, Alf. *Il concetto di validità e il conflitto tra positivismo giuridico e giusnaturalismo*. Trad. de FEBBRAJO, A. Itália: A. Pessina, 1961.

SIEYÈS, Abade. *Qu'est-ce que Le Tiers-État*. 3ª ed. A. Versailles: D. Pierres, 1789.

SOTO, Domingo de. *Tratado de la Justicia y del Derecho*, Tomo II, Trad. de RIPOLL, Jaime Torrubiano. Madrid: Reus, 1926.

VATTEL. *Le Droit des gens ou Principes de la Loi Naturelle*, Tome I, atualizada por PRADIER-FODÉRÉ, M. P. Paris: Guillaumin et Cie, 1863 (1ª ed. de 1758).

VECCHIO, Giorgio del. *Lições de Filosofia do Direito*. Trad. de BRANDÃO, António José. 5ª ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

VERDROSS, Alfred; SIMMA, Bruno. *Universelles Völkerrecht*. Theorie und Praxis. 3ª ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1984.

VITORIA, Francisco de. De la potestade civil. in: *Obras de Francisco de Vitoria, Relecciones Teológicas*. Madrid: Teófilo Urdanoz, 1960.

WET, Erika de. Jus cogens and obligations erga omnes. in: SHELTON, Dinah (Org.). *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 541-561.

Internet, Pornografia e Infância: a Criminalização da Posse de Pornografia Infantil

Felipe Soares Tavares Morais*

Sumário

1. Introdução. 2. A Internet como (Nova) Fronteira da Informação: o Mundo em Transformação. 3. A Convenção sobre o Cibercrime. 4. O Alcance do Termo Pornografia Infantil. 5. O Enquadramento do Crime de Posse de Pornografia Infantil no Brasil e em Portugal. 6. As Críticas Formuladas à Incriminação da Mera Posse de Material Pornográfico Infantil: Legitimidade da Incriminação ou Criminalização Ilegítima? 7. Conclusão. Bibliografia.

Resumo

Este trabalho analisa a recente criminalização da detenção de material pornográfico infantil no Brasil e em Portugal. Tenciona-se realizar uma abordagem a partir do fenômeno social que deflagrou a reação incriminadora da detenção de material pornográfico infantil em nível mundial, qual seja, a internet. Analisamos os tratados internacionais a respeito do tema e seus reflexos nas leis portuguesa e brasileira. Igualmente, dissertamos sobre os argumentos contrários e favoráveis a essa nova criminalização. Apesar de criticarmos a extensão do conceito de pornografia infantil adotado pelas normas internacionais, concluímos que os argumentos que justificam a criminalização da posse de pornografia infantil parecem ser suficientemente fortes para legitimar a intervenção do Direito Penal.

Abstract

This paper analyses the recent criminalization of child pornography possession in Brazil and Portugal. It is intended to make an approach from the social phenomenon that has triggered a worldwide reaction of criminalizing the possession of child pornography, namely the internet. We analyse the international treaties on this subject and its consequences in the Portuguese and Brazilian laws. Similarly, we discuss the arguments in favour and against this new crime. Despite critics of the extent at which child pornography concept has been adopted by international treaties, we concluded that the arguments justifying child pornography possession criminalization seems to be strong enough to justify the intervention of criminal law.

* Mestrando em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Palavras-chave: Criminalização. Pornografia Infantil. Posse. Portugal. Brasil.

Keywords: *Criminalization. Child Pornography. Possession. Portugal. Brazil.*

1. Introdução

No vasto campo de estudo que hoje se apresenta à Criminologia, tem lugar a análise dos instrumentos de controle penal eleitos pelo legislador e a indagação acerca de sua correção, considerando os efeitos positivos e negativos das reações legislativas¹. É nesse nicho que se encontra o estudo dos movimentos de descriminalização e de neocriminalização.

Na descriminalização, busca-se o combate aos defensores da “lei e da ordem”, a partir da premissa de que só assumem dignidade penal as condutas que lesem bens jurídicos ou que sejam socialmente danosas², de forma a permitir a revogação de crimes que não atendam a esses pressupostos. De outro lado, se é verdade que em algumas áreas presenciamos uma perniciosa hipertrofia do Direito Penal – justificadora dos movimentos descriminalizadores – não é menos verdadeira a constante mutação da sociedade, a qual pode legitimar um processo de neocriminalização, caso sejam identificadas consequências graves e contra as quais só o Direito Penal detenha eficácia³.

Entre as linhas de orientação das novas incriminações estão os tipos penais da área da violência doméstica, as intervenções médicas violadoras da ética da medicina, a discriminação racial e sexual, as novas formas de crimes informáticos e a pornografia infantil⁴.

Assim, o presente estudo, cujo tema central é a recente criminalização da detenção de material pornográfico infantil no Brasil e em Portugal, situa-se dentro da análise dos movimentos neocriminalizadores do Direito Penal. Inicialmente, cumpre-nos esclarecer que nossa investigação será circunscrita à detenção de material pornográfico infantil no qual se retratem crianças (ou adolescentes) reais, não sendo nosso objeto de estudo a criminalização da conduta de produzir ou armazenar a chamada pornografia infantil *virtual* ou *pseudopornografia* infantil (na qual são utilizados, por exemplo, efeitos gráficos ou pessoas maiores travestidas de infantes). Igualmente, como em nossa investigação percebemos certo consenso quanto à incriminação da posse de pedopornografia para fins especiais, como o comércio ou a difusão, cingiremos nossa análise à incriminação da mera posse de material pedopornográfico desvinculada de qualquer fim, pois aqui se apresenta enorme controvérsia.

Como não poderia deixar de ser, no primeiro capítulo descreveremos o fenômeno que fez emergir a relevância do combate à pedopornografia, qual seja a massificação

¹ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. reimp. Coimbra: Coimbra, 2013, p.83.

² DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Op. cit.*, p. 405 e ss.

³ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Op. cit.*, p.441.

⁴ PALMA, Maria Fernanda. Conceito Material de Crime e Reforma Penal. *Anatomia do Crime*. Lisboa, nº 0, jul./dez. 2014, p.12-13.

da *internet*. Inegavelmente, a grande rede vem causando enormes transformações sociais e, entre elas, estão as novas oportunidades de criminalidade, como a produção, a difusão e o acesso à pornografia infantil. Em complemento, o segundo capítulo tem como objeto a primeira grande reação na comunidade internacional relativa ao combate da pornografia infantil, nomeadamente a Convenção do Cibercrime.

No capítulo 3, realizaremos uma análise do alcance da expressão pornografia infantil, que, nos termos em que foi proposto pelos tratados internacionais e, internalizado por Portugal e Brasil, pareceu-nos demasiadamente amplo. Já no quarto capítulo, exporemos o enquadramento da conduta de armazenamento de pedopornografia nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro.

Por fim, no quinto e último capítulo, enfrentaremos as críticas e as justificativas a este novo tipo penal, que podem legitimar ou não a reação legislativa.

Não pretendemos, por óbvio, esgotar o estudo da matéria, mas apenas contribuir para uma análise mais racional de um fenômeno social que, para nós, demanda a intervenção penal.

2. A Internet como (Nova) Fronteira da Informação: o Mundo em Transformação

Não descreveríamos nenhuma novidade se afirmássemos que a *world wide web*, a *web* ou a *internet* – termo mais comum – revolucionou as tecnologias de informação durante o século XX e continua a assim fazer nos dias atuais.

Como é sabido, o uso da *internet* levou a novas formas de acesso à informação, novas formas de educação, novas formas de relacionamento interpessoal, novas formas de correspondência, novas oportunidades de negócio⁵, novas formas de prestação de serviço público, enfim, alterou a vida humana em praticamente todos os seus aspectos⁶.

Todavia, não estamos certos se no ano de 2015 ainda nos encontramos autorizados a afirmar que a *internet* é uma nova fronteira de informação e comunicação, apesar de inegavelmente ser a mais recente ferramenta para tais desideratos. Isso, porque nos dias atuais já é possível se deparar, por exemplo, com jovens de 20 anos de idade, que conviveram com a *internet* desde o início de sua adolescência, ou seja, por praticamente toda sua vida. E não é só: os meios informáticos que antes eram grandes,

⁵ Sobre o impacto da internet nas relações comerciais, veja: JORGENSEN, Dale W; VU, Khuong M.. Tecnologias de informação e a economia mundial. In: MANUEL CASTELLS; CARDOSO, Gustavo (Org). *A sociedade em rede: do conhecimento à política*. Conferência Promovida pelo Presidente da República. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2005, p. 65-78.

⁶ Como bem já se afirmou: “*The internet is revolutionizing nearly every aspect of life from commerce to education, delivery of medical care to government services, and mass media communication to personal interaction among family and friends*” (GREGG, Donna Coleman. The internet and the press. In: *Direito da Sociedade da Informação e do Direito de Autor*. vol. X, Coimbra, 2010, p. 9-20). Também indicando os ramos da vida influenciados pelas novas formas de tecnologia da informação, RUEDA MARTÍN cita o comércio eletrônico (*e-commerce*), o serviço bancário (*home-banking*), a gestão eletrônica das empresas (*e-management*) e já mais recentemente a gestão doméstica, chamada por alguns de “domótica” (RUEDA MARTÍN, M^a Angeles. La relevância penal del consentimiento del menor de edad em relación com los delitos contra la intimidad y la própria imagen. *InDret: revista para el análisis del derecho*, Barcelona, nº 4, 2013, p. 3).

caros e disponíveis a um número restrito de usuários, foram gradualmente substituídos por computadores menores, menos caros e hoje até mesmo com telefones móveis (os chamados *smartphones*) ou *tablets*, acessa-se rapidamente a grande rede.

Nessa toada, vemos que já existe quase toda uma geração de pessoas que conviveu desde o início da vida com a *internet* em sua versão popularizada, com menor custo e maior eficiência, o que pode nos impedir de rotular a *internet* como uma nova fronteira da informação. Ao revés, pode-se dizer que a *sociedade em rede* não é a sociedade emergente da Era da Informação ou da Era Digital, pois ela já configura há algum tempo o núcleo de nossas sociedades⁷. Ou seja, a *internet* não é mais uma novidade, mas uma realidade na vida em sociedade.

Não obstante, percebe-se que o desenvolvimento da *internet* não se encontra estacionado, mas em contínuo movimento, sempre tendente a alterar nossas rotinas e hábitos, o fazendo, por vezes, de forma abissal⁸. Talvez seja essa própria característica de perene inovação, a razão da *internet* continuar a ser vista por muitos como uma novidade. Veja-se, por exemplo, as novas formas de pagamento⁹ que a rede mundial de computadores nos trouxe: hoje é possível lançar mão de *dinheiro eletrônico* (como, por exemplo, o *Bitcoin*) para realizar compras em estabelecimentos *físicos* através de um aparelho de telefonia móvel. E o que falar das comunicações por mensagens de texto, fotos e vídeos, que podem ocorrer em qualquer local, desde que os interlocutores detenham um aparelho de telefonia celular (ou um *tablet*) conectado à *internet*? Efetivamente, quando todos (ou muitos) achavam que a última moda das comunicações interpessoais eram as chamadas redes sociais, como *facebook*, *instagram* e *twitter*, eis que surgem ferramentas como o *whatsapp* e o *messenger*. Estes programas (ou aplicativos, como preferem alguns) permitem a emissão e recepção gratuita de mensagens através de dispositivos móveis com acesso à *internet*, inclusive com o envio de imagens e vídeos. Inegavelmente, essa rapidez quase instantânea de se comunicar vem alterando gradualmente a forma de nos relacionarmos com familiares, amigos e demais atores sociais.

Como se vê, quando o tema é *internet*, a única certeza é a de que não sabemos qual aspecto de nossas vidas será o próximo a mudar, qual facilidade nos será disponibilizada pelo fantástico universo digital.

Entretanto, malgrado se reconhecer que as inovações trazidas pela *internet* são em grande maioria positivas¹⁰, temos que atentar para as consequências negativas

⁷ MANUEL CASTELLS. A sociedade em rede: do conhecimento à política. In: _____. CARDOSO, Gustavo (Org). *A sociedade em rede: do conhecimento à política*. Conferência Promovida pelo Presidente da República. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2005, p.19. Para CASTELLS, a *internet* é o “tecido de nossas vidas”.

⁸ MARQUES, José Augusto Sacadura Garcia. Internet e privacidade. In: *Direito da Sociedade da Informação* (Org. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Associação Portuguesa do Direito Intelectual), vol. V, Coimbra, 2004, p. 35.

⁹ ROCHA, Maria Victória. Novos meios de pagamento no comércio eletrônico (e-commerce). In: *Direito da Sociedade da Informação* (Org. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Associação Portuguesa do Direito Intelectual), vol. V, Coimbra, 2004, p.203-214.

¹⁰ O debate entre os efeitos positivos e negativos do desenvolvimento tecnológico, notadamente da *internet* tem despertado imenso debate. Vejamos, por exemplo, o que já escreveu CASTELLS sobre o tema:

que também afetam a vida social. Efetivamente, não há como negar que a *internet*, em razão de sua escala global, constitui um instrumento tecnológico e social gerador de riscos para a vida privada – e para as liberdades públicas – das pessoas que navegam na rede ou cujos dados lá se encontrem¹¹. Como exemplo do mau uso da rede mundial de computadores, é possível citar o recentíssimo caso envolvendo a empresa japonesa SONY, que foi constrangida a adiar a estreia de uma produção cinematográfica diante da ameaça de invasão de seus sistemas por *hackers*, em clara violação da livre manifestação de pensamento e, por óbvio, das negociações comerciais dela decorrentes¹².

Entre as consequências negativas da *internet* se situa o surgimento de novas formas de criminalidade, problema este que especialmente nos atormenta na elaboração do presente trabalho e talvez seja realmente a pior face da grande rede.

Anote-se que a expressão *novas formas de criminalidade* não engloba apenas os delitos exclusivamente praticados através da *internet*, também incluindo os crimes tradicionais, cujo alcance foi potencializado pela enorme capilaridade atingida pelo meio digital e, em alguns casos, pela desnecessidade de presença direta de autor e vítimas¹³.

De fato, a *internet* tornou-se um meio extremamente eficiente para devassas na vida privada, possibilitando a recolha e disseminação de elementos para atingir criminosamente a honra e a imagem alheias. Aliás, diante do notório potencial de difusão da *internet*, torna-se até ocioso dissertar sobre a maior potencialidade de uma difamação praticada em meio digital.

Mas não apenas a honra e a imagem alheias podem ser atingidas pelo uso da *web*. Há tempos já assistimos a proliferação em massa de *sites* especializados em disponibilizar, de forma gratuita, programas de televisão, filmes, livros e tudo mais que o intelecto possa produzir, em frontal violação ao direito dos respectivos

“Os intelectuais tradicionais, cada vez mais incapazes de compreender o mundo em que vivem, e aqueles que estão minados no seu papel público, são particularmente críticos à chegada de um novo ambiente tecnológico, sem na verdade conhecerem muito sobre os processos acerca dos quais elabora discursos. No seu ponto de vista, as novas tecnologias destroem empregos, a internet isola, nós sofremos de excesso de informação, a info-exclusão aumenta a exclusão social, o big brother aumenta sua vigilância graças a tecnologias digitais mais potentes, o desenvolvimento tecnológico é controlado pelos militares, o tempo de nossas vidas é persistentemente acelerado pela tecnologia, a biotecnologia leva à clonagem humana e aos maiores desastres ambientais, os países do Terceiro Mundo não precisam de tecnologia, mas da satisfação das suas necessidades humanas, as crianças são cada vez mais ignorantes porque estão sempre a conversar e a trocar mensagens em vez de lerem livros (...) Estamos alienados pela tecnologia. Ou então, nós podemos reverter tudo o que eu acabei de escrever exatamente para o seu sentido oposto, e entraremos no paraíso da realização e da criatividade plena do ser humano, induzidas pelas maravilhas da tecnologia, na versão espelho da mesma mitologia (...)” (MANUEL CASTELLS. *Op. cit.*, p.19-20).

¹¹ MARQUES, José Augusto Sacadura Garcia. *Op. cit.*, p. 23.

¹² O filme em questão se chamava “*The Interview*” (A Entrevista) e retratava uma comédia em que o líder e ditador norte coreano era satirizado. Em reação ao lançamento do filme, a SONY teve seus computadores invadidos por *hackers* (grupo autointitulado “*Os Guardiões da Paz*”, GOP em inglês), que ameaçaram divulgar dados pessoais (inclusive financeiros e previdenciários) de seus funcionários, além de outros dados sigilosos da companhia. As ameaças acabaram por fazer grandes conglomerados de exibição cinematográfica desistir de exibir o filme em suas salas, com graves consequências econômicas para os produtores. Fonte: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2014/12/141220_entenda_coreia_norte_lgb> (consultado em 24/02/2015).

¹³ MATA y MARTIN, Ricardo M.. Criminalidad Informática: una introducción al cibercrimen. In: RUIZ MIGUEL, Carlos et al. *Temas de Derecho da Informática e da Internet*. Coimbra: Coimbra, 2004, p.202.

autores e produtores. Nos dias atuais, são os próprios consumidores da chamada “pirataria eletrônica” que auxiliam a disseminar o material protegido pela lei, através de programas como o *utorrent*, por exemplo.

Outra hipótese é a utilização da *internet* contra a segurança nacional dos diversos países, já existindo estudos que demonstram a possibilidade de cometimento de crimes de guerra através do meio digital¹⁴.

Igualmente, a rede mundial de computadores se tornou plataforma para a realização de crimes sexuais ou de conotação sexual, principalmente no que concerne a vítimas com personalidade em formação, como crianças e adolescentes. A propósito, infelizmente a *internet* é o terreno quase perfeito à prática de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual de menores, que são constrangidos a praticar atos libidinosos através da *web*, após ser alvo de um processo conhecido como *grooming* (sedução) sexual.

Além do abuso direto de crianças e adolescentes – e possivelmente como consequência disso – a *internet* tem sido palco de um verdadeiro balcão de pornografia infantil¹⁵, que funciona pela disponibilização de material pornográfico em *sites* e *blogs*, além de salas de bate-papo (*chats*), troca de *e-mails* ou mesmo de mensagens eletrônicas em aparelhos telefônicos.

As razões apontadas como molas propulsoras da propagação da pornografia infantil através da *internet* são as maiores dificuldades de identificação dos produtores e difusores deste material, associadas à extrema facilidade de acesso dos consumidores¹⁶. Em língua inglesa, há quem fale em uma engrenagem tríplice (*triple A engine*): *anonymity* (anonimato), *availability* (disponibilidade), e *affordability* (acessibilidade econômica)¹⁷.

A título ilustrativo, podemos citar os dados do projeto *Safe Childhood*¹⁸, instituído pelo Departamento de Justiça estadunidense, os quais apontavam que no ano de 2011 eram a postadas semanalmente na *web* mais de vinte mil imagens ou vídeos de material pornográfico infantil¹⁹. Esse cenário não parece se alterar em outros locais do globo, já que no ano de 2014 a organização civil SaferNet Brasil recebeu 51.553 denúncias de pornografia infantil *online*, envolvendo 22.789 URLs distintas, atribuídas a 54 países em 5 continentes (131 páginas em Portugal e 1492 páginas no Brasil)²⁰.

¹⁴ AMBOS, Kai. Responsabilidad penal em el ciberespacio. *InDret: revista para el análisis del derecho*, Barcelona, nº 2, 2015.

¹⁵ “The Internet is overwhelmingly a power for good. It provides cheap and easy access every moment of every day to a vast reservoir of information and entertainment and it is transforming the nature of commerce and government. However, with so many users world-wide accessing so many web sites, there is bound to some offensive, and even illegal, use of the Net. Pornography is a major element of the Internet. It comes in many forms and in large volume” (HERCZEG, Jiri. Actual problems of possession and viewing child pornography in: *internet*. JURA, Pécs [Hungria], nº 1, 2014, p.70).

¹⁶ ROJO GARCIA, Juan Carlos. La realidad de la pornografia infantil en internet. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, nº 9, 2002, p. 213-214.

¹⁷ HAMILTON, Melissa. The child pornography crusade and its net-widening effect. *Cardozo Law Review*, Nova Iorque, vol.33, nº 4, 2011/2012, p. 1681.

¹⁸ Vide: <<http://www.justice.gov/psc>>.

¹⁹ HENZEY, Michael J. Going on the offensive: a comprehensive overview of internet child pornography distribution and aggressive legal action. *Appalachian Journal of Law*, vol. 11, nº 1, 2011-2012, p. 2.

²⁰ Fonte: <<http://indicadores.safernet.org.br/index.html>>.

Nesse grave cenário, foi chamada a intervenção do Direito Penal, que aspira desempenhar uma função de relevo na proteção de direitos fundamentais, assegurando o exercício das liberdades através da proibição e punição de condutas que atentem contra os mais caros valores eleitos pela sociedade através da Constituição²¹.

Entre as providências tomadas, encontra-se a criminalização da conduta de adquirir, possuir e armazenar o material pornográfico infantil, que é o cerne desta pesquisa e que teve sua germinação na Convenção do Cibercrime.

3. A Convenção sobre o Cibercrime

Diante das especiais características indicadas no capítulo anterior, a criminalidade digital inaugurou uma série de discussões internacionais sobre o tema.

Os debates entre diversos países e organismos transnacionais não deixam de expressar o reconhecimento pela comunidade internacional da imprescindibilidade da cooperação entre os países para se alcançar o almejado enfrentamento dos crimes virtuais²². Foi nessa senda que emergiu a denominada Convenção do Cibercrime²³, elaborada por iniciativa do Conselho da Europa a cujo Documento se pode atribuir uma vocação universal, pois tem a pretensão de se dirigir a todos os países do planeta. Não à toa, o Conselho da Europa empreendeu esforços para que a Organização dos Estados Americanos (OEA) tentasse convencer seus Estados-membros a aderir à Convenção²⁴.

A Convenção do Cibercrime foi finalizada em Budapeste em 23 de novembro de 2011 e teve a assinatura de representantes de 41 países membros do Conselho da Europa, além de Estados Unidos, Canadá, Japão e África do Sul²⁵.

Da análise do Preâmbulo da Convenção, constata-se que o Conselho da Europa, consciente com as profundas mudanças provocadas pela digitalização, preocupou-se precipuamente: a) com risco de utilização das redes informáticas para a prática de crimes; b) com a necessidade de colaboração entre os Estados e a iniciativa privada no combate à cibercriminalidade; c) em garantir o equilíbrio entre os interesses da aplicação da lei e a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos.

Merece especial atenção a última preocupação citada no parágrafo anterior, na qual é possível enxergar anseios por uma racionalidade na atuação incriminadora e regulamentadora dos Estados, de forma a evitar que as leis proporcionem uma verdadeira “caça às bruxas” no mundo virtual. Certamente, a chamada do Direito Penal na intervenção das relações digitais deve sempre e sempre guardar a devida proporcionalidade, além de estar em sintonia com a subsidiariedade e fragmentariedade da ciência criminal²⁶.

²¹ PALMA, Maria Fernanda. *Op. cit.*, p.20-21.

²² VERDELHO, Pedro. *Cibercrime e segurança informática*. Polícia e Justiça, Lisboa, série III, nº 6, jul./dez. 2005, p. 162-163.

²³ Texto integral disponível em: <<http://gddc.pt/siii/im.asp?id=2083>>.

²⁴ VERDELHO, Pedro. *Op. cit.*, p. 163.

²⁵ <<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=185&CM=1&DF=9/2/2006&CL=ENG>>

²⁶ Como ensina ROXIN: “*El Derecho Penal sólo es incluso la última dentre todas as medidas protectoras que hay considerar, es decir que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del*

Nesse diapasão, apesar dos novos desafios da ciência criminal perante a criminalidade cibernética, parece oportuna a menção no Preâmbulo da Convenção sobre a necessidade de se respeitar os padrões que a ciência criminal vem construindo no curso da história.

Relativamente ao Direito Penal material, a Convenção do Cibercrime propôs a criação pelos países signatários de vários tipos penais, divididos em quatro grandes grupos: a) infrações contra a confidencialidade, integralidade e disponibilidade de sistemas informáticos e dados informáticos (artigos 2º ao 6º); b) infrações relacionadas com computadores (art. 7º e 8º); c) infrações relacionadas com o conteúdo (art. 9º); d) infrações relacionadas com a violação de direitos do autor e direitos conexos (art. 10º).

Como bem observa MATA y MARTIN²⁷, identifica-se claramente o cuidado dos signatários com a preservação da vida privada, das relações econômicas, do patrimônio e da dignidade sexual dos menores, sem descuidar das falsidades virtuais e da segurança no tráfego e armazenamento de dados.

Ainda no âmbito material, o Documento prevê a responsabilização das pessoas coletivas (pessoas jurídicas), muito embora não exija que tal se dê no âmbito criminal, deixando em aberto a possibilidade de punição apenas na seara cível ou administrativa (art. 12).

Na área processual penal, há dispositivos que implicam a adoção de melhores técnicas investigativas, modelos processuais eficazes e procedimentos para rápida conservação de dados informáticos registrados, além da busca e apreensão de dados informáticos e a interceptação de conteúdo em tempo real (artigos 14º/21º).

Apesar da importância de todas as questões abrangidas pela Convenção do Cibercrime, interessa-nos apenas a temática de seu art. 9º, qual seja a pornografia infantil, especialmente no que concerne à incriminação da conduta de adquirir, deter, possuir ou armazenar material pornográfico de menores.

Por oportuno, cumpre-se sublinhar que o mencionado art. 9º deu origem à Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho da Europa, posteriormente substituída (em dezembro de 2011) pela Directiva 2011/92/UE do Parlamento Europeu e do Conselho da Europa. De toda sorte, a Convenção do Cibercrime não se encontra sozinha quando ingressa na incriminação da pornografia infantil, pois, como se verá, a Assembléia Geral das Nações Unidas também interveio na matéria, através do Protocolo Facultativo da Convenção Sobre os Direitos da Criança.

problema — como lacción civil, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, las sanciones no penales, etc. Por ello se denomina a la pena como la ultima ratio de la política social y se define su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos. Em la medida em que el Derecho Penal sólo protege uma parte de los bienes jurídicos, e incluso ésa no siempre de modo general, sino frecuente (como el patrimonio) sólo frente a formas de ataque concretas, se habla también de la naturaleza fragmentaria del Derecho Penal” (ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*, tomo I. 2ª ed. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas, 2008, p. 65).

²⁷ MATA y MARTIN, Ricardo M. *Op. cit.*, p. 211.

4. O Alcance do Termo Pornografia Infantil

Como se percebe sem maior esforço, a densificação da expressão *pornografia infantil* passa antes pela conceituação dos termos pornografia e infantil, como se fará nas linhas seguintes.

O termo pornografia é tradicionalmente definido como a representação por meio gráfico (gravuras, imagens ou vídeos), sonoro ou escrito, cujo conteúdo seja destinado a causar excitação sexual²⁸. Igualmente, costuma-se diferenciar as representações pornográficas das representações eróticas e do nudismo artístico, porque nas primeiras não haveria qualquer valor estético, científico ou informativo, ao contrário do que ocorre nas demais²⁹.

Malgrado a existência de diferença entre representação pornográfica e erótica, veremos que quando se está diante da representação da sexualidade infantil, praticamente não se faz distinção entre pornografia, erotismo e nu artístico, sendo quase todas estas representações abarcadas no conceito de pornografia infantil. Em verdade, somente se admite a representação de infantes em situação de nudismo em caráter excepcional, para fins científicos, informativos ou genuinamente artísticos.

Com efeito, segundo o Protocolo Facultativo³⁰ da Convenção sobre os Direitos da Criança adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, considera-se pornografia infantil a representação, por qualquer meio, de uma criança no desempenho de atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou qualquer representação dos órgãos sexuais de uma criança para fins predominantemente sexuais (art.2º, c do Protocolo).

O termo criança, utilizado no aludido Protocolo da ONU, remete-nos ao conceito trazido no art. 1º do texto original da própria Convenção sobre os Direitos da Criança, que assim considera toda pessoa menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir-se a maioridade mais cedo³¹.

Definição similar de pornografia infantil, porém mais detalhada, encontra-se na Directiva 2011/92/UE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, que conceitua como criança toda pessoa menor de 18 anos³² e, no art. 2º, c, dispõe constituir pornografia infantil: “i) materiais que representem visualmente crianças envolvidas em comportamentos sexualmente explícitos, reais ou simulados, ou ii) representações dos órgãos sexuais de crianças para fins predominantemente sexuais, iii) materiais que representem visualmente uma pessoa que aparente ser

²⁸ ROJO GARCIA, Juan Carlos. *Op. cit.*, p. 216.

²⁹ Díez RIPOLLÉS, José Luis. *Exhibicionismo, pornografia y otras conductas sexuales provocadoras*. La frontera del Derecho Penal sexual. Barcelona: Bosch, 1982, p. 277-297.

³⁰ Em 25 de maio de 2000, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou o Protocolo Facultativo para a Convenção sobre os Direitos da Criança, que trata da venda de crianças, prostituição e pornografia infantis. Até o momento, 117 Estados assinaram-no e 132 ratificaram-no. As primeiras dez ratificações tornaram este Protocolo válido desde 18 de janeiro de 2002. Fonte: <http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10123.htm>.

³¹ Disponível em: <https://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf>.

³² “Artigo 2. Definições. Para efeitos da presente directiva, entende-se por: a) Criança, uma pessoa com menos de 18 anos de idade.”

uma criança envolvida num comportamento sexualmente explícito, real ou simulado, ou representações dos órgãos sexuais de uma pessoa que aparente ser uma criança, para fins predominantemente sexuais, ou iv) imagens realistas de crianças envolvidas em comportamentos sexualmente explícitos ou imagens realistas dos órgãos sexuais de crianças para fins predominantemente sexuais”.

A primeira conclusão a que se chega é que o termo *infantil* inclui, a princípio, qualquer pessoa com idade inferior a 18 anos. Entretanto, a opção de se caracterizar a pornografia infantil com pessoas em idades e formações físicas tão diferentes não é indene a críticas, mas as farei mais adiante.

Do exposto até o momento, à luz dos tratados internacionais se verifica que praticamente toda situação de nudez de pessoa menor de 18 anos caracterizará a pornografia infantil, pois a simulação de atividades sexuais e a mera representação dos órgãos sexuais infantis se inserem nesse conceito, salvo quando ficar claro o caráter informativo, científico ou artístico da representação. Exemplo de retratação artística seria a elaboração de esculturas ou pinturas em que menores de 18 anos aparecem despidos, bem como a descrição de abusos sexuais de menores em obras literárias, desde que no contexto de uma trama e o escrito não tenha, de forma global, uma conotação eminentemente sexual³³. Em contrapartida, configura-se como pornografia infantil a retratação de crianças (ainda que vestidas) em poses extremamente sensuais, com insinuações sexuais subliminares, bem como quando na posse de apetrechos eróticos³⁴. Há, então, um diminuto espaço (na verdade quase nenhum) para a existência de representação sexualizada de infantes.

Noutro giro, merece destaque a Convenção do Cibercrime quando considera que o material pornográfico infantil prescinde até mesmo de uma criança real na representação sexual produzida, transmitida ou armazenada. É o que vem sendo chamado de *pseudopornografia infantil*. Efetivamente, consoante se depreende da leitura do texto original e da Directiva 2011/92/EU, insere-se no conceito de pornografia infantil a utilização de qualquer pessoa (independentemente da idade) que visualmente aparente ser menor de 18 anos em representações sexuais, ou mesmo a utilização de imagens realistas de pessoa menor de 18 anos, o que incluiria o uso de animações, efeitos computacionais ou gráficos para representação de menores.

Apesar de reconhecer e destacar a posição assumida pela Convenção do Cibercrime no tocante à pseudopornografia infantil, já frisamos nas linhas introdutórias que o presente trabalho visa tão somente estudar o fenômeno da *pornografia real* de menores de 18 anos, na vertente da aquisição e detenção deste material. Nesse diapasão, eventual ausência de ofensividade ou lesividade na punição da produção, transmissão e armazenamento de vídeos, fotografias e animações envolvendo pessoas ou personagens com mera aparência infantil ultrapassam os limites desta pesquisa.

³³ DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Meneses da Silva. Notas substantivas sobre crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual. *Revista do Ministério Público*. Lisboa, nº 136, out./dez. 2013, p. 92.

³⁴ MAYER, Laura. Almacenamiento de pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de dieciocho años: un delito asistemático, ilegítimo e inútil. *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, vol. 9, nº 17, jul. 2014, p. 30-31.

Comentados os atos que materialmente caracterizam os atos pornográficos infantis, possível uma crítica à amplitude que lhes foi atribuída pelos tratados internacionais, que, quando não determinam, muito influenciam a produção legislativa nos países signatários.

Como visto, considera-se infantil o material pornográfico que envolva pessoa menor de 18 anos. Ou seja, para fins de pornografia infantil, estão em pé de igualdade, embora a desigualdade salte aos olhos, crianças de 2, 4 e 6 anos com adolescentes de 16 e 17 anos.

Entretanto, é cediço que do nascimento aos 18 anos há o natural desenvolvimento físico das pessoas (que alcançam em certo momento a puberdade) e que é, por sua vez, acompanhado por um desenvolvimento emocional. E ambos, desenvolvimento físico e emocional, conduzem, em conjunto, à maturidade sexual. Não é por outra razão que diversos ordenamentos jurídicos possuem previsão de idades inferiores aos 18 anos para aquisição da maioridade sexual³⁵, permitindo que o jovem emita licitamente seu consentimento para manter relações sexuais com maiores penalmente imputáveis.

Esse possível contraste entre a idade admitida pelo ordenamento jurídico para emissão do consentimento sexual e o limite etário eleito pela pornografia infantil gera uma situação inusitada, na qual o jovem poderia manter relações sexuais com um adulto, mas ninguém poderia registrar (por foto ou vídeo) o acontecimento, sob pena de produzir ou ter a posse de material pornográfico infantil.

A nosso sentir, essa limitação não faz qualquer sentido, sendo absolutamente descabido permitir-se a uma pessoa a prática de atos sexuais e impedi-la de autorizar a gravação do ato, que em si é lícito. Esta assertiva tem uma grande relevância, porque uma vez admitida a capacidade do adolescente em participar da produção da pornografia, a posse de tal material não deveria ser criminalizada³⁶. Faz até sentido a vedação da participação de pessoa que tenha atingido a maioridade sexual na produção de material pornográfico se assim ocorresse antes da maioridade penal e tiver sido levado a cabo mediante o recebimento de qualquer vantagem patrimonial. Nessa hipótese, na verdade, estaríamos diante de uma espécie de recurso à prostituição de menores ou até de lenocínio, ou seja, haveria uma corrupção da vontade que de forma alguma poderia ser tolerada³⁷.

Nesse ritmo argumentativo, criticáveis as posturas brasileira e portuguesa, que criminalizaram toda posse de material pornográfico de pessoas menores de 18 anos, já que os respectivos ordenamentos jurídicos possuem uma idade inferior de maioridade sexual³⁸.

³⁵ Segundo a Directiva 2011/92/UE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, maturidade sexual é a "idade abaixo da qual é proibida, segundo a legislação nacional, a prática de actos sexuais com crianças".

³⁶ Veja que frisamos que a posse não deveria ser criminalizada, o mesmo não se podendo dizer da distribuição deste material, que pode ocasionar males gravíssimos ao adolescente, mesmo que a produção do conteúdo tenha o seu consentimento ou tenha sido autoproduzido.

³⁷ LEITE, Inês Ferreira. A tutela penal da liberdade sexual. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra, nº 1, ano 21, jan./mar. 2011, p. 55.

³⁸ Segundo se depreende do artigo 171º do Código Penal Português se considera criança toda pessoa menor de 14 anos. No Brasil, por sua vez, considera-se criança toda pessoa menor de 12 anos de idade

No Brasil, a partir dos 14 anos o adolescente já pode emitir validamente o consentimento para a prática de atos sexuais. Essa conclusão se retira da conjugação da norma do art. 217-A do CP – que contém uma presunção absoluta de vulnerabilidade sexual dos menores de 14 anos³⁹ – com a ausência de incriminação de qualquer outra conduta sexual contra de adolescentes com mais de 14 e menos de 18 anos, que livremente⁴⁰, tenham consentido com o ato.

Seguindo a lógica de que o consentimento válido para o ato sexual permitiria um registro igualmente válido do acontecimento e, por fim, a legítima posse para uso privado, concluímos o seguinte: no Brasil faria mais sentido se a posse ilegal de pornografia infantil atingisse apenas o material que envolvesse os menores de 14 anos, salvo se o adolescente entre 14 e 18 anos emitisse um consentimento viciado para produzir o vídeo, como poderia se visualizar, *verbi gratia*, no oferecimento de vantagem financeira⁴¹. Dito de outra forma, no Brasil um adolescente maior de 14 anos deveria ter o direito de se deixar fotografar por seu parceiro sexual, para deleite de ambos, muito embora a difusão desse material a terceiros estranhos a esta relação continuasse a merecer a tutela penal.

Com efeito, não podemos retirar dos adolescentes já maiores para a vida sexual a possibilidade de ter sua sexualidade na plenitude, inclusive realizando registros próprios, principalmente se considerarmos o atual estado tecnológico em que nos encontramos. Hodiernamente, vem se tornando habitual entre adolescentes o compartilhamento com seus parceiros, maiores ou não, de arquivos pessoais autoproduzidos com conteúdo pornográfico, em atividade denominada *sexting*⁴². A nosso sentir, não se justifica a incriminação da posse de tais materiais, se demonstrado que seu protagonista detinha a

e adolescente toda pessoa entre 12 e 18 anos de idade, conforme o art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90).

³⁹ No Brasil, admite-se como válido o consentimento para a prática sexual a partir dos 14 anos, sendo qualquer prática de atividade sexual por pessoa imputável com outrem menor de 14 anos considerada crime hediondo. Com efeito, o Código Penal brasileiro prevê o seguinte: “Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos. Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos”. E a Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/90) dispõe em seu art. 1º que: “São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, consumados ou tentados: VI – estupro de vulnerável (art. 217-A, *caput* e §§ 1º, 2º, 3º e 4º)”. De outro lado, não há qualquer dispositivo que criminalize a realização de sexo com pessoas entre 14 e 18 anos, salvo se houver emprego de violência, grave ameaça ou a oferta de vantagem econômica (prostituição).

⁴⁰ Frisa-se a necessidade do ato ser livre, porque não se admitirá, por exemplo, a corrupção da vontade do menor mediante a promessa de qualquer benefício de natureza econômica, sendo tal ato considerado crime de exploração sexual de adolescente, senão vejamos: CP, Art. 218-B: “Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone. Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos. §2º Incorre nas mesmas penas: I – quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no *caput* deste artigo”.

⁴¹ No sentido da possibilidade da lei prever uma idade mínima para que o menor possa dispor de sua intimidade, inclusive no ciberespaço: RUEDA MARTÍN, Mª Ángeles. *Op. cit.*, p. 31-32.

⁴² Para se dimensionar o efeito que o *sexting* já atinge na sociedade, podemos citar uma pesquisa feita com jovens da Universidade de Utah, na qual restou apurado que 19,1% dos pesquisados admitiu ter enviado uma *selfie* de cunho sexual para terceiros durante o ensino médio, bem como 38,2% dos pesquisados responderam ter recebido material análogo no mesmo período (STRASSBERG, Donald S.; RULLO, Jordan E.; MACKARONIS, Julia E. The sending and receiving of sexually explicit cell phone photos [sexting] while in high school: one college's student's retrospective reports. *Computers in Human Behavior*, vol. 41, p. 177-183, 2014).

maioridade sexual, e emitiu consentimento válido na produção e no compartilhamento⁴³. Nesse particular, concordamos que tal criminalização representa uma clara e indevida intromissão do Estado na vida íntima dos indivíduos.

A situação portuguesa causa ainda mais perplexidade. Assim como no Brasil, em Portugal qualquer ato sexual de relevo com pessoa menor de 14 anos é crime⁴⁴. A partir dos 14 anos, os adolescentes já têm certa autonomia sexual, mas ainda assim a lei prevê a punição de quem praticar atos sexuais de relevo com pessoas entre 14 e 16 anos, caso haja abuso de sua inexperiência⁴⁵. A partir dos 16 anos, atinge-se a maioridade penal e a absoluta maioridade para prática de atos sexuais.

Sob nossa ótica, em Portugal, os adolescentes entre 14 e 16 anos deveriam ter autorização para deixar-se fotografar por seus parceiros, que poderiam manter consigo para uso próprio as fotografias, salvo se houvesse abuso da inexperiência do menor (circunstância que conduziria a invalidade do consentimento do próprio ato sexual), nos termos do preconizado no art. 173º do CP português. Por sua vez, a posse para consumo próprio de material pornográfico de pessoas maiores de 16 anos somente poderia ser penalmente relevante caso houvesse um vício de vontade no momento da produção ou do envio do dito material. Essa posição é também defendida por ALBERGARIA⁴⁶, que assinala que os maiores de 16 anos estão em condições de liberdade de participar na produção de material pornográfico e até permitir que ele “*circule em âmbito mais ou menos restrito*”. Nesse caso, se o fizessem em condição de liberdade, a detenção por outrem não atingiria a dignidade ou a intimidade do menor.

5. O Enquadramento do Crime de Posse de Pornografia Infantil no Brasil e em Portugal

A reforma do Código Penal Português do ano de 2007, através da Lei nº 59/2007, introduziu no país o crime de possuir material que consubstancie pornografia infantil. A inserção do tipo penal se deu precisamente no art. 176º, nº 1, d, e nº 4 do CP⁴⁷. Na

⁴³ No mesmo sentido: ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra, nº 1, ano 23, jan./mar. 2013, p. 19.

⁴⁴ “Abuso sexual de crianças. Art. 171: 1 - Quem praticar acto sexual de relevo com ou em menor de 14 anos, ou o levar a praticá-lo com outra pessoa, é punido com pena de prisão de um a oito anos. 2 - Se o acto sexual de relevo consistir em cópula, coito anal, coito oral ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos, o agente é punido com pena de prisão de três a dez anos. 3 - Quem: a) Importunar menor de 14 anos, praticando acto previsto no artigo 170.º; Ou b) Actuar sobre menor de 14 anos, por meio de conversa, escrito, espectáculo ou objecto pornográficos; é punido com pena de prisão até três anos. 4 - Quem praticar os actos descritos no número anterior com intenção lucrativa é punido com pena de prisão de seis meses a cinco anos”.

⁴⁵ Art. 173º do CP: “1 - Quem, sendo maior, praticar acto sexual de relevo com menor entre 14 e 16 anos, ou levar a que ele seja por este praticado com outrem, abusando da sua inexperiência, é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias; 2 - Se o acto sexual de relevo consistir em cópula, coito oral, coito anal ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos, o agente é punido com pena de prisão até três anos ou multa até 360 dias”.

⁴⁶ ALBERGARIA, Pedro Soares de; LIMA, Pedro Mendes. *O crime de detenção de pseudopornografia infantil* – evolução ou involução. *Julgar*, Lisboa, nº 12 (especial), set./dez. 2010, p. 213.

⁴⁷ “Artigo 176.º Pornografia de menores: 1 - Quem: a) Utilizar menor em espectáculo pornográfico ou o aliciar para esse fim; b) Utilizar menor em fotografia, filme ou gravação pornográficos, independentemente do seu suporte, ou o aliciar para esse fim; c) Produzir, distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder, a qualquer título ou por qualquer meio, os materiais previstos na alínea anterior; d) Adquirir ou detiver materiais previstos na alínea b) com o propósito de os distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder; é punido com pena

primeira hipótese, incriminou-se a detenção de material pornográfico infantil para fins de divulgação, exportação, cessão, exibição e distribuição. Já no art. 176º, nº 4 do CP, temos o crime de mera posse do material pornográfico infantil.

No Brasil, a incriminação da conduta de possuir material pornográfico infantil foi realizada pela Lei 11.829/08, que inseriu o art. 241-B⁴⁸ no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90).

Em ambos os países a criação das mencionadas figuras criminosas foi impulsionada por tratados internacionais. Cite-se no caso brasileiro o Protocolo Facultativo da Convenção dos Direitos da Criança⁴⁹ elaborado pela ONU, o qual foi assinado e ratificado pelo Brasil em 2004⁵⁰.

Portugal, por sua vez, além de ter tomado parte no Protocolo elaborado pela ONU⁵¹, foi fortemente influenciado pela Decisão – Quadro 2004/68/JAI do Conselho da União Europeia de 22 de dezembro de 2003, cujo objetivo precípuo era o de combater a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil. Mas, como já salientamos no capítulo 2, este último diploma foi substituído pela Directiva 2011/92/UE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 13 de Dezembro de 2011, relativa à luta contra o abuso sexual e à exploração sexual de crianças e à pornografia infantil.

Passando à análise dos elementos objetivos e subjetivos das condutas criminosas de possuir pornografia infantil, percebe-se que Portugal e Brasil fizeram opções bastante similares no que tange à mera posse do material pedopornográfico. Como já assinalado alhures, Portugal tratou da incriminação no nº 4 do art. 176º de

de prisão de um a cinco anos.2 - Quem praticar os actos descritos no número anterior profissionalmente ou com intenção lucrativa é punido com pena de prisão de um a oito anos.3 - Quem praticar os actos descritos nas alíneas c) e d) do n.º 1 utilizando material pornográfico com representação realista de menor é punido com pena de prisão até dois anos.4 - Quem adquirir ou detiver os materiais previstos na alínea b) do n.º 1 é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa. 5 - A tentativa é punível."

⁴⁸ "Art. 241-B. Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registo que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. §1º A pena é diminuída de 1 (um) a 2/3 (dois terços) se de pequena quantidade o material a que se refere o caput deste artigo; §2º Não há crime se a posse ou o armazenamento tem a finalidade de comunicar às autoridades competentes a ocorrência das condutas descritas nos arts. 240, 241, 241-A e 241-C desta Lei, quando a comunicação for feita por: I – agente público no exercício de suas funções; II – membro de entidade, legalmente constituída, que inclua, entre suas finalidades institucionais, o recebimento, o processamento e o encaminhamento de notícia dos crimes referidos neste parágrafo; III – representante legal e funcionários responsáveis de provedor de acesso ou serviço prestado por meio de rede de computadores, até o recebimento do material relativo à notícia feita à autoridade policial, ao Ministério Público ou ao Poder Judiciário; §3 As pessoas referidas no §2 deste artigo deverão manter sob sigilo o material ilícito referido."

⁴⁹ Em 25 de maio de 2000, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou o Protocolo Facultativo para a Convenção sobre os Direitos da Criança, que trata da venda de crianças, prostituição e pornografia infantis. Até o momento, 117 Estados assinaram-no e 132 ratificaram-no. As primeiras dez ratificações tornaram este Protocolo válido desde 18 de janeiro de 2002. Fonte: <http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10123.htm>.

⁵⁰ O governo brasileiro depositou o instrumento de ratificação na Secretaria-Geral da ONU em 27 de janeiro de 2004; entrando em vigor para o Brasil em 27 de fevereiro de 2004. A ratificação brasileira se deu através do Decreto 5.007/04, de 8 de março de 2004. Fonte: <http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10123.htm>.

⁵¹ A República Portuguesa assinou o Protocolo Facultativo para a Convenção dos Direitos da Criança em 6 setembro de 2000, ratificando o tratado em 16 de maio de 2003. Fonte: <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=IV-11-c&chapter=4&lang=en>.

seu Código Penal, que faz remissão aos elementos do nº 1 do mesmo artigo. Assim, pode-se dizer que a conduta criminosa consiste em adquirir ou possuir (“*quem adquirir ou detiver...*”) fotografia, filme ou gravação pornográfica de pessoa menor de 18 anos. A sanção é de prisão por até um ano ou de multa.

No Brasil, a conduta criminosa é a de adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente. A pena cominada é de prisão por um a quatro anos e multa, podendo ser diminuída de um a dois terços caso seja apreendida pequena quantidade de material pornográfico.

Como se observa, os ordenamentos português e brasileiro não fizeram qualquer diferença entre a posse de material pornográfico de crianças ou de adolescentes, equiparando a posse de material pornográfico envolvendo pessoas com 6 e 17 anos, por exemplo, o que nos parece altamente criticável, conforme já exposto no capítulo anterior.

Em relação ao elemento subjetivo dos tipos incriminadores, verifica-se que, tanto no Brasil quanto em Portugal, não há previsão de modalidade culposa, exigindo-se o dolo, a intenção de adquirir ou de manter a detenção de pornografia infantil, ou mesmo assunção do risco de assim agir. Por isso, é fundamental analisar se o agente adquiriu ou mantém a detenção do material pornográfico de forma consciente, bem como se não houve erro quanto à idade das pessoas retratadas ou filmadas⁵².

Desta feita, fica excluída a incriminação, por exemplo, do *download* de pornografia infantil quando não se tem consciência de que o arquivo selecionado contém cenas de sexo envolvendo pessoas menores de 18 anos. Por óbvio, se após incidir em erro e já consciente de que o arquivo objeto de *download* consubstancia material pornográfico infantil, o agente o mantiver armazenado, restará consumada a conduta criminosa.

Igualmente, como salienta ROXIN⁵³, jamais se deve punir a mera recepção de material pornográfico infantil sem que antes tenha havido a solicitação de remessa pelo receptor. É o caso, por exemplo, do recebimento via correio eletrônico de material pornográfico infantil sem que houvesse preteritamente qualquer solicitação de envio (por exemplo, via *spam*⁵⁴).

De outro lado, o Direito brasileiro não exige a existência do chamado dolo específico ou – como preferem outros – de uma especial finalidade de agir, como por exemplo, possuir o material pornográfico infantil *com o fim de difusão, com o fim de lucro ou com o fim de utilizar para a prática de crimes sexuais contra menores, etc.*⁵⁵

⁵² NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 264.

⁵³ ROXIN, Claus, Crimes de Posse. Tradução de José Danilo Tavares Lobato. *Revista Liberdades*, IBCCRIM, nº 12, jan./abr. 2013, p. 51.

⁵⁴ “*Spam é a mensagem eletrônica publicitária não solicitada*” (DRUMMOND, Victor. *Internet, privacidade e dados pessoais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 107).

⁵⁵ Opção diversa adotou a Argentina, cujo Código Penal somente criminalizou a posse de pornografia infantil para fins de distribuição ou venda do material (art. 128, §2º). Entretanto, conforme apontado por HERCZEG, verifica-se que a tendência vem sendo a criminalização da mera posse da pornografia, sem

Já em Portugal, apesar da mera posse desvinculada a qualquer finalidade especial também consistir em crime, há penas maiores para aqueles que detêm materiais pedopornográficos “com o propósito de os distribuir, importar, exportar, divulgar, exibir ou ceder” (art. 176, nº 1, d do CP), e penas ainda mais altas para aqueles que agem dessa forma profissionalmente ou com intenção de lucro (art. 176, nº 2 do CP).

Destarte, para efeitos penais, em ambos os países é necessária apenas a presença do dolo, em sua modalidade direta – com a consciência e a vontade expressada na conduta de adquirir ou manter sob sua posse o material pornográfico infantil – ou indireta, com a assunção de um risco de produzir o resultado, muito embora em Portugal haja penas maiores caso se prove uma especial finalidade de agir.

Quanto aos núcleos dos tipos penais em análise, temos como condutas principais “adquirir” (Portugal e Brasil), “deter” (Portugal) e “possuir ou armazenar” (Brasil)⁵⁶. Por óbvio, as condutas de aquisição, detenção e armazenamento de vídeos e fotografias em meio físico também se encontram criminalizadas, mas o que nos interessa neste estudo é a aquisição por meio da *internet*, tendo em vista o que já foi exposto no primeiro capítulo. Assim, torna-se importante frisar que a aquisição punida pelas leis brasileira e portuguesa é o *download* do material pornográfico através da *internet*, mas não o mero acesso *online* ao material proibido, conduta esta que continua atípica. Há, contudo, posição no sentido de que se o acesso ao material pornográfico infantil pela *internet* deixar um arquivo de registro dos sítios visitados no disco rígido do dispositivo eletrônico, de forma a possibilitar o seu acesso *offline*, subsistirá crime sob a modalidade de manter a posse, detenção ou armazenamento⁵⁷. Essa posição nos parece demasiada extremada, pois desconsidera uma possível ignorância do agente de que estaria realizando aquisições de material pornográfico, enquanto sua vontade se dirigiria ao mero acesso. A única possibilidade de se punir uma conduta como essa seria a de restar plenamente demonstrado que o agente sabia que o material pornográfico infantil permaneceria em seu computador após o acesso, mesmo depois de finalizada a conexão com a grande rede. Tal demonstração poderia ocorrer, por exemplo, com a prova de que o sujeito acessou novamente o material ou realizou sua impressão de forma *offline*.

Por fim, as condutas relacionadas aos atos de posse, para além da guarda de fotografias e vídeos em meios físicos, podem ser exemplificadas com a manutenção do material pornográfico proibido no disco rígido do computador ou outro dispositivo de memória rígida, como por exemplo *pendrive*, *HD* externo, *CD*, *DVD*, *BlueRay*, etc. Igualmente, também se compreende como posse, a manutenção de arquivos contendo pornografia infantil em caixa de correio eletrônico ou nas denominadas nuvens virtuais

a exigência de qualquer especial finalidade de agir, como fizeram os códigos penais de: Itália (art. 600), França (art.227-23), Espanha (art.189, nº 2), México (arts. 202 e 202-B), Colômbia (art.218), Canadá (seção 163.1). Os Estados Unidos também criminalizaram a mera posse de material pornográfico através do *Child Pornography Prevention Act*, de 1996 (HERCZEG, Jiri. *Op. cit.*, p.72-73).

⁵⁶ No Brasil também se tipificou a conduta de armazenar. Porém, o armazenamento nada mais é do que uma forma especial de posse, razão pela qual deixo de tecer maiores esclarecimentos sobre essa elementar.

⁵⁷ DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Meneses da Silva. *Op. cit.*, p. 94.

como, por exemplo, o famoso *Dropbox*. Com efeito, nesses casos, o agente possui inegável detenção do material hospedado na *internet*, de forma a se configurar a conduta típica⁵⁸.

6. As Críticas Formuladas à Incriminação da Mera Posse de Material Pornográfico Infantil: Legitimidade da Incriminação ou Criminalização Ilegítima?

Apesar do cenário desenhado no capítulo 1, quando se demonstrou que a *internet* “turbinou” a produção, a divulgação e o consumo de pornografia infantil, a reação incriminadora relativamente à posse da pedopornografia para *mero uso privado* (ou consumo pessoal como preferem outros) vem sendo muito questionada por alguns setores da doutrina criminal.

O debate é salutar para se esclarecer se estamos perante comportamento com dignidade a demandar tutela penal ou se estamos diante da criminalização de condutas para salvaguardar a moral e os bons costumes⁵⁹.

As críticas à incriminação da mera posse de pornografia infantil são várias. A primeira, e talvez a mais importante, é a de que estaríamos diante de uma tipificação que não tutela bem jurídico algum, encerrando uma violação frontal ao princípio da ofensividade. Outra importante objeção à incriminação seria a suposta adoção de uma política criminal equivocada e preguiçosa. Equivocada, porque prezaria por uma espécie de antecipação de tutela penal, atuando diante da remota chance de, no futuro, ocorrer um efetivo dano e, por conseguinte, sancionando condutas sem que houvesse qualquer violação ou produção de perigo concreto. Preguiçosa, porque se esforçaria em punir os consumidores da pedopornografia, ponta mais frágil da cadeia, deixando de se voltar contra os maiores violadores dos direitos dos menores vítimas, nomeadamente seus produtores e difusores.

Há ainda aqueles que entendem ser o delito em questão uma forma indevida de intromissão do Estado na vida privada dos indivíduos, que teriam o direito de, reclusos em suas casas, viver sua sexualidade à própria maneira⁶⁰. Quanto a essa objeção, entendemos

⁵⁸ Outra possibilidade de praticar a posse proibida de material pornográfico infantil é a manutenção de arquivos em aparelhos telefônicos ou *tablets*, ainda que as imagens estejam armazenadas através de aplicativos ou programas de comunicação, como por exemplo, o *whatsapp*. Assim deve ser porque as fotografias e vídeos nesses casos ficam disponíveis para acesso a qualquer tempo, independentemente de nova conexão à *web*.

⁵⁹ ANTUNES, Maria João. *Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual dos menores*. Julgar, Lisboa, nº 12 (especial), set./dez. 2010, p. 158. A autora ainda cita as lições de FIGUEIREDO DIAS, repudiando aqueles que, na ausência de suporte teórico às suas convicções, recorrem à dignidade da pessoa humana para fincar uma incriminação: “o pior serviço que pode prestar-se ao primeiro e mais elevado princípio de toda ordem jurídico- democrática – o do respeito intocável pela eminente dignidade da pessoa – é, em matéria penal, invocá-lo como princípio prescritivo dotado de um conteúdo fixo, imutável e apto à subsunção e como tal imediatamente aplicável a concretas situações da vida.” Ou seja, a dignidade da pessoa humana deve, antes de ser fundamento, ser um limite da atuação estatal na área penal.

⁶⁰ Essa, por exemplo, a posição de COX LEIXELARD, que afirma: “*Por otra parte, el castigo de la adquisición y almacenamiento de material pornográfico para fines de consumo privado representa una intromisión flagrante en la esfera de libertades individuales de las personas, que en otros ámbitos de la represión penal ha dado suficientes muestras de ineficiencia funcional*” (COX LEIXELARD, Juan Pablo. Los delitos de producción, adquisición y tenencia maliciosa de material pornográfico como figuras expansivas del derecho penal. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso (Chile), nº XXVI, semestre

como parcialmente válida, pois conforme descrevemos no capítulo 3, a criminalização de toda e qualquer posse de material pornográfico envolvendo menores já detentores de maioridade sexual e que emitiram consentimento idôneo na produção e no envio do material (sendo o *sexting* seu melhor exemplo), parece uma clara e indevida intromissão do Estado na vida íntima dos indivíduos. Em situações outras, porém, entendemos não haver ilegitimidade da intromissão do Estado na privacidade dos cidadãos quando há justificativa plausível para tanto, como nos parece ocorrer na detenção de material pornográfico de pessoas abaixo da maioridade sexual, ou cuja obtenção ocorreu mediante pagamento de dinheiro ou emprego de violência, só para citar alguns exemplos.

Pois bem. Para se compreender a justificação do crime em comento, necessária uma prévia explanação acerca da estrutura dos delitos de posse em geral.

Aparentemente em franca expansão, tanto nos países de tradição *civil law* como nos adotantes do sistema *common law*, os delitos de posse fazem emergir a discussão acerca da possibilidade de o legislador punir a mera posse de coisas, sem exigir que essa detenção guarde relação com qualquer outra atividade⁶¹.

Um dos primeiros autores a tratar detalhadamente do tema, STRUENSEE admite que, em geral, a doutrina não reconhece os crimes de posse como uma classe autônoma de crimes, mas o autor inclui em tal hipotética categoria os tipos penais que “vinculam materialmente a punibilidade à mera posse de uma coisa que descrevem expressamente a conduta punível como possuir uma coisa”, citando como exemplo a posse de entorpecentes⁶².

Para ROXIN, os tipos penais de posse não prescindem da utilização da expressão *possuir*, de forma que abrangem as expressões “ter”, “portar”, “armazenar”, “guardar” ou “ter em custódia”, entre outras que designem “a posse como uma possessão ou detenção de algo que se submete ao poder de fato do sujeito”. O autor cita como exemplos os crimes de posse de entorpecente, de posse de armas de fogo, de posse de meios de dopagem e de posse de material pornográfico infantil⁶³.

As similitudes das ideias de ROXIN e STRUENSEE quanto aos delitos de posse, porém, parecem parar por aqui. Com efeito, STRUENSEE afirma que o Direito Penal pune condutas ativas (ações) e omissivas. Entretanto, o autor assume um conceito restritivo de ação humana, definindo-a como um movimento corporal voluntário, que não se compatibilizaria com um ato de posse, por ele visto como um estado vazio de ação. Desta feita, a mera posse (desvinculada de qualquer outro objetivo) não seria nem uma conduta ativa nem omissiva, mas uma “ação vazia” que como tal não poderia ser penalmente punida. Igualmente, STRUENSEE sustenta que a posse tampouco é uma omissão, já que a posse seria um poder de fato sobre algo, não presente nas omissões próprias ou impróprias⁶⁴.

I, p. 145-154, 2005). No mesmo sentido: DíEZ RIPOLLÉS, José Luis. Trata de seres humanos y explotación sexual de menores. Exigencias de la Unión y legislación española. *Revista Penal*, Espanha, nº 2, 1998, p.22.

⁶¹ FLETCHER, George P. *Rethinking Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2000, p. 197-205.

⁶² STRUENSEE, Eberhard. Os crimes de posse. Traduzido por José Danilo Tavares Lobato. *Revista Liberdades*, IBCCRIM, nº 12, jan./abr. 2013, p.57.

⁶³ ROXIN, Claus. *Crimes de posse...*, p.38.

⁶⁴ STRUENSEE, Eberhard *Op. cit.*, p. 56-69.

Entretanto, vem prevalecendo o pensamento segundo o qual a ação humana é entendida como uma manifestação da personalidade do sujeito. Assim, a detenção voluntária ou o domínio de fato sobre uma coisa seria uma ação humana porque inevitavelmente exterioriza uma manifestação da personalidade do detentor. Esse é o pensamento de ROXIN, para quem é necessária a superação da antiquada definição de ação como movimento corporal voluntário, mas sim como a expressão da personalidade. E ROXIN arremata ao sustentar que: “o exercício do domínio de fato não é uma manifestação pontual da personalidade, mas, sim, uma manifestação temporalmente prolongada. Desse modo, não são muito claras as razões que impediriam a posse de continuar sendo objeto do Direito Penal”⁶⁵⁻⁶⁶.

Contudo, mesmo assumindo a posse como uma conduta penalmente punível, devemos assinalar que ao legislador não é dado incriminar a posse de objetos à sua própria escolha, devendo haver uma justificativa mínima para tanto. A razão para tal incriminação pode estar, por exemplo, na identificação de um bem jurídico a ser protegido a partir da criminalização de uma determinada situação de posse. Não obstante, invariavelmente, os delitos de posse fundam-se em uma lógica de “criminalização antecipatória” ou de “criminalização da conduta subsequente”, em que se visa prevenir, respectivamente, riscos de danos a bens jurídicos ou a não perpetuação do dano já causado (ou da violação do bem jurídico já ocorrida)⁶⁷.

Como exemplo de criminalização da conduta subsequente, temos a criminalização da receptação, que pune a detenção de bens móveis, produtos de crimes patrimoniais, porque de um lado aprofunda a lesão a que foi alvo a vítima (dificultando a recuperação do bem e, assim, tende a perpetuar a lesão) e, por outro lado, previne a potenciação do cometimento futuro de outros delitos patrimoniais⁶⁸. Nesse ponto, a posse de pornografia infantil, do mesmo modo que o crime de receptação, atua na criminalização da conduta subsequente, com o escopo da não perpetuação de um dano já causado, qual seja, a pretérita e grave violação à criança.

A comparação com o delito de receptação é feita, entre outros, por ROXIN, que reconhece que se a receptação fomenta e incentiva a prática de crimes patrimoniais, o consumo de pornografia infantil influencia sua produção⁶⁹. Igualmente, o renomado autor esclarece eventual confusão daqueles que preferem a comparação com o consumo de drogas: “ao contrário do que ocorre na posse de drogas, quando a finalidade de enfraquecer o “mercado” provoca a equivocada legitimação da punibilidade do

⁶⁵ ROXIN, Claus. *Crimes de posse...*, p. 43.

⁶⁶ Outro autor que teorizou os crimes de posse foi COX LEIXELARD, para quem ter a posse seria exercer algum controle sobre o objeto, sendo o exercício deste controle compatível com o que é entendido como uma conduta (COX LEIXELARD, Juan Pablo. *Delitos de posesión: bases para una dogmática*. Montevideo-Buenos Aires: B de f, 2012, p. 169 e p. 174-184).

⁶⁷ AMBOS, Kai. Posse como delito e a função do elemento subjetivo. Reflexões a partir de uma perspectiva comparada. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra, nº 1, ano 24, jan./mar. 2014, p. 12.

⁶⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo (dir.). *Comentário Conimbricense do Código Penal*: parte especial. Tomo II. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 475-476.

⁶⁹ Conforme ROXIN: “A norma pretende impedir a procura de pornografia infantil e, com isso, os abusos a crianças que daí derivam” (ROXIN, Claus. *O conceito de bem jurídico...*, p. 24).

indivíduo, aqui não se trata do obscuro e vago propósito de empreender uma luta contra redes comerciais inacessíveis, mas sim de impedir que ocorram casos concretos gravíssimos de violência sexual contra crianças e adolescentes”⁷⁰. Dito de outra forma: a compra de drogas para consumo pessoal não impõe o prévio sofrimento de outrem, ao contrário do que ocorre na posse de pornografia, que evidentemente pressupõe um pretérito aproveitamento sexual de uma pessoa reconhecidamente vulnerável. Daí não ser possível exigir que ao consumidor da pedopornografia seja dado um tratamento equânime ao dispensado ao consumidor de drogas.

Destarte, com as ressalvas feitas alhures⁷¹, entendemos que a partir da perspectiva da punição da conduta subsequente, a posse de pornografia infantil se traduz num aproveitamento ilegítimo de um abuso sexual ou da intimidade sexual de uma pessoa em desenvolvimento, cuja vulnerabilidade autoriza a tutela penal⁷².

Noutro giro, também é possível se afirmar que a criminalização da detenção de material pornográfico infantil se justifica pela lógica da antecipação da tutela penal, pois a lei pode incriminar a posse de objetos perigosos com vistas a prevenir delitos, como sugerem as lições advindas da pena de KAI AMBOS. O autor leciona que existem objetos que são *per se* perigosos, como armas, drogas ilícitas, materiais obscenos ou certas substâncias químicas; e, objetos cujo perigo não é a eles inerente, mas que pode resultar de seu uso pernicioso, como ferramentas em geral⁷³.

No mesmo sentido encontramos as lições de FLETCHER⁷⁴, para quem a detenção de determinados materiais constitui uma manifesta criminalidade (*manifest criminality*), que autorizaria o recurso à incriminação antecipada de uma conduta que, a princípio, poderia ser vista como preparatória à prática de outra. Assim, ao tratar do material pornográfico, o autor o classifica como possuidor de uma inerente potencialidade de causar graves consequências materiais (*sinister implications*).

Os que discordam da classificação do material pedopornográfico como perigoso costumam centrar a discussão na figura do próprio consumidor⁷⁵. Afirma-se que a única hipótese de se considerar o material pedopornográfico como perigoso seria a de se demonstrar que o seu consumo leva o sujeito a praticar efetivos atos de violência sexual contra outros menores, numa espécie de progressão criminosa. Argumenta-se, em acréscimo, que muito embora o suposto perigo de a pornografia estimular a efetivação

⁷⁰ ROXIN, Claus. *Crimes de posse...*, p. 49.

⁷¹ Nomeadamente no início do presente capítulo e no capítulo 3 quando criticamos a extensão do que se considera pornografia infantil para fins de posse.

⁷² No mesmo sentido leciona Inês Ferreira Leite, que assevera não existir maior legitimidade no aproveitamento ilegítimo que justifica a incriminação da receptação e no branqueamento de capitais (LEITE, Inês Ferreira. *Op. cit.*, p. 57, nota 83).

⁷³ AMBOS, Kai. *Posse como delito...*, p. 08.

⁷⁴ Vejamos o seguinte trecho da obra de FLETCHER: “*some possession offenses might be perfectly acceptable, even without proof of an ulterior intent. But they would have to be cases, (...), in which the mere fact of possession gives rise to sinister implications (...) This manifestation of sinister implications or an illicit purpose is presumably found in possession of prohibited weapons, narcotics and obscene materials, for these items are not likely to be used for innocent purposes*” (FLETCHER, George P., *Op. cit.*, p. 200).

⁷⁵ HAMILTON, Melissa. *Op. cit.*, p. 1682; MAYER, Laura. *Op. cit.*, p. 36; OXMAN, Nicolás. *Op. cit.*, p. 269; COX LEIXELARD, Juan Pablo. *Los delitos de producción...*, p. 153-154.

do ato sexual violento contra menores se mostre razoável e compreensível para o senso comum, a ciência do Direito deve se calcar em estudos científicos. É exatamente seguindo essa linha argumentativa que NICOLÁS OXMAN cita o estudo intitulado *"The criminal histories and later offending of child pornography offenders"*, realizado por SETO e EKE⁷⁶, que teria concluído por um baixíssimo risco de o consumo de pornografia infantil impulsionar o sujeito à prática de um abuso sexual contra menores.

Entretanto, a pesquisa citada por OXMAN teve uma grande limitação, já que o estudo se baseou no "monitoramento" de pessoas condenadas por consumirem pedopornografia, sendo que tal "monitoramento" ocorreu mediante a pesquisa de suas folhas criminais, anos após suas solturas, a fim de verificar eventual reincidência. Ora, tendo em vista que sabidamente os crimes sexuais têm elevadas cifras negras (no sentido de nem todos serem comunicados às autoridades), há uma clara limitação na aferição da relação entre consumo da pornografia e o abuso sexual de menores. Aliás, essa limitação foi reconhecida pelos próprios pesquisadores em seu trabalho⁷⁷.

Outro ponto relevante na pesquisa acima referida é que os pesquisadores ressaltaram que o consumo de pedopornografia não teria se mostrado perigoso em relação aos pesquisados que nunca haviam praticado um ato de abuso sexual, mas não se poderia dizer o mesmo entre aqueles que já ostentavam registros de crimes sexuais⁷⁸.

Outro dado bastante intrigante adveio de um novo trabalho de SETO intitulado *"Child pornography offenses are a valid diagnostic indicator of pedophilia"*. Nesse estudo, muito embora o objetivo tivesse sido analisar se o consumo de pornografia infantil seria um indicador válido para diagnosticar a pedofilia, consta que foram pesquisados 685 indivíduos. Entre tais pessoas, 100 já haviam sido acusadas criminalmente por consumo de pornografia infantil, e destes, 43 ostentavam registros de crimes sexuais contra ao menos uma criança⁷⁹. Veja que com esses dados não queremos afirmar – nem estaríamos autorizados a isso – que o consumo de pornografia infantil leva à consumação de ataques sexuais contra menores, mas talvez tal número reforce a conclusão da primeira pesquisa por nós citada, no sentido de que em certas pessoas – nomeadamente aquelas que já praticaram atos concretos de abuso sexual – o consumo de pedopornografia tem algum efeito maléfico. E isso, diga-se de passagem, já foi apontado por outros pesquisadores⁸⁰.

Nesse diapasão, percebe-se que se a ciência não nos permite contrariar as afirmações de que o mero consumo de pornografia infantil é inofensivo (não causando qualquer incremento no risco de seus consumidores virem a praticar um ato de violência sexual),

⁷⁶ SETO, Michel C.; EKE, Angela W.. *The Criminal Histories and Later Offending of Child Pornography Offenders. Sexual Abuse: a journal of research and treatment*, vol. 17, nº 2, p. 201-210, abr. 2005.

⁷⁷ SETO, Michel C.; EKE, Angela W.. *The Criminal...*, p. 208.

⁷⁸ *"Child pornography offenders who had ever committed a contact sexual offense were the most likely to reoffend"* (SETO, Michel C.; EKE, Angela W.. *The Criminal...*, p. 208).

⁷⁹ SETO, Michel C.; CANTOR, James M.; BLANCHARD, Ray. *Child pornography offenses are a valid diagnostic indicator of pedophilia. Journal of Abnormal Psychology*, Washington, vol. 115, nº 3, p. 610-615, 2006.

⁸⁰ KINGSTON, D. A. *et al.* Pornography use and sexual aggression: the impact of frequency and type of pornography use on recidivism among sexual offenders. *Aggressive Behavior*, vol. 34, 2008, p. 341-351; ENDRASS, Jérôme *et al.* The Consumption of Internet Child Pornography and Violent and Sex Offending. *BMC Psychiatry*, vol. 9, nº 43, jul. 2009.

também não se pode dar o debate por encerrado, tendo em vista as limitações que tais exames possuem (amostras extremamente limitadas, monitoramento de reincidência ou de cometimento de crimes futuros exclusivamente com base em registros oficiais, etc.), bem como pelo fato de que os estudos não descartam a influência da pedopornografia em pessoas que já cometeram outros delitos sexuais contra menores⁸¹.

Ainda assim, a nosso sentir, é possível classificar o material pornográfico infantil como perigoso e legitimador da incriminação de sua posse, mas à luz de outro crescente fenômeno em ambiente digital: o *grooming* sexual *online* de crianças ou, em bom português, o aliciamento sexual de menores na *internet*.

O *sexual grooming* vem sendo definido como a atividade de se construir uma amizade com uma criança, especialmente pela *internet*, com vistas a tentar persuadir o menor a ingressar em atividade de cunho sexual⁸². Aos poucos, o aliciador se aproxima do menor, elevando seu grau de intimidade através de conversas *online*, com o objetivo último de realizar um abuso sexual, ainda que a distância. Uma das formas de abuso a distância seria o convencimento do menor a produzir uma *selfie* em situação sexualizada (nudismo, por exemplo) e repassar ao aliciador. Contudo, o aliciamento também pode terminar num encontro presencial, com um efetivo abuso da vítima. Em outras palavras, o *grooming* é uma atividade preparatória, que antecede um ato de abuso sexual, podendo ser com ou sem violência, bem como de forma imediata ou a distância.

Como se pode perceber, em dado momento do *grooming online* deverá ocorrer a inserção de algum contexto sexual, incluindo o flerte, conversas picantes e, principalmente, o *envio de fotos ou vídeos com conteúdo sexual*⁸³. Nesse último caso, os aliciadores utilizam as imagens de pornografia infantil para incutir no imaginário da vítima a normalidade de uma situação de sexo com uma pessoa de sua própria idade, auxiliando na desinibição da criança e elevando a probabilidade de êxito. Daí a periculosidade do material pedopornográfico.

⁸¹ Aliás, há quem sustente que não seria necessária a demonstração científica de que o consumo da pornografia leva ao abuso sexual, pois, para tanto, seria suficiente uma apreensão racional dessa ligação. Nesse sentido leciona Pedro Vaz Patto, que assevera: “O facto de não haver dados empíricos quantificáveis a respeito da relação entre o consumo de pornografia infantil e a prática de crimes sexuais contra crianças (até porque razões éticas obstam o uso de métodos experimentais neste campo) não é, por si só, obstáculo à legitimidade da incriminação. Basta que se verifique uma apreensão racional dessa ligação. Por outro lado, o dano inerente à pornografia infantil resulta, desde logo, da mensagem que veicula (tal como nos crimes de incitamento à discriminação ou ao ódio racial) e não apenas do modo como é produzida. Essa mensagem – de que crianças são parceiros sexuais adequados para adultos – traduz-se na desumanização, degradação e coisificação das crianças” (PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz. *Pornografia infantil virtual*. Julgar, Lisboa, nº 12 [especial], set./dez. 2010, p. 186-187). Em sentido contrário, asseverando a necessidade de demonstração empírica a partir do funcionamento da sociedade e da imprescindibilidade do tipo penal resolver um problema de desproteção de direitos ou bens essenciais: PALMA, Maria Fernanda. *Op. cit.*, p. 19.

⁸² SAMANTHA CRAVEN define o *grooming* da seguinte forma: “A process by which a person prepares a child, significant adults and the environment for the abuse of this child. Specific goals include gaining access to the child, gaining the child’s compliance and maintaining the child’s secrecy to avoid disclosure. This process serves to strengthen the offender’s abusive pattern, as it may be used as a means of justifying or denying their actions” (CRAVEN, Samantha; BROWN, Sarah; GILCHRIST, Elizabeth. Current responses to sexual grooming: implication for prevention. *The Howard Journal*, Oxford, vol. 46, nº 1, fev. 2007, p. 63).

⁸³ WHITTLE, Helen, et al. A review of online grooming: characteristics and concerns. *Aggression and Violent Behavior*, vol. 18, 2013, p. 65. No mesmo sentido: KIERKEGAARD, Sylvia. *Cybering, online grooming and ageplay*. Computer Law & Security Report, nº 24, 2008, p. 42; BURKE, Anne, et al. *Child Pornography and the Internet: Policing and Treatment Issues*. Psychiatry, Psychology and Law, Londres, vol. 9, nº 1, 2002, p. 83.

Desta feita, damos razão às lições de KAI AMBOS e de GEORGE FLETCHER, que classificam a pedopornografia como um objeto intrinsecamente perigoso, haja vista suas implicações com o aliciamento *online* de menores. Por via de consequência, entendemos que é possível apontar que a detenção de material pornográfico infantil também atende à lógica da antecipação da tutela penal, assumindo nesse particular uma roupagem de crime de perigo⁸⁴.

Não obstante, entendemos que a justificação da incriminação ora em comento não se esgota nas argumentações relativas à “criminalização antecipatória” ou de “criminalização da conduta subsequente” até o momento expostas, sendo possível avançar e identificar um bem jurídico a ser tutelado.

Poder-se-ia argumentar, por exemplo, que o armazenamento indevido de material pornográfico de crianças viola sua imagem, sua intimidade ou até mesmo sua honra. Realmente, de certo modo, todos esses interesses são dignos de tutela penal, especialmente quando estamos diante de pessoas reconhecidamente vulneráveis em matéria sexual.

Em Portugal, encontramos autorizada doutrina que sustenta que o bem jurídico tutelado seria a *autodeterminação sexual* dos menores, cujo *núcleo* seria a descoberta espontânea da sexualidade⁸⁵, ou seja, *o desenvolvimento gradual da personalidade do menor no plano sexual*. Nesse sentido, deveríamos fomentar nas pessoas em formação uma espontânea percepção da sexualidade, assegurando que o processo de conhecimento sexual seja sem sobressaltos, influências perturbadoras ou traumatizantes.

Efetivamente, não há como deixar de relacionar a autodeterminação sexual dos menores com a descoberta espontânea de sua sexualidade, o que também encerra a tutela do próprio desenvolvimento de sua personalidade e compreende o livre e pacífico amadurecimento sexual, sem a interferência de graves atos de exploração ou aproveitamento. Essa defesa do desenvolvimento da personalidade dos menores no plano sexual inclui uma dimensão interior, na qual se protegem a idoneidade psicofísica e moral, e uma exterior, que seria um aspecto relacional da personalidade do menor com a sociedade, o que já se nominou de “honorabilidade sexual”⁸⁶.

Parece-nos razoável a assertiva de que o sujeito que tem a disponibilidade permanente de acesso do material pedopornográfico (nos limites que já expomos ser a favor da criminalização) contribui diretamente para uma potencial perturbação psicológica

⁸⁴ No sentido do ora defendido ensina Inês Ferreira Leite que “a perigosidade latente da existência de material pornográfico em que se represente de modo realista um menor, pela aptidão que tal material tem para convencer outros menores a aceitarem ou a não oporem resistência à prática abusiva de actos sexuais. Trata-se, portanto, de um crime de perigo abstracto, não sendo necessário demonstrar a concreta perigosidade da conduta para um determinado bem jurídico” (LEITE, Inês Ferreira, *op. cit.*, p. 58-59).

⁸⁵ LEITE, Inês Ferreira. *Op. cit.*, p. 38-57.

⁸⁶ DELSIGNORE, Stefano, Mercificazione della persona e delitti di pornografia minorile: una tutela per la dimensione interiore ed esteriore della personalità in divenire del minore. In: _____; BIANCHI, Malaika (Org.). *I delitti di pedo-pornografia fra tutela della moralità pubblica e dello sviluppo psico-fisico dei minori*. Padova: CEDAM, 2008, p. 36-40.

da vítima. Do mesmo modo, contribui-se para um rebaixamento de reputação sexual do menor enquanto condição de um normal desenvolvimento de relações sociais⁸⁷.

Certamente, devemos separar as consequências gravosas de um ato de abuso sexual em si⁸⁸, daquelas que podem resultar da eternização do ato abusivo, que é potencializado pela alta circulação das informações pessoais no ambiente digital. Assim, a ciência de que o visionamento do ato de abuso sexual pode estar ocorrendo licitamente em qualquer parte do globo, parece-nos um fator que, verdadeiramente, dificulta o desenvolvimento da personalidade sexual de qualquer menor vítima do nefasto acontecimento. Essa situação, pode sim trazer consequências negativas no plano psíquico e nos relacionamentos sociais da vítima⁸⁹. Daí a lesão à personalidade em desenvolvimento do menor no plano sexual, núcleo essencial de sua autodeterminação sexual⁹⁰.

Ademais, não podemos desconsiderar que a pessoa que detém o material é um núcleo potencial de difusão, o que nunca será do interesse do menor abusado, ainda que já tenha atingido a idade adulta. Imagine-se, por exemplo, uma criança alvo de um abuso sexual registrado em vídeo e que após todo o esforço para superar o episódio, tenha que conviver com a existência legítima deste arquivo nos computadores de um sem número de pessoas. É evidente que há o risco deste vídeo circular na *web* e, como consequência, um fato que o sujeito tem o direito de esquecer⁹¹ e de a ninguém revelar, poderá ressurgir a qualquer tempo, diante da possibilidade de pessoas que detêm tal vídeo um dia possibilitarem o acesso a terceiros. Estaríamos diante de uma verdadeira assombração na vida desta vítima.

⁸⁷ Nesse sentido: ALBERGARIA, Pedro Soares de; LIMA, Pedro Mendes. *Op. cit.*, p. 208. Entendendo pela existência de lesão, mas meramente indireta do bem jurídico tutelado: DELSIGNORE, Stefano. La detenzione di materiale pornografico minorile: *in: reato che poggia solamente sul biasimo morale e sul sospetto di condotte realmente offensive per la personalità dei minori?* In: _____; BIANCHI, Malaika (Org.). *I delitti di pedo-pornografia fra tutela della moralità pubblica e dello sviluppo psico-fisico dei minori*. Padova: CEDAM, 2008, p. 88 e ss.

⁸⁸ Conforme RODRÍGUEZ ALMADA, o abuso sexual pode acarretar graves sequelas de natureza física (lesões corporais, doenças sexualmente transmissíveis, morte, etc.) e de natureza psicológica (RODRÍGUEZ ALMADA, Hugo. *Maltrato y abuso sexual de menores: una revisión crítica*. Granada: Comares, 2006, p. 68-70). Dentre as consequências psicológicas, podemos citar, com destaque, a perturbação de *stress* pós-traumático (ALBERTO, Isabel Maria Marques. *Maltrato e trauma na infância*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2010, p.69 e 77 e ss.).

⁸⁹ ALBERGARIA, Pedro Soares de; LIMA, Pedro Mendes. *Op. cit.*, p. 208.

⁹⁰ No mesmo sentido, Michel Henzey, que leciona: “*Experts in this area frequently argue that the child victim is revictimized each time the material is viewed for sexual purposes. Victims must live with the knowledge that their image is being used to stimulate thousands of adult men and woman. This knowledge aggravates the original trauma*” (HENZEY, Michael J. *Op. cit.*, p. 08).

⁹¹ “Para além dos problemas bem conhecidos da distinção do conteúdo do direito a intimidade da vida privada para figuras públicas e para o cidadão anônimo, reacende-se com as aplicações da internet a temática do direito ao esquecimento. Com efeito, uma vez passadas as luzes da actualidade, a pessoa cuja vida foi exposta na ribalta da cena pública, tem direito ao esquecimento, que mais não é do que uma vertente, ou variante, do direito a vida privada” (MARQUES, José Augusto Sacadura Garcia. *Op. cit.*, p. 41). Em acréscimo, podemos citar as palavras de DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, que após apontar razões de índole biológica e psicológicas para fundamentar o direito de esquecer, frisa para a necessidade em se tutelar o tal direito aos menores envolvidos em fatos notórios ou experiências traumáticas, “para que assim se possa possibilitar a evolução de sua individualidade, reconquistando as condições necessárias ao desenvolvimento sadio e pleno” (DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Pablo. *Direito ao esquecimento: a proteção da memória individual na sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 56 e ss; p. 101).

Desse modo, independente de se destinar à difusão, a mera existência do material pedopornográfico implica na disponibilidade permanente de visionamento da lesão⁹², o que contribui para potenciais perturbações psicológicas e relacionais do menor⁹³.

Por essas razões, dentro dos limites já expostos, nos parece legítima a incriminação da posse de pornografia infantil, porque atende às lógicas incriminadoras dos delitos de posse em geral – seja em uma perspectiva de antecipação de tutela penal, seja em uma lógica pós-consumativa de criminalização da conduta subsequente – e porque tal conduta é violadora da autodeterminação sexual dos menores, cujo núcleo essencial é o próprio desenvolvimento gradual da personalidade do menor no campo sexual.

Finalmente, a legitimidade da incriminação da posse de pornografia infantil tanto no Brasil quanto em Portugal, desde que completamente desvinculada a qualquer especial finalidade de agir (comércio, difusão, etc.) foi tratada como a mais amena violação da autodeterminação sexual dos menores, com penas claramente mais brandas do que as demais violações a direitos sexuais dos infantes, o que reforça a legitimidade do tipo penal em comento.

7. Conclusão

Dada sua característica de perene inovação, a *internet* talvez seja hoje o fenômeno que mais tem influenciado as transformações sociais, trazendo inestimáveis benefícios à sociedade. Todavia, o ambiente da *web* tem se mostrado fecundo terreno para a prática de ilícitos penais, tendo em vista a maior possibilidade de anonimato, a grande capilaridade da rede e, hoje, o barateamento de seu acesso.

Esse cenário motivou o nascimento de movimentos de neocriminalização, tendentes a coibir os ilícitos praticados no ambiente virtual, sejam eles crimes tradicionais que passaram a se proliferar na *sociedade em rede* ou mesmo novas espécies delitivas que passaram a existir após a *internet*.

Fruto dos movimentos de neocriminalização está a criação das novas figuras típicas relativas à pornografia infantil, entre as quais se inclui a conduta de armazenar material pedopornográfico, inclusive para fins privados. Como vimos, a reação sobre a pornografia infantil teve escala mundial, podendo-se destacar a Convenção do Cibercrime e o Protocolo Facultativo da Convenção dos Direitos da Criança da ONU.

Legitimada pelo interesse de proteção às crianças, a reação incriminadora parece ter se excedido, ao menos no tocante à criminalização da *posse* de pedopornografia, ampliando demasiadamente o conceito de pornografia infantil. Como visto no capítulo

⁹² Inclusive, pode ser exatamente esta eternização do crime e sua possibilidade de difusão que fez o legislador português e brasileiro criminalizar a detenção, mas não o mero visionamento *online* de pornografia infantil. Nesse sentido: ALBERGARIA, Pedro Soares de; LIMA, Pedro Mendes. *Op. cit.*, p. 208.

⁹³ No mesmo sentido assevera Inês Ferreira Leite: “A pornografia poderá ser ainda mais lesiva da liberdade sexual do menor, na medida em que permite a durabilidade do suporte pornográfico e a constância dos efeitos nefastos do momento de lesão ou de condicionamento da liberdade sexual deste. Em todos estes casos, haverá sempre um aproveitamento (mesmo quando se pune o mero consumo) de um acto de abuso sexual sobre o menor ou de exploração sexual do mesmo” (LEITE, Inês Ferreira. *Op. cit.*, p. 57).

3, tal situação poderia ter sido evitada caso se utilizasse a idade de maioridade sexual dos adolescentes como parâmetro, especialmente nos ordenamentos jurídicos que a admitem, como o brasileiro e o português.

Apesar de nossas ressalvas, consideramos que o crime de detenção de material pornográfico infantil atende à lógica incriminadora dos delitos de posse em geral, seja sob o enfoque da antecipação de tutela penal, seja porque criminaliza uma conduta subsequente à grave violação à criança. Embora essas situações já legitimem a criminalização da posse de pedopornografia como um crime de perigo, para nós a conduta ainda é violadora da autodeterminação sexual dos menores, cujo núcleo fundamental é a garantia do desenvolvimento da personalidade do menor do plano sexual. Com efeito, a legitimação da posse do material pornográfico infantil nas mãos de um sem número de pessoas tem grande probabilidade de causar danos psicológicos ao menor, além de negavelmente degradar os relacionamentos sociais do infante, conforme exposto no último capítulo.

Bibliografia

ALBERGARIA, Pedro Soares de; LIMA, Pedro Mendes. *O crime de detenção de pseudopornografia infantil – evolução ou involução?* Julgar, Lisboa, nº 12 (especial), p. 195-220, set./dez. 2010.

ALBERTO, Isabel Maria Marques. *Maltrato e trauma na infância*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2010.

AMBOS, Kai. Posse como delito e a função do elemento subjetivo. Reflexões a partir de uma perspectiva comparada. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra, nº 1, ano 24, p. 7-28, jan./mar. 2014.

_____. Responsabilidad penal em el ciberespacio. *InDret: revista para el análisis del derecho*, Barcelona, nº 2, 2015. Disponível em: <www.indret.com>.

ANTUNES, Maria João. *Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual dos menores*. Julgar, Lisboa, nº 12 (especial), p. 153-162, set./dez. 2010.

BURKE, Anne, et al. Child Pornography and the Internet: Policing and Treatment Issues. *Psychiatry, Psychology and Law*, Londres, 9:1, p. 79-84, 2002. Disponível em: <www.b-on.pt>.

COX LEIXELARD, Juan Pablo. *Delitos de posesión: bases para una dogmática*. Montevideo-Buenos Aires: B de f, 2012.

_____. Los delitos de producción, adquisición y tenencia maliciosa de material pornográfico como figuras expansivas del derecho penal. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso (Chile), nº XXVI, semestre I, p. 145-154, 2005.

CRAVEN, Samantha; BROWN, Sarah; GILCHRIST, Elizabeth. Current responses to sexual grooming: implication for prevention. *The Howard Journal*, Oxford, nº 1, vol. 46, p. 60-71, fev. 2007.

DELSIGNORE, Stefano. La detenzione di materiale pornografico minorile: *in: reato che poggia solamente sul biasimo morale e sul sospetto di condotte realmente offensive per la personalità dei minori?* In: _____; BIANCHI, Malaika (Org.). *I delitti di pedo-pornografia fra tutela della moralità pubblica e dello sviluppo psico-fisico dei minori*. Padova: CEDAM, p. 85-111, 2008.

_____. Mercificazione della persona e delitti di pornografia minorile: una tutela per la dimensione interiore ed esteriore della personalità in divenire del minore. In: _____; BIANCHI, Malaika (Org.). *I delitti di pedo-pornografia fra tutela della moralità pubblica e dello sviluppo psico-fisico dei minori*. Padova: CEDAM, p. 25-84, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo (dir.). *Comentário Conimbricense do Código Penal*: parte especial. Tomo II. Coimbra: Coimbra, 1999.

_____; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia*: o homem delinquente e a sociedade criminógena. reimp. Coimbra: Coimbra, 2013.

DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Meneses da Silva. Notas substantivas sobre crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual. *Revista do Ministério Público*. Lisboa, nº 136, p. 59-97, out./dez. 2013.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras*: la frontera del Derecho Penal sexual. Barcelona: Bosch, 1982.

_____. Trata de seres humanos y explotación sexual de menores. Exigencias de la Unión y legislación española. *Revista Penal*. Espanha, nº 2, p. 17-22, 1998.

DOMINGUEZ MARTINEZ, Pablo. *Direito ao esquecimento*: a proteção da memória individual na sociedade da informação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

DRUMMOND, Victor. *Internet, privacidade e dados pessoais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

ENDRASS, Jérôme *et al.* The Consumption of Internet Child Pornography and Violent and Sex Offending. *BMC Psychiatry*, vol. 9:43, jul. 2009. Disponível em <<http://www.biomedcentral.com/1471244X/9/43>>.

FLETCHER, George P. *Rethinking Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2000.

GREGG, Donna Coleman. The internet and the press. In: *Direito da Sociedade da Informação e do Direito de Autor*, vol. X, Coimbra, p. 9-20, 2010.

HAMILTON, Melissa. The child pornography crusade and its net-widening effect. *Cardozo Law Review*. Nova Iorque, vol.33:4, p. 1680-1732, 2011/2012. Disponível em <<http://heinonline.org>>.

HENZEY, Michael J. Going on the offensive: a comprehensive overview of internet child pornography distribution and aggressive legal action. *Appalachian Journal of Law*, vol. 11:1, 2011-2012. Disponível em <<http://heinonline.org>>.

HERCZEG, Jiri. Actual problems of possession and viewing child pornography *in: internet*. JURA, Pécs (Hungria), nº 1, p. 70-80, 2014. Disponível em <<http://heinonline.org>>.

JORGENSEN, Dale W.; VU, Khuong M. Tecnologias de informação e a economia mundial. In: MANUEL CASTELLS; CARDOSO, Gustavo (Org). *A sociedade em rede: do conhecimento à política*. Conferência Promovida pelo Presidente da República. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, p. 65-78, 2005.

KIERKEGAARD, Sylvia. Cybering, online grooming and ageplay. *Computer Law & Security Report*, nº 24, p. 41-55, 2008. Disponível em <www.sciencedirect.com>.

KINGSTON, D. A. et al. Pornography use and sexual aggression: the impact of frequency and type of pornography use on recidivism among sexual offenders. *Aggressive Behavior*, Vol. 34, 2008, p. 341-351. Disponível em <<http://onlinelibrary.wiley.com>>.

LEITE, Inês Ferreira. A tutela penal da liberdade sexual. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra, nº 1, ano 21, p. 29-94, jan./mar. 2011.

MANUEL CASTELLS. A sociedade em rede: do conhecimento à política. In: _____; CARDOSO, Gustavo (Org). *A sociedade em rede: do conhecimento à política*. Conferência Promovida pelo Presidente da República. Lisboa: Imprensa Nacional Imprensa Nacional-Casa da Moeda, p. 17-30, 2005.

MARQUES, José Augusto Sacadura Garcia. Internet e privacidade. In: *Direito da Sociedade da Informação* (Org. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Associação Portuguesa do Direito Intelectual), vol. V, Coimbra, p. 23-64, 2004.

MATA y MARTIN, Ricardo M. Criminalidad Informática: una introducción al cibercrimen. In: RUIZ MIGUEL, Carlos et al. *Temas de Direito da Informática e da Internet*. Coimbra: Coimbra, p. 197-236, 2004.

MAYER, Laura. Almacenamiento de pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de dieciocho años: un delito asistemático, ilegítimo e inútil. *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, vol. 9, nº 17, p. 27-57, jul. 2014. Disponível em: <www.b-on.pt>.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, 5ª ed., São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2010.

OXMAN, Nicolás. Aspectos político-criminales y criminológicos de la criminalización de la posesión de pornografía infantil en Estados Unidos de Norteamérica. *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, vol. 6, nº 12, p. 252-294, dez. 2011. Disponível em: <www.b-on.pt>.

PALMA, Maria Fernanda. Conceito Material de Crime e Reforma Penal. *Anatomia do Crime*, Lisboa, nº 0, p. 11-26, jul./dez. 2014.

PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz. *Pornografia infantil virtual*. Julgar, Lisboa, nº 12 (especial), p. 183-194, set./dez. 2010.

ROCHA, Maria Victória. Novos meios de pagamento no comércio eletrônico (e-commerce). In: *Direito da Sociedade da Informação* (Org. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Associação Portuguesa do Direito Intelectual), vol. V, Coimbra, p. 203-214, 2004.

RODRÍGUEZ ALMADA, Hugo. *Maltrato y abuso sexual de menores: una revisión crítica*. Granada: Comares, 2006.

ROJO GARCIA, Juan Carlos. La realidad de la pornografía infantil en internet. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, nº 9, p. 211-251, 2002.

ROXIN, Claus. Derecho Penal. *Parte General*, tomo I. 2ª ed. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas, 2008.

_____. Crimes de Posse. Tradução de José Danilo Tavares Lobato. *Revista Liberdades*, IBCCRIM, nº 12, p. 36-55, jan./abr. 2013. Disponível em <<http://www.ibccrim.org.br>>.

_____. O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra, nº1, ano 23, p. 7-43, jan./mar. 2013.

RUEDA MARTÍN, Mª Ángeles. La relevância penal del consentimiento del menor de edad em relación com los delitos contra la intimidad y la própria imagen. *InDret: revista para el análisis del derecho*. Barcelona, nº 4, 2013. Disponível em: <www.indret.com>.

SETO, Michel C.; EKE, Angela W.. The Criminal Histories and Later Offending of Child Pornography Offenders. *Sexual Abuse: a journal of research and treatment*, vol. 17, nº 2, p. 201-210, abr. 2005. Disponível em: <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/15974425>>

_____; CANTOR, James M.; BLANCHARD, Ray. Child pornography offenses are a valid diagnostic indicator of pedophilia. *Journal of Abnormal Psychology*. Washington, vol. 115, nº 3, p. 610-615, 2006.

STRASSBERG, Donald S.; RULLO, Jordan E.; MACKARONIS, Julia E. The sending and receiving of sexually explicit cell phone fotos (sexting) while in high school: one college's student's retrospective reports. *Computers in Human Behavior*, vol. 41, p. 177-183, 2014.

STRUENSEE, Eberhard. Os crimes de posse. Traduzido por José Danilo Tavares Lobato. *Revista Liberdades*, IBCCRIM, nº 12, p. 56-69, jan./abr. 2013. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/15/IBCC_RevistaLiberdades_n12_artigo2.pdf>.

VERDELHO, Pedro. *Cibercrime e segurança informática*. Polícia e Justiça, Lisboa, série III, nº 6, p. 159-175, jul./dez. 2005.

WHITTLE, Helen, *et al.* A review of online grooming: characteristics and concerns. *Aggression and Violent Behavior*, vol. 18, p. 62-70, 2013. Disponível em <www.b-on.pt>.

Sistema Brasileiro de Precedentes Judiciais Obrigatórios e os Deveres Institucionais dos Tribunais: Uniformidade, Estabilidade, Integridade e Coerência da Jurisprudência¹

Fredie Didier Jr.*

Sumário

1. Nota Introdutória. 2. Deveres Institucionais dos Tribunais Relacionados ao Sistema de Precedentes. 3. Dever de Uniformização da Jurisprudência. 4. Dever de Manter a Jurisprudência Estável. 5. Dever de Coerência e Dever de Integridade. 5.1. Premissas. 5.2. Dever de Coerência. 5.2.1. Generalidades. 5.2.2. Alguns Critérios para Aferição da Coerência. 5.2.2.1. Conformidade com o Repertório Conceitual da Teoria Geral do Direito e da Dogmática Jurídica. 5.2.2.2 Recondição a uma Mesma Norma Superior. 5.2.2.3. Conformidade com a Regra que Impõe Requisitos para a Congruência Interna da Decisão. 5.3. Dever de Integridade.

1. Nota Introdutória

Em março de 2015 foi promulgado o novo Código de Processo Civil brasileiro (CPC). A partir de março de 2016, fica revogado o Código de Processo Civil de 1973 (CPC-1973).

Um dos pilares do novo Código é a estruturação dogmática de um sistema de precedentes judiciais obrigatórios. Essa transformação do direito brasileiro deve-se muito ao modo pelo qual a jurisdição vem sendo examinada pelos estudiosos do Direito no Brasil.

Nicola Picardi, em texto célebre e muito difundido no Brasil, fala da “vocação do nosso tempo para a jurisdição”². O Direito processual civil brasileiro é, hoje, uma comprovação da intuição do mestre italiano.

Esse ensaio, que tem por objetivo examinar uma parte nuclear do sistema de precedentes obrigatórios no Direito brasileiro, é, assim, a singela homenagem de um jovem brasileiro a um dos mais influentes juristas italianos.

¹ Em homenagem a Nicola Picardi.

* Pós-doutorado pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito pela UFBA. Membro da Associação Internacional de Direito Processual e dos Institutos Brasileiro e Ibero-americano de Direito Processual. Livre-docente – USP. Professor-adjunto de Direito Processual Civil – UFBA. Advogado. Consultor jurídico.

² PICARDI, Nicola. “La vocazione del nostro tempo per la giurisprudizione”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffr  , 2004, n   1, p. 41 e segs.

2. Deveres Institucionais dos Tribunais Relacionados ao Sistema de Precedentes

O art. 926 CPC brasileiro inova ao dispor que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”³.

Prevê, assim, deveres gerais para os tribunais no âmbito da construção e manutenção de um sistema de precedentes (jurisprudência e súmula), persuasivos e obrigatórios, sendo eles: *a)* o dever de uniformizar sua jurisprudência; *b)* o dever de manter essa jurisprudência estável; *c)* o dever de integridade; e *d)* o dever de coerência.

Todos eles são decorrência de um conjunto de normas constitucionais: dever de motivação, princípio do contraditório, princípio da igualdade e segurança jurídica. Mas isso não elimina a relevância de sua previsão no plano infraconstitucional. A consagração legislativa explícita diretamente o comportamento exigido dos tribunais na atividade de elaboração e desenvolvimento de um direito judicial.

Cabe analisar cada um desses deveres.

3. Dever de Uniformização da Jurisprudência

O dever de *uniformizar* pressupõe que o tribunal não possa ser omissor diante de divergência interna, entre seus órgãos fracionários, sobre a mesma questão jurídica⁴. O tribunal tem o dever de resolver essa divergência, uniformizando o seu entendimento sobre o assunto.

O art. 926, §1º, CPC, desdobra o dever de uniformizar, dele extraíndo o dever dos tribunais de sintetizar sua jurisprudência dominante, sumulando-a, ao determinar que, “na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante”. Esse dever fica condicionado ao cumprimento do disposto no art. 926, §2º, CPC: “ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”⁵.

O objetivo é esclarecer que o correto exercício deste dever de editar enunciados sumulares pressupõe a fidelidade do tribunal à base fática a partir da qual a jurisprudência sumulada foi construída. Cumpre preservar o caráter de concretude do direito judicial que se constrói. Produz-se norma geral, mas a partir de casos concretos.

³ Ao incluir os adjetivos “íntegra” e “coerente” no enunciado normativo, o Congresso Nacional acolheu a sugestão encaminhada por Lênio Streck, que já defendia essa tese em seus escritos há certo tempo.

⁴ Defendendo a existência de um dever de uniformizar a jurisprudência ainda sob a vigência do CPC-1973, e apenas com base na previsão do incidente de uniformização de jurisprudência do CPC-1973 (arts. 476 e segs.), VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Uniformização de jurisprudência – segurança jurídica e dever de uniformizar*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 203; SANTOS, Ernane Fidélis. *Manual de Direito Processual Civil*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, vol. 1, p. 600; DIDIER Jr., Freddie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 12ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, vol. 3, p. 555.

⁵ A súmula é uma consolidação de enunciados que consagram as teses jurídicas que têm prevalecido no tribunal. O enunciado da súmula propõe-se a ser o texto da *ratio decidendi* do precedente que vem sendo reiteradamente seguido em determinado tribunal.

Com isso, o legislador “neutraliza o problema histórico dos enunciados das súmulas criados de forma abstrata, sem referência aos precedentes que levaram à sua conformação”⁶.

4. Dever de Manter a Jurisprudência Estável

Há, ainda, o *dever de o tribunal manter sua jurisprudência estável*.

Assim, qualquer mudança de posicionamento (superação; *overruling*) deve ser justificada adequadamente, além de ter sua eficácia modulada em respeito à segurança jurídica (art. 927, §4º, CPC).

Daí falar-se em um princípio da “inércia argumentativa”, como a norma que:

a) estabelece a necessidade de uma *forte carga argumentativa* para aquele que pretende afastar (por distinção ou superação) o precedente diante de caso que se assemelhe àquele que ensejou sua formação, exigindo-se não apenas a fundamentação ordinária nos termos do art. 489, *caput* e §1º, CPC, como também uma fundamentação qualificada que justifique o *overruling* ou *distinguishing* nos moldes do art. 489, §1º, VI, CPC; e

b) facilita a elaboração da fundamentação (carga argumentativa mais *fraca*) para aquele que pretende aplicar o precedente à resolução de caso semelhante⁷, mas sem que se abra mão de, ao menos, identificar seus fundamentos determinantes e demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos (art. 489, §1º, V, CPC).

A “inércia argumentativa” vem em prol da preservação do *status quo*, cuja modificação pressupõe razões extras até então não cogitadas ou enfrentadas. Mais do que norma infraconstitucional (art. 489, §1º, V e VI, CPC), a “inércia argumentativa” encontra-se implicitamente consagrada na Constituição como exigência de uniformidade jurisprudencial que garanta: i) *igualdade* de tratamento para casos afins (art. 5º, *caput*, CF); ii) de *motivação* adequada tanto para a decisão que aplica como para aquela que afasta o precedente (art. 93, IX, CF); e iii) de *contraditório*, que pressupõe o direito de conhecer essa motivação para questioná-la por meios de impugnação cabíveis (art. 5º, LV, CF)⁸.

Uma última palavra: “a estabilidade da jurisprudência do tribunal depende também da observância de seus próprios precedentes, inclusive por seus órgãos fracionários”⁹.

⁶ ZANETI JR., Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 380.

⁷ ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro. O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no Direito brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, nº 229, p. 379 e 389.

⁸ ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro. O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no Direito brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, nº 229, p. 392 e 393.

⁹ Enunciado nº 316 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. O Fórum Permanente de Processualistas Cíveis é uma reunião semestral de processualistas brasileiros, cujo propósito é apresentar enunciados doutrinários que sirvam à compreensão do CPC brasileiro de 2015. Os enunciados somente podem ser aprovados por unanimidade.

5. Dever de Coerência e Dever de Integridade

5.1. Premissas

O art. 926 do CPC atribui ao tribunal os deveres de manter íntegra e coerente a sua jurisprudência.

Este enunciado normativo é inédito e de difícil compreensão.

A começar pelo fato de ele incorporar dois termos muito difundidos nos estudos contemporâneos sobre a teoria do Direito, de um modo geral, e da decisão judicial, de um modo especial: a integridade e a coerência. Isso naturalmente leva o intérprete a relacionar o enunciado normativo a determinada concepção teórica a respeito do tema; sobretudo o termo “integridade”, muito ligado às ideias de Ronald Dworkin¹⁰; já o termo “coerência”, por outro lado, é bem disseminado.

Para que se possa ter uma dimensão do problema, há quem veja no termo “integridade”, no sentido utilizado por Dworkin, sinonímia com o termo “coerência”¹¹. E, como se verá nos exemplos de concretização desses deveres, há clara interseção entre as suas zonas de aplicação.

Sucede que se está diante de um *enunciado normativo*, e não de um *enunciado doutrinário*. É preciso dar sentido normativo ao que dispõe a parte final do art. 926 do CPC.

Embora esse sentido possa ser construído a partir das lições de autores que se vincularam a esses termos, não há necessidade, e nem poderia ser diferente, de o conteúdo normativo desses textos corresponder exatamente a determinada orientação filosófica.

É preciso concretizar o conteúdo normativo desses deveres, de modo a que se possa construir e compreender o microsistema de formação, aplicação e revogação de precedentes *do direito brasileiro*.

a) Temos, então, uma *primeira premissa*: a discussão muda de patamar; não se trata mais apenas de uma querela filosófica – que continuará existindo, é claro, até mesmo pela relevância da discussão. O problema da interpretação do que se entende por “coerência” e por “integridade” passou a ser dogmático.

b) A *segunda premissa* para compreender o conteúdo dogmático do art. 926 do CPC é a seguinte: o uso de dois termos pelo legislador indica claramente a existência de *dois deveres*.

Há o *dever de coerência* e há o *dever de integridade*.

A interpretação do dispositivo deve ser no sentido de dar-lhe máxima efetividade; não parece adequada qualquer interpretação que compreenda o dever de integridade

¹⁰ DWORKIN, Ronaldo. *O Império do Direito*. Jefferson Luiz Camargo (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 213-332.

¹¹ PECZENIK, Alexsander. *On law and reason*. Lexington: Springer, 2009, p. 132. Essa sinonímia revela-se, com alguma clareza, na obra de autora expressamente influenciada pelo pensamento de Dworkin: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica – fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 252.

como continente do qual o dever de coerência é conteúdo, ou vice-versa. A depender da concepção teórica a que se filie o intérprete, uma ou outra opção poderia revelar-se.

Há *dois* deveres, que, ao lado dos demais (uniformizar a jurisprudência, mantê-la estável e divulgá-la devidamente), compõem o complexo de situações jurídicas passivas imputadas aos tribunais. Tais deveres servem como instrumentos para o desenvolvimento do microssistema de precedentes judiciais obrigatórios brasileiros.

Há doutrina que simplesmente os misture¹²; há quem, embora os distinga, quando trata de concretizá-los, refere a um e a outro indistintamente¹³; e ainda há quem prefira referir-se a eles utilizando o termo “consistência”.

São dois os deveres; mas eles formam um amálgama. É bem difícil compreender um sem o outro.

c) Isso nos faz caminhar para a *terceira premissa*: a necessária distinção dogmática entre esses deveres não impede que uma determinada conduta devida pelo tribunal possa decorrer de *ambos os textos normativos*.

Ou seja: os dois deveres podem impor ao tribunal uma só conduta.

Pode-se dizer sobre eles o que Canaris disse sobre os princípios¹⁴: não possuem pretensão de exclusividade como fonte de deveres dos tribunais na formação dos precedentes judiciais. Muitos dos exemplos que serão apresentados são promíscuos, por não serem fiéis a apenas um dos deveres, ou, visto por outra ótica, são rebentos com duas mães.

No final das contas, o relevante será a soma dos deveres atribuídos ao tribunal a partir dos postulados da coerência e da integridade.

A essa soma, a esse amálgama pode-se dar o nome de *consistência*.

d) À *quarta premissa*. O dever de coerência e o dever de integridade servem ao atingimento de um fim: a jurisprudência há de ser consistente. É preciso extrair desse dispositivo do CPC o dever de o tribunal produzir uma jurisprudência consistente.

Uma jurisprudência pode ser coerente, mas inconsistente: o tribunal interpreta o Direito de modo coerente (do ponto de vista lógico), mas a argumentação que sustenta a *ratio decidendi* é frágil e lacunosa.

Uma jurisprudência pode ser íntegra, mas inconsistente: o tribunal decide com atenção à unidade do Direito, às peculiaridades de determinado microssistema ou às relações entre o processo e o Direito material, mas o faz a partir de distinções inconsistentes, teorias obsoletas ou sem o enfreitamento de todos os argumentos suscitados em torno da controvérsia.

¹² Embora preferindo usar o termo “coerência”, PECZENIK, Alexander. *Certainty or coherence*. The reasonable as rational? On legal argumentation and justification. Festschrift for Aulis Aarnio. Berlin: Duncker & Humblot, 2000, p. 169.

¹³ STRECK, Lenio Luiz. Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades? Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>>. Acesso em: 10 jan 2015.

¹⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Introdução e Tradução por A. Menezes Cordeiro. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 90.

De fato, “consistência” parece ser um termo mais adequado para designar o conjunto formado por *coerência* e *integridade*; talvez a melhor opção fosse simplesmente dizer que os tribunais deverão zelar pela “consistência de sua jurisprudência”. Qualificar uma jurisprudência como “consistente” é, claramente, considerá-la “íntegra e coerente”.

A terminologia, aqui, também é um problema. As lições de Peczenik sobre “coerência”, muitas vezes seguidas neste capítulo, servem, em alguns casos, para a compreensão do que aqui se denomina por “consistência”¹⁵ ou por “integridade”. McCormick distingue “coerência” de “consistência”, sendo que na tradução brasileira de seu livro, a palavra “consistency” foi traduzida como “coesão”¹⁶.

e) *Quinta premissa*: a condição mínima¹⁷ para que se possa considerar uma jurisprudência como íntegra e coerente é estar ela lastreada em precedentes bem fundamentados (art. 489, §1º e art. 927, §1º, CPC).

A integridade e a coerência revelam-se no enfrentamento dos argumentos suscitados para a formação da tese jurídica do precedente. Tanto mais argumentos suportem a tese jurídica firmada, tanto mais consistente (íntegra e coerente) ela é¹⁸.

f) *Sexta premissa*: o art. 926 do CPC consagra dois *exemplos* de *postulados hermenêuticos*¹⁹, cuja utilização é necessária ao desenvolvimento judicial do Direito. Tanto na formação como na aplicação dos precedentes, os tribunais devem observar os postulados da coerência e da integridade.

g) *Sétima premissa*: a coerência e a integridade são pressupostos para que a jurisprudência possa ser universalizada, possa ser legitimamente aplicada a outros casos semelhantes. É da essência de um sistema de precedentes construídos de forma racional e não-autoritária que eles sejam universalizáveis. Não é legítimo universalizar o que não é íntegro ou coerente.

h) Finalmente, a *oitava premissa*: a verificação da integridade e da coerência da jurisprudência deve ser feita a partir da ponderação e do balanceamento de diversos critérios²⁰, que se relacionam entre si. Alguns desses critérios serão vistos a seguir. Na medida do possível, eles devem ser observados e não podem ser examinados isoladamente²¹.

¹⁵ O mesmo acontece com as lições de Aulis Aarnio. (AARNIO, Aulis. “The procedure of legal reasoning”. *Essays on the doctrinal Study of Law*. Dordrecht: Springer, p. 145-146).

¹⁶ MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Waldéa Barcellos (trad.) São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 255.

¹⁷ Falando apenas de “coerência”, mas cuja lição se aplica perfeitamente ao quanto aqui se defende, PECZENIK, Alexander. *On law and reason*, cit., p. 131.

¹⁸ Adapta-se a lição de Peczenik, que se refere à coerência (PECZENIK, Alexander. *On law and reason*, cit., p. 133).

¹⁹ Sobre os postulados hermenêuticos de um modo geral e o postulado da coerência, de um modo especial, ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2011, p. 135-144.

²⁰ PECZENIK, Alexander. *On law and reason*, cit., p. 133.

²¹ PECZENIK, Alexander. *On law and reason*, cit., p. 144-145.

5.2. Dever de Coerência

5.2.1. Generalidades

A coerência entre duas normas pode ser visualizada em dimensão *formal* ou em dimensão *substancial*.

A coerência formal está ligada à ideia de não contradição; a coerência substancial, à ideia de conexão positiva de sentido²². O *dever de coerência* deve ser concretizado em ambas as dimensões.

A exigência de *coerência* produz efeitos também em duas dimensões: interna e externa.

Do ponto de vista *externo*, os tribunais devem coerência às suas próprias decisões anteriores e à linha evolutiva do desenvolvimento da jurisprudência. A coerência é, nesse sentido, uma imposição do princípio da igualdade – casos iguais devem ser tratados igualmente, sobretudo quando o tribunal já tem um entendimento firmado. Não pode o tribunal contrariar o seu próprio entendimento, ressalvada, obviamente, a possibilidade de sua superação.

Julgar um caso é essencialmente distingui-lo de outro. É preciso, porém, que as distinções feitas pelos tribunais sejam coerentes.

Não há coerência, por exemplo, na distinção que o Supremo Tribunal Federal brasileiro fez entre inquérito penal e inquérito civil, para fins de aferição da competência legislativa respectiva – como será visto no item sobre integridade.

Também não há coerência na distinção que o Superior Tribunal de Justiça brasileiro fez, na vigência do CPC-1973, entre núcleos de prática jurídica de instituições federais de ensino e núcleos de prática jurídica de instituições particulares de ensino, reconhecendo apenas aos primeiros o benefício da dobra dos prazos processuais²³.

Além disso, a dimensão *externa* do dever de coerência reforça o inafastável caráter histórico do desenvolvimento judicial do Direito: o direito dos precedentes forma-se paulatinamente, em uma cadeia histórica de decisões, que vão agregando sentido e dando densidade à norma jurídica geral construída a partir de um caso concreto.

A coerência impõe o dever de *autorreferência*, portanto: o dever de dialogar com os precedentes anteriores, até mesmo para superá-los e demonstrar o *distinguishing*. O respeito aos precedentes envolve o ato de segui-los, distingui-los ou revogá-los, jamais ignorá-los²⁴.

²² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2011, p. 140.

²³ Há precedente do STJ que não estende o benefício a núcleo de prática jurídica de entidade particular de ensino (STJ, 3ª T., AgRg no AgRg no AgRg na MC 5.149/MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 15.10.2002, publicado no DJ de 25.11.2002, p. 227). Há precedente do STJ que estende o benefício a núcleo de prática jurídica de entidade pública de ensino (STJ, 3ª T., REsp. nº 1.106.213/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 25.10.2011, publicado no DJe de 07.11.2011).

²⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica – fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 235.

É bem conhecida a metáfora, elaborada por Dworkin, de que a construção judicial do Direito é um romance em cadeia: cada julgador escreve um capítulo, mas não pode deixar de dialogar com o capítulo anterior²⁵, para que a história possa resultar em algo coerente. “A prática jurídica precisa se preocupar com o que foi feito anteriormente. (...) [a autorreferência] torna a prática mais comprometida com a coerência no discurso jurisdicional, por meio da criação de uma espécie de linha sequencial de decisões”²⁶. Às vezes, nem mesmo o próprio julgador observa a sua própria cadeia decisória, submetido que está “às idiossincrasias decisórias de uma multiplicidade de assessores e analistas”²⁷⁻²⁸.

Muito a propósito, no particular, o enunciado nº 166 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A aplicação dos enunciados das súmulas deve ser realizada a partir dos precedentes que os formaram e dos que os aplicaram posteriormente”.

A coerência deve, ainda, ser observada no espaço e no tempo: “geograficamente, não se autorizando que a mesma situação jurídica seja tratada de forma injustificadamente diferente por órgãos de locais díspares; e historicamente, precisando respeitar sua atuação anterior ou justificar a modificação da posição que foi adotada com referência e cuidado com o passado e suas consequências”²⁹.

A dimensão *interna* do dever de coerência relaciona-se à construção do precedente e, por isso, ao dever de fundamentação. Coerência, nesse sentido, é uma dimensão da congruência que se exige de qualquer decisão judicial. Mas essa congruência não se limita ao aspecto lógico (dever de não produzir decisão contraditória)³⁰; ela impõe outros atributos à decisão.

5.2.2. Alguns Critérios para Aferição da Coerência

Abaixo, alguns critérios de constatação da coerência do precedente judicial e, por tabela, da jurisprudência.

²⁵ DWORKIN, Ronaldo. *O Império do Direito*. Jeferson Luiz Camargo (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 275-277.

²⁶ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, cit., p. 271. O texto entre colchetes é nosso.

²⁷ NEVES, Marcelo. *A “desrazão” sem diálogo com a “razão”*: teses provocatórias sobre o STF. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-out-18/desrazao-dialogo-razao-teses-provocatorias-stf>, consultado em 17.02.2015.

²⁸ Embora se referindo ao dever de integridade, o que reforça a interseção que há entre ele e o dever de coerência, a lição de Dierle Nunes, Alexandre Bahia e Humberto Theodoro Jr. merece reprodução: “Em face da pressuposição brasileira de que os Ministros (e juízes) devem possuir liberdade decisória, cria-se um quadro de ‘anarquia interpretativa’ na qual nem mesmo se consegue respeitar a história institucional da solução de um caso dentro de um mesmo tribunal. Cada juiz e órgão do tribunal julgam a partir de um ‘marco zero’ interpretativo, sem respeito à integridade e ao passado de análise daquele caso; permitindo a geração de tantos entendimentos quantos sejam os juízes”. (NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; THEODORO Jr., Humberto. “Breves considerações da politização do judiciário e do panorama de aplicação no direito brasileiro: análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2010, nº 189, p. 43).

²⁹ MACÊDO, Lucas Buril. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 433.

³⁰ PECZENIK, Alexander. *On law and reason*, cit., p. 131. A teoria sobre coerência desenvolvida por Alexander Peczenik serve para a compreensão do sistema jurídico, da dogmática jurídica e da decisão judicial (PECZENIK, Alexander. “Certainty or coherence”, cit., p. 169).

5.2.2.1. Conformidade com o Repertório Conceitual da Teoria Geral do Direito e da Dogmática Jurídica

A decisão deve estar de acordo com o repertório conceitual da Teoria Geral do Direito e da Ciência Dogmática do Direito.

Porque estabelece o compêndio dos *conceitos jurídicos fundamentais* (prova, capacidade, cognição, ato processual etc.), a Teoria Geral do Direito tem uma função bloqueadora: a solução jurídica que se der a um problema jurídico somente será aceitável se estiver em conformidade com a pauta conceitual por ela fornecida³¹. Uma das funções do saber dogmático (o conhecimento indispensável à solução dos problemas jurídicos) é, exatamente, *institucionalizar a tradição jurídica*, “gerando segurança e uma base comum para os técnicos do direito”³². Porque estabelece o compêndio dos *conceitos jurídico-positivos* (apelação, inspeção judicial, reconvenção etc.), a Ciência Dogmática do Direito também exerce essa mesma função bloqueadora.

À doutrina cabe a função de apontar “critérios precisos, que permitam processos discursivos transparentes e controles intersubjetivos”³³ das decisões. Em suma: “não é qualquer interpretação que vale, mas apenas aquelas que resultam de uma argumentação conforme os padrões dogmáticos”³⁴.

A força persuasiva da doutrina no exercício da função jurisdicional será maior ou menor conforme a tradição jurídica de cada país; mas não é razoável supor que o órgão julgador simplesmente ignore a produção da ciência jurídica³⁵.

Sem o manancial teórico fornecido pela ciência jurídica, a interpretação justa do Direito torna-se, rigorosamente, impossível³⁶. A principal utilidade da ciência jurídica é exatamente possibilitar o uso coerente³⁷ dos inúmeros conceitos jurídicos³⁸.

5.2.2.2 Recondução a uma Mesma Norma Superior

A coerência entre duas normas (entre duas normas-precedente, por exemplo) revela-se, também, quando ambas podem ser justificadas com base em um mesmo

³¹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1980, p. 62. Especificamente sobre a função bloqueadora da Teoria Geral do Processo, DIDIER JR., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo*. 2ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p. 98-100.

³² FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito – Técnica, decisão e dominação*. São Paulo: Atlas, 1994, p. 88.

³³ ÁVILA, Humberto. “A doutrina e o Direito Tributário”. *Fundamentos do Direito Tributário*. Humberto Ávila (Org.). São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 230.

³⁴ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito – Técnica, decisão e dominação*, 2ª ed., cit., p. 51.

³⁵ PECZENIK, Aleksander. *Scientia juris – legal doctrine as knowledge of law and as a source of law*. Dordrecht: Springer, 2005, p. 7.

³⁶ “Nenhuma tentativa séria de elucidar a natureza do direito ou das leis, ou de uma parte ou ramo de estudo jurídico, poderá deixar de incluir alguma análise de termos ou de conceitos”. (MACCORMICK, Neil. “Analítica (abordagem do direito)”. *Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito*. André-Jean Arnaud (Org.). Tradução para a língua portuguesa sob a direção de Vicente de Paulo Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 25.)

³⁷ *The doctrine plays an important role because it aims at rationality*. “A teoria exerce um importante papel porque visa à racionalidade”, em tradução livre. (PECZENIK, Aleksander. *On law and reason*, cit., p. 295.)

³⁸ DIMOULIS, Dimitri. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Método, 2006, p. 42.

princípio ou em um mesmo conjunto de princípios que estejam hierarquicamente em nível superior. Ou seja: é preciso que essas duas normas “façam sentido”, “em virtude de serem racionalmente relacionadas como um conjunto instrumental ou intrinsecamente voltado para a realização de alguns valores comuns”³⁹.

Define-se a coerência, aqui, como uma relação de justificação (de argumentação) entre duas normas⁴⁰.

Um exemplo. As regras extraídas dos arts. 139, IX, 282, §2º, 317, 321, 485, §7º, 487, 932, p. único e 1029, §3º, do CPC, formam um conjunto coerente de normas que se justificam em um mesmo princípio: o princípio da primazia da decisão de mérito (art. 4º, CPC). Se o tribunal ora segue essa linha no exame das questões de admissibilidade da petição inicial, ora segue linha oposta no exame da admissibilidade de incidentes processuais, produz uma jurisprudência incoerente.

Outro exemplo. Um tribunal que decida, em um caso, que a união homoafetiva é família, para fim sucessório, e, em outro, que não é família, para fim previdenciário, produz decisões incoerentes, pois não é possível reconduzi-las a uma norma superior comum.

Mais um exemplo. Há diversas normas que remetem ao princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil brasileiro. Elas, portanto, demonstram a coerência do sistema jurídico, no particular: *a)* amplo regramento da mediação ou conciliação (arts. 165 a 175, CPC); *b)* estruturação do procedimento de modo a pôr a tentativa de autocomposição como ato anterior ao oferecimento da defesa pelo réu (arts. 334 e 695, CPC); *c)* permissão de homologação judicial de acordo extrajudicial de qualquer natureza (art. 515, III; art. 725, VIII, CPC); *d)* permissão que, no acordo judicial, seja incluída matéria estranha ao objeto litigioso do processo (art. 515, §2º, CPC); *e)* permissão de acordos processuais (sobre o processo, não sobre o objeto do litígio) atípicos (art. 190, CPC); *f)* incentivo à arbitragem (Lei nº 9.307/1996); *g)* existência de vários negócios jurídicos processuais típicos (art. 63; art. 65; art. 168; art. 225; art. 311, II; art. 337, §6º; art. 362, I; art. 357, §2º; art. 373, §§3º e 4º; art. 471; art. 775; art. 998; art. 999; art. 1.000, CPC).

5.2.2.3. Conformidade com a Regra que Impõe Requisitos para a Congruência Interna da Decisão

O *dever de coerência* impõe que o precedente observe, obviamente, a regra de congruência interna das decisões judiciais.

O precedente precisa ser certo, claro e coerente. Se um tribunal disser, por exemplo, que uma decisão é inexistente, mas, ao mesmo tempo, reputá-la

³⁹ MacCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo (trad.) Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 252. Nesse sentido, MICHELON, Claudio. “Princípios e coerência na argumentação jurídica”. *Direito e interpretação – racionalidades e instituições*. Ronaldo Porto Macedo Jr. e Catarina Helena Cortada Barbieri (Org.). São Paulo: Saraiva, 2011, p. 267; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2011, p. 136; MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas – do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: RT, 2013, p. 86.

⁴⁰ MICHELON, Claudio. “Princípios e coerência na argumentação jurídica”. *Direito e interpretação – racionalidades e instituições*. Ronaldo Porto Macedo Jr. e Catarina Helena Cortada Barbieri (Org.). São Paulo: Saraiva, 2011, p. 267.

rescindível, estará violando claramente o dever de coerência, pois algo não pode ser simultaneamente inexistente e rescindível.

5.3. Dever de Integridade

O dever de integridade relaciona-se com a ideia de unidade do Direito.

Embora o termo “integridade” esteja muito relacionado a Ronald Dworkin, este ensaio não interpretará o enunciado normativo do art. 926 do CPC brasileiro *exclusivamente* com base no seu pensamento. As ideias de Dworkin são importantíssimas para a compreensão do assunto, mas não são a única fonte para a concretização do dever de integridade no Direito brasileiro. Essa opção decorre da premissa teórica do professor estadunidense, segundo a qual somente há uma resposta correta para um problema jurídico. Neste ponto, essa prestigiada teoria da interpretação do Direito não é a seguida neste ensaio. A interpretação é, essencialmente, uma atividade de recriação e, também, de escolha de significado, “ainda que lógica e argumentativamente guiada”⁴¹. A teoria da “única resposta certa” não resolve, por exemplo, o problema da interpretação das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados, textos normativos *genuinamente ambíguos*⁴².

A observância do dever de integridade supõe que o tribunal adote certas posturas ao decidir. Eis algumas delas.

a) Decidir em conformidade com o Direito, observada toda a sua complexidade (normas constitucionais, legais, administrativas, negociais, precedentes etc.); não se admite, por exemplo, decisão com base em “Direito alternativo”.

Nesse aspecto, o dever de integridade impede o *voluntarismo judicial* e argumentações arbitrárias⁴³. “Um caso judicial só se pode resolver pela totalidade do ordenamento jurídico, e não por uma só de suas partes, tal como o peso todo de uma esfera gravita sobre a superfície em que jaz, embora seja só um o ponto em que toma contacto.”⁴⁴

b) Decidir em respeito à Constituição Federal, como fundamento normativo de todas as demais normas jurídicas. O dever de integridade é, nesse sentido, uma concretização do *postulado da hierarquia*, “do qual resultam alguns critérios importantes para a interpretação das normas, tais como o da interpretação conforme a Constituição”⁴⁵.

c) Compreender o Direito como um *sistema* de normas, e não um amontoado de normas. O dever de integridade é, nesse sentido, uma concretização do *postulado*

⁴¹ MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas – do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: RT, 2013, p. 58.

⁴² AARNIO, Aulis. *The rational as reasonable – a treatise on legal justification*. Dordrecht: D. Reidel, 1987, p. 165.

⁴³ AARNIO, Aulis. *The procedure of legal reasoning. Essays on the doctrinal Study of Law*. Dordrecht: Springer, p. 145.

⁴⁴ Lição de Carlos Cossio, extraída de BORGES, José Souto Maior. *O contraditório no processo judicial* (uma visão dialética). São Paulo: Malheiros Ed., 1996, p. 91.

⁴⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2011, p. 136.

da unidade do ordenamento jurídico, "a exigir do intérprete o relacionamento entre a parte e o todo mediante o emprego das categorias de ordem e de unidade"⁴⁶.

E, conseqüentemente, reconhecer a existência de microssistemas normativos para, quando for o caso, decidir conforme as regras desse mesmo microssistema.

d) Observar as relações íntimas e necessárias entre o Direito processual e o Direito material.

Um exemplo. O tribunal, ao interpretar uma norma processual, demonstra as relações que ela mantém com uma determinada norma material – como no caso de interpretação das normas relativas à denunciação da lide, por exemplo. Ao fazer isso, o tribunal robustece a sua fundamentação, por estabelecer as conexões normativas entre os diversos ramos do Direito. Com essas conexões normativas, o tribunal, por observar o dever de integridade, torna a sua decisão ainda mais consistente⁴⁷.

e) Enfrentar, na formação do precedente, todos os argumentos favoráveis e contrários ao acolhimento da tese jurídica discutida. Esse desdobramento do *dever de integridade* está expressamente consagrado no §2º do art. 984 e no §3º do art. 1.038 do CPC – também nesse sentido o enunciado 305 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "No julgamento de casos repetitivos, o tribunal deverá enfrentar todos os argumentos contrários e favoráveis à tese jurídica discutida"⁴⁸.

Alguns exemplos de entendimentos que não observam o dever de integridade:

i) decisão que não reconheça capacidade processual do Ministério Público para propor mandado de segurança coletivo, por não encontrar referência a ele no art. 21 da Lei 12.016/2009, ignora a existência do microssistema de tutela coletiva de direitos⁴⁹;

ii) o acórdão do STF que considera que o *inquérito penal* tem natureza processual e é, por isso, tema de competência legislativa privativa da União (art. 22, I, CF)⁵⁰ fere a integridade (e também a coerência) quando há precedente dessa mesma Corte no sentido de que o *inquérito civil* é procedimento administrativo, para fins de reconhecer a competência dos Estados para legislar supletiva ou suplementarmente sobre essa matéria (art. 24, XI, CF)⁵¹;

⁴⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2011, p. 136.

⁴⁷ Na linha do que defende Peczenik, que, não obstante, usa o termo "coerência", em vez de "consistência" (PECZENIK, Aleksander. *On law and reason*, cit., p. 138).

⁴⁸ Para Ávila, a "completude" (conjunto de proposições contém todos os elementos e suas negações) é um atributo da coerência e está relacionada à ideia de integridade (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2011, p. 140).

⁴⁹ DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. "O mandado de segurança coletivo e a Lei nº 12.016/2009". In: Eduardo Arruda Alvim; Glauco Gumerato Ramos; Gustavo de Medeiros Melo; José Henrique Mouta Araújo (Org.). *O Novo Mandado de Segurança*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 227-238.

⁵⁰ Cf. STF, Pleno, ADI nº 1615-6 MC/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, j. em 12.6.1997, publicada no DPJ de 5.11.1997; STF, Pleno, ADI nº 3.896, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. em 04.06.2008 e publicada no DJe de 08.08.2008.

⁵¹ STF, Pleno, MC na ADI nº 1.285, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 24.10.1995, publicada no DPJ de 23.03.2001.

iii) decisão que não considerasse como obrigatória a intimação das fazendas públicas na ação de usucapião imobiliária de procedimento comum, porque silencia o CPC a respeito do assunto, violaria o dever de integridade. Se essa intimação é exigida no procedimento administrativo de reconhecimento da usucapião imobiliária (art. 1.071, CPC), tanto mais ela se justifica no procedimento judicial, que tem aptidão para a coisa julgada (nesse sentido, enunciado nº 25 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis);

iv) decisão que considera proibido o oferecimento à penhora, pelo executado, de bem de família disponível, viola o dever de integridade, pois incompatível com o sistema do Direito privado que permite que esse mesmo bem seja alienado, onerosamente (vendido ou hipotecado, por exemplo) ou gratuitamente (doador); se o bem pode ser alienado pelo seu proprietário, pode ser oferecido por ele à penhora, primeira etapa do procedimento de alienação judicial do bem.

Sobre a Relevância Constitucional da Família

Jorge Miranda*

I

1. As Constituições dos séculos XVIII e XIX consideravam, na fórmula feliz de GUSTAV RADBRUCH¹, o indivíduo “sem individualidade” – quer dizer, desligado da sua condição concreta e da inserção em qualquer substrato social. A sociedade ficava à sua margem e, portanto, também a família.

Ao invés, as Leis Fundamentais do século XX, as nascidas depois ou em consequência da primeira guerra mundial, passaram a dar-lhe crescente atenção. Por certo, no Estado social de Direito, direitos fundamentais continuam a ser essencialmente direitos das pessoas – das pessoas singulares, únicas, irrepetíveis, insubstituíveis – mas compaginam-se com diferentes instituições e formações que se desenvolvem na vida económica, social e cultural; assim como, ao lado dos direitos, liberdades e garantias, se consagram direitos sociais.

A Constituição de Weimar de 1919, que ficaria como modelo deste regime ou tipo de Estado (bem diferente do Estado marxista-leninista e do corporativo-fascizante), dedicaria à família logo três artigos, que vale a pena transcrever:

Artigo 119º A Constituição protege o casamento como fundamento da vida da família e da conservação e desenvolvimento da nação. Ele assenta na igualdade de direitos dos dois sexos.

Incumbe ao Estado e às comunas velar pela pureza, pela saúde e pelo desenvolvimento social da família. As famílias numerosas têm direito a medidas de assistência para ocorrerem aos seus encargos.

A maternidade tem direito à proteção e solicitude do Estado.

Artigo 120º A educação dos filhos em vista do aperfeiçoamento físico, moral e social é o dever supremo e constitui direito natural dos pais; incumbe à comunidade política cuidar da sua fiscalização.

Artigo 121º A lei deve assegurar aos filhos ilegítimos as mesmas condições de desenvolvimento físico, moral e social dos filhos legítimos.

Inspiração diferente seria a da Constituição irlandesa de 1937, declarando a família “grupo primário, natural e fundamental da sociedade”, “instituição moral investida de direitos inalienáveis e imprescritíveis, anteriores e superiores a qualquer disposição positiva” e “base necessária da ordem social e indispensável ao bem-estar da Nação e

* Professor Catedrático da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa.

¹ *Filosofia do Direito*. 4ª ed. portuguesa, I. Coimbra: 1961, p. 168.

do Estado" (art. 41º, nº 1); reconhecendo à mulher que dedica a sua vida à família "um contributo indispensável para a realização do bem comum" (art. 41º, nº 2); e protegendo o matrimónio (art. 41º, nº 3).

2. Após a segunda guerra mundial, a família entraria em força nas Constituições².

"A Nação assegura ao indivíduo e à família as condições necessárias ao seu desenvolvimento" (preâmbulo da Constituição francesa de 1946, objeto de receção pela Constituição de 1958).

"A República reconhece os direitos da família como sociedade natural fundada no casamento ..." (art. 29º, nº 1 da Constituição italiana de 1947). – "É dever e direito dos pais manter, instruir e educar os filhos, ainda quando nascidos fora do casamento ..." (art. 30º). – "A República favorece, com medidas económicas e outras providências, a formação da família e o cumprimento dos respetivos deveres, tendo sobretudo em atenção as famílias numerosas ..." (art. 31º).

"O casamento e a família gozam de especial proteção ... – A manutenção e a educação dos filhos constituem um direito natural e um dever fundamental dos pais ... – A sociedade vela pela sua efetivação ... – As mães têm direito à proteção da sociedade" (art. 6º da Constituição alemã de 1949).

"A família enquanto fundamento da conservação e do progresso da Nação assim como o casamento, a maternidade e a infância" (art. 21º da Constituição grega de 1975).

"Os Poderes Públicos asseguram a proteção social, económica e jurídica da família ..." (art. 39º da Constituição espanhola de 1978).

"A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado" (art. 226º da Constituição brasileira de 1988). – "O casamento é civil e gratuita a sua celebração" e "o casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei" (art. 226º, §§1º e 2º). – "Para efeito de proteção do Estado é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento" (art. 226º, §3º). – "Entende-se também como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes" (art. 226º, §4º). – "O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito das suas relações" (art. 226º, §8º). – "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência humanitária, além de colocá-las a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão" (art. 227º). – "Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade" (art. 229º). – "A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas ..." (art. 230º). Por outro lado, prevê-se como direito dos

² Para uma visão comparativa, Cfr., por exemplo, SOARES, Rogério Ehrardt; CAMPOS, Diogo Leite de. A família em Direito Constitucional Comparado. In: *Revista da Ordem dos Advogados*. 1990, p. 5 e segs.; e diversos estudos In: *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*. 2008, p. 113 e segs.

trabalhadores “salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei” (art. 7º – XII).

“A família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à proteção da sociedade e do Estado (art. 51º, nº 1 da Constituição de São Tomé e Príncipe). – “Incumbe, especialmente, ao Estado promover a independência social e económica dos agregados familiares, promover a criação de uma rede nacional de assistência materno-infantil e cooperar com os pais na educação dos filhos” (art. 51º, nº 2).

“A família é o elemento fundamental e a célula base de toda a sociedade” (art. 81º, nº 1 da Constituição cabo-verdiana). – “A sociedade e os poderes públicos protegem a família e promovem a criação de condições que assegurem a estabilidade dos agregados familiares e permitam o cumprimento da sua função social e da sua missão de guardiã dos valores morais reconhecidos pela comunidade, bem como a realização pessoal dos seus membros” (art. 81º, nº 8).

“A maternidade, a infância e a família estão sob proteção do Estado” (art. 38º, nº 1 da Constituição russa de 1993).

“No âmbito da política social e económica, o Estado toma em devida consideração o bem da família. As famílias que se encontrem em situação material e social difícil, sobretudo as famílias numerosas e as mães ou os pais solteiros, têm direito a uma assistência especial por parte dos poderes públicos” (art. 71º, nº 1 da Constituição polaca de 1997).

“À Confederação e aos cantões incumbe, em complemento da responsabilidade individual e da iniciativa privada, ... proteger e encorajar as famílias como comunidades de adultos e de crianças” [art. 41º, c) da Constituição suíça de 1999]. – “No âmbito das suas funções, a Confederação toma em consideração as necessidades da família e pode apoiar as medidas destinadas a proteger a família” (art. 116º, nº 1).

“O Estado protege a família como associação natural da sociedade e como espaço fundamental para o desenvolvimento integral das pessoas ...” – “As crianças e os adolescentes têm o direito de viver, de ser criados e de se desenvolver no seio da sua família de origem” (art. 75º da Constituição venezuelana de 1999).

“O Estado protege a família como célula base da sociedade e condição para o harmonioso desenvolvimento da pessoa” (art. 39º, nº 1 da Constituição timorense de 2002). – “Todos têm direito a constituir e a viver em família” (art. 39º, nº 2). – “A maternidade é dignificada e protegida, assegurando-se a todas as mulheres proteção especial durante a gravidez e após o parto e às mulheres trabalhadoras direito a dispensa de trabalho por período adequado, antes e depois do parto, sem perda de retribuição e de quaisquer outras regalias, nos termos da lei (art. 39º, nº 4).

“A família é o nicho fundamental da organização da sociedade e é objeto de especial proteção do Estado, quer se funde no casamento, quer na união de facto, entre homem e mulher” (art. 35º, nº 1 da Constituição angolana de 2010). – “O homem e a mulher são iguais no seio da família, da sociedade e do Estado, gozando dos mesmos direitos e cabendo-lhes os mesmos deveres” (art. 35º, nº 3). – “O Estado, com

a colaboração da família e da sociedade, promove o desenvolvimento harmonioso e integral dos jovens e adolescentes ..." (art. 35º, nº 7).

Notas comuns a estes textos (e a outros que poderiam ser citados) são a afirmação da família como base ou primeira célula da sociedade e o seu tratamento no âmbito dos direitos fundamentais, em especial dos direitos sociais, com as inerentes tarefas do Estado.

3. Em Portugal, seria na Constituição de 1933 que a família, pela primeira vez, apareceria, não sem influência de Weimar, no contexto de uma República corporativa baseada, designadamente, "na interferência de todos os elementos estruturais da Nação na vida administrativa e na feitura das leis" (art. 5º) – e em 1971, na última revisão, enunciar-se-iam expressamente como elementos estruturais as famílias a par dos cidadãos, das autarquias locais e dos organismos corporativos (§3º).

O Estado assegurava a constituição e a defesa da família como fonte de conservação e desenvolvimento da *raça* (com a revisão de 1959 passar-se-ia a falar em "*povo português*"), como base primária da educação, da disciplina e harmonia social e como fundamento de toda a ordem política pela sua agregação e representação na família e no município (art. 11º, depois 12º).

A constituição da família assentava no casamento e na filiação legítima, na igualdade de direitos e deveres dos dois cônjuges quanto à sustentação e educação dos filhos legítimos e na obrigatoriedade do registo do casamento e do nascimento dos filhos (art. 12º). Mas essa igualdade entre os cônjuges ficava diminuída por se ter admitido até 1971 diferenças, quanto à mulher, resultantes da sua natureza e do *bem da família* (art. 5º, § único).

Entre outras incumbências, o Estado e as autarquias locais tinham-nas de favorecer a constituição de lares independentes e em condição de salubridade, e a constituição do casal de família, a de proteger a maternidade e a de regular os impostos de harmonia com os encargos legítimos da família e promover a adoção do salário familiar (art. 13º, depois 14º).

Pertencia privativamente às famílias o direito de eleger as juntas de freguesia, através dos respetivos chefes (art. 17º). E também aqui se verificaria a desigualdade entre marido e mulher³.

4. A Constituição de 1976 retomaria a matéria com orientações bem diversas, embora com alguns resultados convergentes. Orientações diversas, em face da mudança da ideia de Direito e da impregnação democrática dada ao ordenamento. Alguns resultados próximos quanto a certas incumbências do Estado⁴.

³ Cfr. MIRANDA, Jorge. A igualdade de sufrágio político da mulher. In: *Scientia Juridica*. 1971, p. 1 e segs.; e sobre o poder paternal. In: *Revista de Direito e de Estudos Sociais*. 1990, p. 23 e segs.

⁴ Sobre a fórmula na Constituição de 1976, v. CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I. 4ª ed. Coimbra: 2007, p. 561 e segs. e 856 e segs.; MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*, I. 2ª ed. Coimbra: 2010, p. 807 e segs. e 1359 e segs. E ainda, sem ser a título exaustivo, MENDES, João De Castro. Art. 36º, nº 1 (*Família e casamento*). In: *Estudos sobre a Constituição*, obra coletiva, I. Coimbra: 1977, p. 571 e segs.; MELO, António Barbosa De. A família na Constituição da República.

No plano sistemático sobressai o dualismo de tratamento: por um lado, o art. 36º (e o art. 26º, nº 2), no título dos direitos, liberdades e garantias, e, por outro lado, o art. 67º (assim como outros preceitos, a indicar adiante).

5. No art. 36º encontram-se, em primeiro lugar, verdadeiros direitos, liberdades e garantias:

- Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento, em condições de plena igualdade (nº 1 – preceito este a ser interpretado, por força do art. 16º, nº 2⁵, à luz do art. 16º, nº 1 da Declaração Universal, que se refere a homem e mulher)⁶;

- A lei garante mais de uma forma de celebração do casamento, pois ela regula os requisitos e os efeitos do casamento e da sua dissolução, por morte ou divórcio, independentemente da forma de celebração (nº 2)⁷;

- Os cônjuges têm iguais direitos quanto à capacidade civil e política (nº 3, 1ª parte);

- Os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à manutenção e à educação dos filhos (nº 3, 2ª parte, e nº 5);

- Os filhos nascidos fora do casamento não podem, por esse motivo, ser objeto de qualquer discriminação e as leis ou as repartições oficiais não podem usar designações discriminatórias relativas à filiação (nº 4);

- Os filhos só podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial (nº 6).

Encontram-se, no segundo lugar, garantias institucionais:

- A própria família, definida, em lugar menos próprio (o art. 67º, nº 1, 1ª parte) como “elemento fundamental” e na Declaração Universal (art. 16º, nº 3) como “o elemento natural e fundamental” da sociedade⁸;

In: Communio. 1986, p. 496 e segs.; MEDEIROS, Rui. Constitution et famille(s). *In: Annuaire International de Justice Constitutionnel*. 2008, p. 285 e segs. Noutro plano, Cfr. XAVIER, Rita Lobo. A vinculação do Direito da Família aos direitos da Família. *In: João Paulo II e o Direito*, obra coletiva. Cascais: 2003, p. 147 e segs.

⁵ Sobre o art. 16º, nº 2, v. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, IV. 5ª ed. Coimbra: 2012, p.183 e segs.

⁶ No acórdão nº 121/2010, de 8 de abril (*in: Diário da República*. 2ª série. de 28 de abril de 2010), o Tribunal Constitucional sustentou que o sentido da norma do art. 16º, nº 2 da Constituição era o de alargar a cobertura constitucional de direitos fundamentais e não o de os restringir ou limitar, extensiva ou intensivamente; que funcionava do “lado” jurídico-individual dos direitos fundamentais e não quando conduzisse a uma solução menos favorável aos direitos fundamentais do que a interpretação “endógena” da Constituição.

Mas não. Em primeiro lugar, o art. 36º da Constituição não pode ser visto só do prisma dos direitos fundamentais, também comporta, como se diz no texto, uma menção de garantias institucionais, e é o próprio instituto histórico e dogmático do casamento que está em causa. Em segundo lugar, nada inculca que a interpretação e a integração segundo a Declaração Universal não possa abranger normas limitativas de direitos ou de exercício dos direitos como são os do art. 29º, nº 2 da Declaração.

⁷ Cfr. o art. 10º, alínea b) da Lei nº 16/2001, de 22 de junho (lei de liberdade religiosa).

⁸ No entanto, como observa ANTÓNIO BARBOSA DE MELO (*op. cit., loc. cit.*, p. 498-499), “o texto constitucional está longe de nos apresentar um modelo acabado daquilo que admite ou perfilha como família. (...) Na decisão constituinte, a família, além de ser reconhecida como “elemento fundamental da sociedade”, constitui um espaço de “realização pessoal dos seus membros” (nº 1 do art. 67º) onde devem ser satisfeitas certas exigências organizacionais mínimas (art. 36º). Mas é claro que isto não chega, de acordo com as regras gerais da interpretação/aplicação das normas jurídicas, para operacionalizar na prática o conceito jurídico-constitucional em referência. (...) “Porém, longe de causar uma deficiência do texto constitucional, o silêncio do poder constituinte dá aqui origem a uma virtude da nossa Lei Fundamental. Com efeito, o conceito constitucional de família tem de valer, assim, como um conceito jurídico aberto às ideias, princípios e valores dominantes na consciência ético-jurídica

- O casamento (art. 36º, nºs 1 e 2);
- O divórcio (art. 36º, nº 2);
- A adoção (art. 36º, nº 7).

Por seu lado, o art. 26º, nº 2 prevê medidas de proteção do Estado: a lei estabelecerá garantias efetivas contra a obtenção e a utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e às famílias⁹.

6. Os direitos sociais atinentes à família aparecem sob a forma de incumbências (art. 67º, nº 2).

– quanto à independência social e económica dos agregados familiares [alínea a)], o que vem a par da de regular os impostos e os benefícios sociais – de harmonia com os encargos familiares [alínea f)], e como se lê, já no título do sistema financeiro e fiscal, o do imperativo de o imposto sobre o rendimento pessoal ter em conta “as necessidades e os rendimentos do agregado familiar” (art. 104º, nº 1, 2ª parte);

– quanto a uma rede nacional de creches e de outros equipamentos sociais de apoio à família [alínea b), 1ª parte];

– quanto a uma política de terceira idade [alínea b), 2ª parte];

– quanto à cooperação com os pais na educação dos filhos [alínea c)];

– quanto à informação e ao acesso aos métodos de planeamento familiar, no respeito da liberdade individual, e à organização das estruturas jurídicas e técnicas que permitam o exercício de uma maternidade e uma paternidade conscientes [alínea d)];

– quanto à regulamentação da procriação assistida em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana [alínea e)];

– quanto a uma política familiar de carácter global e integrado [alínea g), 2ª parte] e à concertação das várias políticas sectoriais [alínea f), 1ª parte]¹⁰.

da comunidade nacional, isentando-se, em larga medida, do “decisionismo” dos detentores do poder político por ser determinado em função de vetores culturais indisponíveis para qualquer autoridade constituída. Para integrar em cada caso o exato sentido e alcance deste conceito constitucional os operadores jurídicos da sociedade (os legisladores, os juizes, os juristas) nunca podem deixar de fazer trabalho de intérpretes ou hermeneutas, confrontando *pari passu* as suas próprias hipóteses tentativas de demarcação com as ideias político-jurídicas e ético-jurídicas objetivas, em constante movimento na consciência social (dir-se-ia, as ideias “de toda a gente que não são de ninguém”). O que coloca o conteúdo normativo deste ponto do texto constitucional em larga sintonia com a evolução social, fazendo dele um mecanismo regulativo e moderador da realidade e não um espartilho desta”. Cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, p. 856-857.

⁹ Sobre este conceito, v. SILVA, Jorge Pereira da. *Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas*. Lisboa: 2003, p. 37 e segs., e MIRANDA, Jorge. *Manual ...*, VI. 4ª ed. Coimbra: 2013, p. 368 e segs. e Autores citados.

¹⁰ Vale a pena aqui transcrever, de novo, BARBOSA DE MELO (*op. cit., loc. cit.*, p. 499-500): “Tomado isoladamente, este preceito constitucional poderia ser interpretado como se pusesse o destino da família na inteira disponibilidade do Estados, impondo aos órgãos competentes (Assembleia da República, Governo?) uma verdadeira programação da vida familiar. Porém, tendo em conta a relevância em sede dos direitos de liberdade e o dado constitucional de ela dever ser um espaço de ‘realização pessoal’ (portanto, em autonomia) dos seus membros”, logo se vê que tal interpretação seria descabida. (...). Enquadrada no sistema constitucional, a *al. f*) do nº 2 do art. 67º tem de ser entendida no sentido de ‘a política de família com carácter global e integrado’ não comprometer, em caso algum, o conteúdo essencial da autonomia ético-jurídica da família e a sua dinâmica social própria frente ao Estado (isto é, o poder político por excelência). Os conteúdos desta política haverão de

Consagra-se também, no âmbito da democracia participativa (art. 2º, *in fine*) à semelhança do que sucede em várias outras disposições sobre direitos sociais (arts. 60º, nº 3; 63º, nºs 2 e 5; 66º, nº 2; 70º, nº 3; 71º; 73º, nº 3), o direito de audição das associações representativas das famílias [art. 67º, nº 2, alínea g), 2ª parte]¹¹.

7. A relevância da família aparece outrossim, não raro de forma repetitiva, em várias outras disposições:

– Todos os trabalhadores, sem distinção de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, têm direito à organização do trabalho em condições socialmente dignificantes, de forma a facultar a realização pessoal e a permitir a conciliação da atividade profissional com a *vida familiar* [art. 59º, nº 1, alínea b)];

– O sistema de segurança social protege os cidadãos na (...) velhice, (...) *viuvez e orfandade* (...) (art. 63º, nº 3);

– O Estado apoia e fiscaliza, nos termos da lei, a atividade e o funcionamento das instituições particulares de solidariedade social e de outras de reconhecido interesse público sem carácter lucrativo, com vista à prossecução de objetivos de solidariedade social consignados, nomeadamente, neste artigo, na alínea b) do nº 2 do artigo 67º, no artigo 69º (...) e nos artigos 71º e 72º (art. 63º, nº 5);

– Todos têm direito, para si e para a *sua família*, a uma habitação de dimensão adequada, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a *privacidade familiar* (art. 65º, nº 1);

– O Estado adotará uma política tendente a estabelecer um sistema de renda compatível com o *rendimento familiar* e de acesso à habitação própria (art. 65º, nº 3);

– *Os pais e as mães* têm direito à proteção da sociedade e do Estado na realização da sua insubstituível ação em relação aos filhos, nomeadamente quanto à sua educação, com garantia de realização profissional e de participação na vida cívica do país (art. 68º, nº 1);

– *A maternidade e a paternidade* constituem valores sociais eminentes (art. 68º, nº 2);

– As mulheres têm direito a especial proteção durante a *gravidez e após o parto*, tendo as mulheres trabalhadoras ainda direito a dispensa do trabalho por período adequado, sem perda da retribuição ou de quaisquer regalias (art. 68º, nº 3);

se harmonizar e concordar sempre com a posição primordial que a família ocupa na estrutura constitucional. E é nesta linha de pensamento que cobra todo o sentido a incumbência constitucional, constante da *al. f)* do nº 2 do art. 67º, de o Estado formular de modo global e integrado a sua política de família. A função normativa de tal preceito só pode ser esta: obrigar o Estado a definir claramente em cada período o que se propõe quanto à proteção e apoio da família, de modo que os cidadãos e as instituições sociais, tomando por referência e consciência ético-jurídica da sociedade, possam examinar, criticar e controlar livremente as intenções dele e, se necessário, fazê-las infletir ou anular. Impondo a *publicidade* à política de família e a concatenação dos respetivos objetivos, a *al. f)* não só afasta ações do Estado pontuais, esporádicas ou a esmo em relação à família, como também combate a *arcana imperii* neste domínio, incrementando as chances da *argumentação comunicativa* (Habermas) e, por isso, a saúde da ordem pública democrática”.

¹¹ As associações de famílias estão reguladas pela Lei nº 9/97, de 12 de maio.

– A lei regula a atribuição às mães e aos pais de direitos de dispensa de trabalho por período adequado, de acordo com os interesses da criança e as necessidades do *agregado familiar* (art. 68º, nº 4);

– As crianças têm direito à proteção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral, especialmente contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da *autoridade na família* e nas demais instituições (art. 69º, nº 1);

– O Estado assegura especial proteção às crianças órfãs, abandonadas ou por qualquer forma privadas de *um ambiente familiar normal* (art. 69º, nº 2);

– O Estado, *em colaboração com as famílias* (...) fomenta e apoia as organizações juvenis (...) (art. 70º, nº 3);

– O Estado obriga-se a realizar uma política nacional de prevenção e de tratamento, reabilitação e integração dos cidadãos portadores de deficiência e de apoio às suas famílias, a desenvolver uma pedagogia que sensibilize a sociedade quanto aos deveres de respeito e solidariedade para com eles e a assumir o encargo da efetiva realização dos seus direitos, sem prejuízo dos *direitos e deveres dos pais ou tutores* (art. 71º, nº 2);

– As pessoas idosas têm direito à segurança económica e a condições de habitação e *convívio familiar* e comunitário que respeitem a sua autonomia pessoal e evitem e superem o isolamento ou a marginalização social (art. 72º, nº 1);

– Na realização da política de ensino incumbe ao Estado assegurar *aos filhos dos emigrantes* o ensino da língua portuguesa e o acesso à cultura portuguesa; e *aos filhos dos imigrantes* apoio adequado para efetivação do direito ao ensino [art. 74º, nº 2, alíneas i) e j)];

– A lei regula as formas de participação das associações de professores, de alunos, *de pais*, das comunidades e das instituições de carácter científico na definição da política de ensino (art. 77º, nº 2).

É impressionante esta lista de preceitos. Mas que distância entre a sua letra e a prática! Quantas inconstitucionalidades por omissão subsistem!

8. Acrescentem-se, por último, além do já mencionado art. 104º, nº 1, dentro da parte II do texto constitucional, de organização económica:

– A lei define a composição do Conselho Económico e Social, do qual farão parte, designadamente, representantes do Governo, das organizações representativas dos trabalhadores, das atividades económicas e *das famílias*, das regiões autónomas e das autarquias locais (art. 92º, nº 2);

– Na prossecução dos objetivos da política agrícola o Estado apoiará preferencialmente os pequenos e médios agricultores, nomeadamente quando integrados em unidades de *exploração familiar*, individualmente ou associados em cooperativas, bem como as cooperativas de trabalhadores agrícolas e outras formas de exploração por trabalhadores (art. 97º, nº 1).

9. Tirando as normas do art. 36º, de carácter estatutário, quase todas as demais normas sobre a família reconduzem-se a normas programáticas. Isso não significa, porém, que não tenham eficácia jurídica, porque, enquanto integradas na Constituição, gozam da força jurídica a ela inerente¹².

Donde:

a) Só por constarem da Constituição devem ser tidas em conta na procura do sentido das restantes normas, por via da interpretação sistemática;

b) Através da analogia, podem contribuir para a integração de lacunas;

c) Fixam critérios para o legislador nos domínios sobre que versam — donde ainda inconstitucionalidade material, por desvio de poder, quando haja afastamento desses critérios;

d) Proíbem a emissão de normas legais contrárias e proíbem a prática de comportamentos que tendam a impedir a produção de atos por elas impostos — donde, também, inconstitucionalidade material em caso de violação;

e) Depois de concretizadas através de normas legais, estas não podem ser pura e simplesmente revogadas, retornando-se ao vazio ou à completa inexequibilidade — o que não significa, em contrapartida, que seja de acolher, em termos absolutos um princípio de não retrocesso social¹³.

II

10. É conhecida a dicotomia igualdade jurídica-igualdade social ou igualdade perante a lei (como é mais frequente dizer) — igualdade na sociedade; e tomando-se a primeira como mera igualdade jurídico-formal e a segunda como igualdade jurídico-material, ligada a uma atitude crítica sobre a ordem social e económica existente e à consciência da necessidade e da possibilidade de a modificar (seja qual for a orientação política que se adote).

Distinguem-se assim não tanto duas espécies de princípios jurídicos quanto dois momentos ou planos: o da atribuição dos direitos em igualdade e o da fixação das incumbências do Estado e da sociedade organizada perante as condições concretas das pessoas. Os direitos são os mesmos para todos; mas, como nem todos se acham em igualdade de condições para os exercer, é preciso que essas condições sejam criadas ou recriadas através da transformação da vida e das estruturas dentro das quais as pessoas se movem.

Já não seria correta a contraposição, se se supusesse estar diante de dois princípios estanques ou opostos: 1º) porque a igualdade social como igualdade *efetiva, real, material, concreta, situada* (como quer que se designe) pode ou deve considerar-se imposta pela própria noção de igualdade jurídica, pela necessidade de lhe buscar um conteúdo pleno; 2º) porque, mesmo quando a igualdade social se traduza na concessão de certos direitos ou até de certas vantagens especificamente a determinadas pessoas — as que se encontram

¹² Cfr. *Manual ...*, II, 6ª ed. Coimbra: 2007, p. 292 e segs.

¹³ Cfr. *Manual ...*, IV, *cit.*, p. 485 e segs.

em situações de inferioridade, de carência, de menor proteção – a diferenciação ou a discriminação (positiva) tem em vista alcançar a igualdade e tais direitos ou vantagens configuram-se como instrumentais em face desses fins¹⁴.

11. O que acaba de ser dito permite compreender melhor o que diz a nossa Constituição no art. 13º e no art. 9º, alínea d). No art. 13º, todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei, pelo que se vedam quaisquer privilégios ou discriminações. No art. 9º, alínea d): incumbe ao Estado *promover a igualdade real* entre os portugueses, mediante a transformação e a modernização das estruturas económicas e sociais.

E também a diferença entre privilégios, discriminações e discriminações positivas. Os privilégios são situações de vantagem *não fundadas* e as discriminações situações de desvantagem também *não fundadas*, ao passo que as discriminações positivas são situações de vantagem *fundadas*, desigualdades de direito em consequência de desigualdades de facto e tendentes à superação destas¹⁵.

Na Constituição são discriminações positivas: a regulamentação dos impostos e dos benefícios sociais de harmonia com os encargos familiares [art. 67º, nº 2, alínea f)]; a especial proteção das crianças órfãs, abandonadas ou privadas de ambiente familiar normal (art. 69º, nº 2); a política de reabilitação e integração dos cidadãos portadores de deficiência e de apoio às suas famílias (art. 71º, nº 2), inclusive através do ensino especial [art. 74º, nº 2, alínea g)]; a política de terceira idade (art. 72º, nº 2); a proteção e o apoio às pequenas e médias empresas e às iniciativas e empresas geradoras de emprego e fomentadoras de exportações ou de substituição de importações [arts. 86º, nº 1, 2ª parte, e 100º, alínea d)]; o apoio preferencial aos pequenos e médios agricultores, às cooperativas de trabalhadores agrícolas e a outras formas de exploração por trabalhadores (art. 97º, nº 1).

Na legislação ordinária, refram-se, por exemplo, o crédito bonificado para jovens, os lugares reservados em transportes públicos para grávidas, o trabalho protegido e as rampas de acessibilidade em edifícios para pessoas portadoras de deficiência ou os transportes públicos mais baratos para idosos.

12. Não se deparam na Constituição portuguesa, ao contrário do que sucede noutras, atrás indicadas, nenhuma referência a famílias numerosas. Isso

¹⁴ Cfr. NEVES, Castanheira. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: 1983, p. 142-143: a definição de uma igualdade jurídica abstrata não pode considerar-se como fim último que a si se baste, mas tão só como um primeiro e relativo momento, como um instrumento e ponto de apoio para uma igualdade material que há de conseguir-se para além daquela através da complementar intervenção das outras duas dimensões. E desse modo o estatuto abstrato, sem pretender ser rígido e de determinação acabada, tem não só de aceitar os desenvolvimentos e a integração normativa de uma igualdade participada e constitutiva realização histórica do direito como terá ainda de sofrer as diferenciações e modificações concretas exigidas por uma material intenção de igualdade e justiça sociais. Com aqueles desenvolvimentos e integrações, por um lado, e estas diferenciações, por outro lado – sendo certo que aqueles primeiros se virão as mais das vezes a traduzir nestas segundas – se atuará, corrigirá e controlará a intenção de igualdade definida abstratamente, em termos de ela ter de se mostrar sempre materialmente justificada e real.

¹⁵ Cfr. MIRANDA, Jorge. *Manual ...*, IV. cit., p. 280 e 281 e Autores citados.

Como escreve ALEX, Robert. *Theorie der Grundrechte* (1986), trad. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: 1993, p. 404: quem deseja criar igualdade de facto tem de aceitar desigualdade de *jure*.

não obsta, evidentemente, que não possam – e que não devam mesmo – vir a granjear discriminações positivas; ou, se se quiser seguir por outro trilho, a receber um tratamento ajustado ao número dos seus membros com base no postulado de tratar igualmente o que é igual e desigualmente o que é desigual¹⁶.

Sem negar a liberdade de conformação do legislador perante o art. 67º, nº 2, alínea f) e 104º, nº 1, não devem ser tributadas no regime do imposto sobre o rendimento pessoal ou obter os mesmos benefícios os cidadãos independentemente das suas responsabilidades familiares – terem ou não terem filhos ou ascendentes a seu cargo, terem mais ou menos filhos menores, terem ou não terem filhos com deficiência.

As técnicas fiscais podem variar e são discutidas na doutrina e na jurisprudência. O que não pode é deixar de se atender aí às famílias numerosas, sob pena de inconstitucionalidade por ação (arts. 204º e 280º a 282º) ou de inconstitucionalidade por omissão (art. 283º)¹⁷.

A Lei geral Tributária, aprovada pelo Decreto-Lei nº 398/98, de 17 de dezembro, pareceu atender ao problema (ou poderia ser um ponto de partida para que se atendesse), ao dispor que a tributação respeita a família, reconhece a solidariedade e os encargos familiares e deve orientar-se no sentido de que o conjunto dos rendimentos do agregado familiar não esteja sujeito a impostos superiores aos que resultariam da tributação autónoma das pessoas que o constituem (art. 6º, nº 3). No entanto, está-se também muito longe de concretizar essas intenções.

13. Os arts. 67º, nº 2, alínea f) e 103º, nº 1 da Constituição concernem a matérias tributárias. Ora, o princípio que lhe subjaz – a proteção da família – justifica a atribuição às famílias numerosas, sobretudo perante a gravíssima crise de natalidade que o país atravessa, outras formas de apoio e incentivo, tais como majorações do subsídio de nascimento e dos abonos de família, assistência pediátrica ou dispensa ou redução de taxas moderadoras, até porque, incoerentemente, continua a interrupção voluntária de gravidez em estabelecimentos oficiais a ser gratuita¹⁸.

¹⁶ Sobre o tratamento fiscal da família, Cfr. NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: 1998, p. 524 e segs.; FERREIRA, Eduardo Paz. anotação ao art. 105º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*, II. Coimbra: 2006, p. 290 e 291; CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital. *op. cit.*, I, p. 1100; SANCHES, J. L. Saldanha. *Manual de Direito Fiscal*. 3ª ed. Coimbra: 2007, p. 290 e 291; MACHADO, Jónatas; COSTA, Paulo Nogueira Da. *Curso de Direito Tributário*. 2ª ed. Coimbra: 2012, p. 182 e segs.

¹⁷ Infelizmente, o Tribunal Constitucional pareceu ignorar o problema no recente acórdão nº 187/2013, de 5 de abril (*Diário da República*, 1ª série, de 22 de abril de 2013), ao admitir (10.1) – a respeito da redução das deduções à coleta relativas a despesas de saúde, educação e formação, respeitante a pensões de alimentos e encargos com lares – as alterações aos arts. 78º e 85º do Código do Imposto sobre o Rendimento de Pessoas Singulares, em nome da liberdade de conformação do legislador. O princípio da capacidade contributiva, segundo se lê no acórdão, surgiria como um critério ordenador do sistema fiscal, que não forneceria uma resposta precisa sobre o *quantum* das deduções e os seus limites.

¹⁸ Cfr. *Manual ...*, IV, *cit.*, p. 227 e 228: A laicidade do Estado, a aconfessionalidade, o princípio da não dominação de qualquer visão do mundo sobre as demais podem, no limite, fundamentar ou explicar a despenalização ou a desproteção penal de qualquer bem jurídico, quando uma parte da sociedade entenda que ele deve ser protegido por outras formas ou que nem sequer tenha de ser protegido. Em contrapartida, em nome dessa mesma laicidade, aconfessionalidade e não dominação pode outra parte da sociedade pretender que não seja legalizado, e não apenas tornado ilícito, aquilo que considera ilícito — pois redundaria em legalização, e não apenas em despenalização e liberalização, organizar a interrupção voluntária da gravidez até dez semanas por mera opção da mulher em estabelecimento de saúde legalmente autorizado.

Por certo, um serviço nacional de saúde tendencialmente gratuito tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos [art. 64º, nº 2, alínea a)] e um ensino básico e secundário gratuito [arts. 74º, nº 1, alínea a), e 16º, nº 1] representam, só por si, importantes auxílios, mas são universais. Ora, a discriminação positiva em favor das famílias numerosas exige mais, em face de uma interpretação constitucionalmente adequada das alíneas a) e c) do art. 67º, nº 2, de modo a dar-se plena efetivação à independência social e económica dos agregados familiares e à educação dos filhos¹⁹.

A inércia ou a mora legislativa implicam, não menos, inconstitucionalidade por omissão.

14. O Decreto-Lei nº 113/2011, de 29 de novembro, veio regular o acesso às prestações do Serviço Nacional de Saúde por parte dos utentes no que respeita ao regime das taxas moderadoras e à aplicação de regimes especiais de benefícios, tendo por base a definição das situações determinantes de isenção de pagamento ou de comparticipação, como situações clínicas relevantes de maior risco de saúde ou situações de insuficiência económica.

Consideram-se em situação de insuficiência económica os utentes que integrem agregado familiar cujo rendimento médio mensal seja igual ou inferior a uma vez e meia o valor do indexante de apoios sociais (IAS) (art. 6º, nº 1).

A determinação dos rendimentos, a composição do agregado familiar e a capitação dos rendimentos do agregado familiar, bem como os meios de comprovação do direito a isenção de taxas moderadoras e a isenção de encargos com transporte não urgente, relativamente à verificação da condição de insuficiência económica, são estabelecidos em portaria dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças, da saúde e da segurança social (art. 6, nº 3).

Na sequência desse diploma, viria a ser publicada a Portaria nº 311-D/2011, de 27 de dezembro, de muito duvidosa constitucionalidade por dois motivos:

- Por, contra o art. 112º, nº 5 da Constituição, integrar aquele decreto-lei – ou seja, por, não sendo um ato legislativo, exercer funções próprias de um ato legislativo²⁰;
- Por as regras sobre insuficiência económica e sobre capitação (arts. 2º e 4º) parecerem ignorar as famílias numerosas.

¹⁹ Cfr. *Manual ...*, II. cit., p. 306 e 307.

²⁰ Cfr. *Manual ...*, V. 4ª ed. Coimbra: 2010, p. 225 e segs.

Estatuto da Cidade e o Novo Código de Processo Civil: Primeiras Considerações sobre o Impacto e a Simbiose dos Diplomas

City Statute and (New) Civil Procedure Code Bill: First Considerations on the Impact and the Symbiosis of Regulatory Text

Rodrigo Mazzei*

Bruno Pereira Marques**

Sumário

1. Resenha Introdutória. 2. A Usucapião Especial Urbana no Novo CPC. 2.1. Breve Histórico sobre a Usucapião Especial Urbana. 2.2. Novo CPC: Extinção da Ação de Usucapião ou Alteração de Rito? 2.3. Alguns Pontos que Merecem Exame. 2.3.1. Necessidade de Identificação do Imóvel a Ser Usucapido (Juntada de Planta com a Inicial). 2.3.2. Formação de Litisconsórcio e Intimação de Interessados. 2.3.3. Da Alegação da Usucapião como Matéria de Defesa. 3. A Usucapião Especial Coletiva e os Conflitos Possessórios Regulados pelo Novo CPC. 3.1. Diferenças e Pontos Comuns entre a Usucapião Individual e a Coletiva no Estatuto da Cidade. 3.2. O Novo CPC e os Conflitos Possessórios. 3.2.1. O (Falso) Problema da “Diferença de Polos”. 3.2.2. Dos Regrimentos Propriamente Ditos do NCPC. 3.2.2.1. Da Ampla Divulgação da Ação. 3.2.2.2. Intimação da Defensoria Pública. 3.2.2.3. Intimação dos Órgãos Responsáveis pela Política Urbana, Ambiental e Afins. 3.2.2.4. Intimação do Ministério Público. 3.2.2.5. Uso de Métodos Alternativos de Solução de Conflitos. 3.2.2.6. Comparecimento do Julgador à Área de Conflito. 3.3. Da Formação de um Sistema Coerente e Único para Tratamento dos Conflitos Coletivos. 4. O Direito de Superfície e o Novo CPC. 4.1. Noções Básicas sobre o Direito de Superfície no Sistema Atual. 4.2. Breve Resenha do Direito de Superfície no Novo Código de Processo Civil. 4.3. Artigo 791 do Novo Código de Processo Civil como Ponto Principal de Comunicação com o Estatuto da Cidade. 5. Breve Fechamento.

* Pós-doutor pela UFES (bolsa CAPES-REUNI). Doutor pela FADISP. Mestre pela PUC/SP. Professor nos cursos de graduação e mestrado da UFES. Advogado.

** Mestre pela UFES. Advogado.

Resumo

A elaboração de um novo Código de Processo Civil tem potencial de gerar impactos em uma série de legislações, em face da sua aplicabilidade residual. Um dos textos legislativos que pode sofrer tais influências é Estatuto da Cidade, lei estatutária que, ao regular políticas urbanas, estabelece regras também de cunho processual. Algumas dessas influências que são objetos do presente trabalho. O primeiro ponto trabalhado é a questão da usucapião especial urbana, instrumento de política urbana trazido pela Constituição Federal e regulamentado pelo Estatuto da Cidade, iniciando pela discussão acerca da extinção ou não da ação de usucapião. Superada essa questão, foram analisados pontos que, em razão do Novo Código de Processo Civil, podem ter sua sistemática modificada. Aprofundando mais a questão da usucapião especial coletiva urbana, apresentaram-se as novas regras que serão introduzidas pelo NCPC relativas aos conflitos coletivos, apresentando os pontos de contato com a ação possessória e as razões pela aplicação dos novos regramentos à usucapião especial coletiva. Por fim, analisou-se a influência que o novo Código de Processo Civil trará ao direito de superfície, direito real introduzido no ordenamento pátrio pelo Estatuto da Cidade, destacando a distinção clara entre responsabilidades autônomas e entre as partes na relação superficiária, inexistindo comunicação entre esses.

Abstract

The development of a new Civil Procedure Code has the potential to generate impacts on a number of laws, because of its residual applicability. One of legislation that can undergo such influence is the City Statute, statutory law when regulate urban policy also establishes rules of procedural nature. Some of these influences are objects of the present work. The first point worked is the issue of speciall urban usucapion, urban policy instrument brought by the Constitution and regulated by the City Statute, starting with the discussion of extinction or not the action of usucapion. Overcome this issue, points that, because of the new Civil Procedure Code Bill can have its systematic analysis modified. Deepening the issue of the special urban collective usucapion, the new rules to be introduced by the CPC project relating to collective conflicts were presented, presenting the points of contact with the possessory action and the reasons for the application of new specific regulations to collective usucapion. Finally, the influence that the new Civil Procedure Code will bring to surface rights were analyzed, im rem right introduced in the national legal system by the City Statute, highlighting the distinction between autonomous responsibilities between the parties in relation of surfasse righths, the absence of communication between these.

Palavras-chave: Estatuto da Cidade. Novo Código de Processo Civil. Usucapião Especial Urbana. Usucapião Especial Urbana Coletiva. Direito de Superfície.

Keywords: City Statute. New Civil Procedure Code Bill. Special Urban Usucapion. Surface Righths. Special Urban Collective Usucapion.

1. Resenha Introdutória

A promulgação de um novo Código de Processo Civil tende a ocasionar influxo em diversos diplomas legais. Isso porque tal diploma funciona como regramento processual padrão para boa parte de leis especiais, servindo ainda como regra supletiva (ou *residual*¹) para outros que possuem regras processuais próprias (como no caso das leis estatutárias/extravagantes)². Assim, a nova codificação processual civil gera – imune de dúvidas – grandes impactos no ordenamento jurídico pátrio. No caso do Estatuto da Cidade, o quadro influência não é diferente, sendo possível notar que alguns pontos podem ser afetados pelo texto processual codificado que se avizinha.

Numa resenha bem apertada, pode-se dizer que o Estatuto da Cidade (*diploma de raiz constitucional que visa regular a política urbana*³) – para os fins pretendidos pelo legislador – acabou por abrigar tanto o direito material quanto o direito processual, adaptando institutos já existentes no sistema, bem como inovando com a inclusão de novas figuras jurídicas⁴. Trata-se, pois, de uma lei estatutária (= *lei extravagante*), opção legislativa esta justificada, pois a preocupação em tratar questões materiais e processuais em um mesmo corpo legal – típica dos estatutos – permite a melhor aplicação do direito material ao caso concreto e também aos litígios gerados, uma vez que possuem mesma linha principiológica conferindo unidade interpretativa.⁵

Sob tal perspectiva, é possível perceber que uma nova codificação processual civil gera considerável influência no Estatuto da Cidade, já que as regras plasmadas no último diploma tiveram como norteadores os institutos de processo civil, regulados e interpretados à luz da legislação em vigor (e que será substituída). Dessa forma, os impactos nas questões processuais são naturais de ocorrerem.

Por sua vez, questão que parece não tão óbvia é a relação com pontos de direito material, que possuem comunicação com temas de direito processual, já que estes também sofrem influência com uma nova sistemática processual, principalmente naqueles pontos que não regulados pelo revogado Código de Processo Civil, mas que ganharam contornos na nova codificação processual.

¹ Situação que ocorre quando há “microssistemas complexos” (ou “microssistemas múltiplos”), que são formados por um feixe de várias de leis que se interpenetram e subsidiam-se. O exemplo mais conhecido é o microssistema da tutela coletiva. No sentido, confira-se: MAZZEI, Rodrigo. A ação popular e o microssistema da tutela coletiva. In: Luiz Manoel Gomes Junior; Ronaldo Fenelon Santos Filho. (Orgs.). *Ação popular: aspectos relevantes e controversos*. São Paulo: RCS, 2006, p. 397-428. De forma bem resumida, MAZZEI, Rodrigo. *Da aplicação (apenas) “residual” do CPC nas ações coletivas*. MPMG Jurídico, vol. 1, p. 37, 2006. Com olhos específicos na formação de um *microssistema da função social*, formado por múltiplos diplomas (entre os quais o Estatuto da Cidade), confira-se: MAZZEI, Rodrigo. *Direito de superfície*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 212-217.

² A vocação de subsidiar o sistema está, inclusive, prevista no texto do NCPC, no artigo 15: “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

³ No sentido: OLIVEIRA, Paulo Rogério de. O Estatuto da Cidade e suas diretrizes gerais. *Revista da Faculdade Autônoma de Direito*, vol. 1, p. 229-244, 2011.

⁴ Consoante pode-se extrair do artigo 4º do Estatuto da Cidade, ao incluir as novas figuras da outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso e da transferência do direito de construir.

⁵ No sentido, com abordagem sobre a necessidade e importância das leis estatutárias, confira-se: MAZZEI, Rodrigo. *Direito de superfície*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 128-129.

Ademais, não podemos esquecer que tanto na codificação processual quanto na lei estatutária é possível se encontrar dispositivos com feições *bifrontes* e *heterotópicas*, situação que remete ao intérprete a necessidade de trabalhar com zelo na identificação da natureza jurídica (de direito material e/ou processual) das regras inseridas no ventre dos diplomas legais.⁶

Com foco nas premissas postas, o presente trabalho procura trazer algumas questões diretamente relacionadas com o Estatuto da Cidade e com a questão das políticas urbanas – principalmente no tocante à regularização fundiária – e que merecem ser estudadas à luz do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015).

Assim, num primeiro momento, procurou-se identificar as influências que a extinção do procedimento especial de usucapião⁷ poderia gerar nas discussões acerca da usucapião especial urbana, prevista tanto na Constituição Federal (artigo 183), quanto no Estatuto da Cidade (artigos 9º-14) e no Código Civil (artigo 1.240). Aprofundando a questão da usucapião especial urbana, analisou-se também a modalidade introduzida pelo Estatuto da Cidade, a usucapião especial urbana coletiva, apontando seus possíveis pontos de contato com conflitos possessórios coletivos, tema no novo CPC.

O direito de superfície também sofre algum impacto com a nova legislação processual, mormente considerada a questão da execução de dívidas, temática essa que ganha importância no texto da nova codificação processual, preocupado com a efetividade das decisões e a perfeita delimitação da responsabilidade patrimonial entre o proprietário (concedente) e o superficiário (cessionário).

Vale realçar, desde já, que toda a interpretação acerca do impacto e da simbiose entre o novo CPC e o Estatuto da Cidade deve se dar com iluminação constitucional, notadamente pela inegável raiz constitucional dos diplomas que, de forma flagrante, almejam ser vetores de concretização do Modelo Democrático de Direito implementado pela Constituição Federal de 1988⁸. Note-se que com tal bússola, fica mais fácil, inclusive,

⁶ A análise das características das regras *bifrontes* e *heterotópicas* será feita adiante, em especial ao tratarmos do artigo 791 do novo Código de Processo Civil e sua comunicação com Estatuto da Cidade, na parte referente ao direito de superfície. De todo modo, numa concepção básica deve ser considerada como regra *heterotópica* aquela que está *deslocada*, ou seja, está em *diferente* (*héteros*) *lugar* (*topikòs*) do que se habitualmente espera. Assim, quando o diploma legal for de índole processual – como é o caso do Código de Processo Civil – e for localizado dispositivo de caráter eminentemente material, este terá natureza *heterotópica*, já que *difere* na essência dos demais artigos da legislação, estando, sob tal enfoque, *deslocado*. De forma diversa, os dispositivos *bifrontes* não são identificados pela sua posição topográfica deslocada, mas pelo fato de terem – simultaneamente – dupla faceta: material e processual (há, pois, a natureza híbrida no dispositivo legal). Assim, ao se falar em *bifronte* o foco estará na leitura e consequências materiais e processuais do dispositivo, diante da sua carga dupla. Com análise mais detalhada dos dispositivos *bifrontes* e *heterotópicos*, confira-se: MAZZEI, Rodrigo. Enfoque processual do art. 928 do Código Civil. In: RBDPro – Revista Brasileira de Direito Processual, nº 59, p. 48-51; MAZZEI, Rodrigo. Algumas Notas sobre o ('dispensável') artigo 232 do Código Civil. In: Prova, Exame Médico e Presunção: o artigo 232 do Código Civil. Fredie Didier Jr. e Rodrigo Mazzei (Coords). Salvador: Juspodivm, 2006, p. 261-262.

⁷ A usucapião possui regras gerais no Código de Processo Civil de 1973 (artigos 940-945), que acabam complementando o procedimento previsto no Estatuto da Cidade.

⁸ No sentido, confira-se (com ótima pesquisa e cenário apresentado): ZANETI JR., Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, (cuja segunda edição possui o seguinte título: *A constitucionalização do processo*. São Paulo: Atlas, 2013).

compreender a função (*participativa*) das codificações no sistema legal em vigor, complementando, no que for necessário, as leis especiais (e extravagantes) a partir da matriz constitucional que dá coerência a todo sistema⁹.

2. A Usucapião Especial Urbana no Novo CPC

A usucapião como forma de aquisição de direito real¹⁰ é um instituto jurídico muito antigo, remontando o período do Direito Romano. Em linhas gerais, tem por objetivo precípuo a valorização daquele que se mostra como titular de um direito real sem o tê-lo, mas que, tratando-o como se titular fosse, o faz com a clara intenção de ter este para sua esfera jurídica, postura que vulgarmente será notada a partir da posse continuada e do seu próprio *animus*.

Nessa linha, tradicionalmente, a usucapião, instituto eminentemente de direito privado, era vista, de um lado, como uma sanção ao titular de direito real (em regra, a propriedade) *relapso* que não exercia tal direito, ao passo que, de outro, como uma premiação ao possuidor que deu destinação ao bem. Como destacam Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosendal, o fundamento da usucapião é a consolidação da *propriedade (rectius, do direito real)* e a pacificação da situação perante o bem e a sociedade¹¹.

2.1. Breve Histórico sobre a Usucapião Especial Urbana

Percebe-se, pois, que desde sua origem, a usucapião serviu como meio de resolução de questões envolvendo particulares, sem interferência do Poder Público (a exceção da participação do Poder Judiciário no julgamento das questões que lhe são postas). Apenas a título de ilustração, destaca-se que a aquisição da propriedade se dá tão somente pela conjugação dos requisitos (posse *ad usucapionem* e tempo dessa posse), cabendo apenas ao Estado-Juiz declarar essa aquisição. Entretanto, com o desenvolvimento do conceito de propriedade – e em especial com a crise do Estado Liberal –, a usucapião passou a ser encarada não só sob a perspectiva civilista, mas também sob uma faceta pública desse instituto. Certamente, um passo importante

⁹ No tema, confira-se: MAZZEI, Rodrigo. O Código Civil de 2002 e a sua interação com os microsistemas e a Constituição Federal. *Revista da Faculdade Autônoma de Direito*, vol. 1, p. 245-278, 2011.

¹⁰ Fique claro que a *usucapião* não é uma forma exclusiva de aquisição da propriedade, como é muitas vezes dito (ainda que de forma involuntária). Na realidade a *usucapião* é uma modalidade de aquisição de *direitos reais*, que se dá através da posse prolongada e o preenchimento de um gabarito legal, previamente fixado pela legislação. Note-se, no sentido, que a própria Constituição Federal (artigo 183, § 1º) cogita em usucapião *concessão de uso*, direito real que não se confunde com a propriedade. Em exemplos mais comuns, extrai-se do Código Civil a possibilidade da usucapião para aquisição de servidão aparente (artigo 1.379) e usufruto (artigo 1.391). Pensamos, indo um pouco além, que havendo posse prolongada e *animus* vinculado à tipicidade e comportamento vinculado ao direito real, é possível se cogitar em usucapião de outros direitos reais que não a propriedade, como é o caso do direito de superfície. No sentido, confira-se: Rodrigo Mazzei. *Direito de superfície*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 78; e Flávio Tartuce. *Direito Civil 4: direito das coisas*. 6ª ed. São Paulo: Método, 2014, p. 338-33.

¹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direitos reais*. 8ª ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 397.

para tal medida no sistema nacional foi o reconhecimento da ideia de *função social da propriedade*¹²⁻¹³, cujo marco mais reconhecido é a Constituição Federal de 1934.¹⁴

A previsão constitucional criou bandeja para que fosse criada – dentro do bojo da própria Carta Magna de 1934 (artigo 125¹⁵) – uma nova modalidade de usucapião, fugindo do gabarito duplo da codificação de 1916 (usucapião ordinária e extraordinária)¹⁶. Em suma, sem se preocupar (ao menos na redação literal) com a boa-fé do possuidor, aquele que tornasse a terra produtiva por seu trabalho e tendo nela a sua moradia teria acesso a uma usucapião (tratada como *especial*). Apesar de não constar na letra legal que se tratava de usucapião voltada às áreas rurais, tal conclusão era tirada a partir do objeto da usucapião (“um trecho de terra até dez hectares”). Assim, tal forma de aquisição da propriedade foi tratada por alguns como usucapião *pro labore*, servindo como prêmio àquele que conferia função social a trecho de área rural, tornando-o produtivo¹⁷.

A mensagem constitucional reverberou e a usucapião especial foi sendo prestigiada na legislação, seja através da criação de novas modalidades, seja na forma de criar um processo judicial mais célere, sempre em prol da produção da terra, ao labor rural e a fixação do homem no campo (com a sua moradia). No sentido, basta conferir o teor das Leis 4.504/64 (Estatuto da Terra)¹⁸, 6.001/71¹⁹ e 6.969/81²⁰.

¹² A Constituição de 1934 não explicitou que a propriedade tinha uma *função social*, ou seja, não usou tal expressão “*função social*”. Houve, na realidade, a inserção de um conteúdo de limite em relação ao direito individual em relação à propriedade, consoante nº 17 do artigo 113 (“É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar”). A expressão *função social da propriedade* veio a lume no sistema legal com o Estatuto da Terra (Lei 4.504/64), que no § 1º do artigo 2º dispôs que: “art. 2º. É assegurada a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua *função social*, na forma prevista nesta Lei. § 1º. A propriedade da terra desempenha integralmente a sua *função social* quando, simultaneamente: a) favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias; b) mantém níveis satisfatórios de produtividade; c) assegura a conservação dos recursos naturais; d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivem”. (destacamos).

¹³ No tema, confira-se: BARROSO, Lucas Abreu. *Private property, social justice and substantive citizenship. In: Contemporary legal theory in Brazilian civil law*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 79-98.

¹⁴ Sobre a evolução histórica da função social da propriedade, confira-se: MAZZEI, Rodrigo. *A função social da propriedade: uma visão pela perspectiva do Código Civil de 2002*. In: NERY, Rosa Maria de Andrade. (Org.). *Função do direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, vol. 1, p. 377-410.

¹⁵ Artigo 125 – Todo brasileiro que, não sendo proprietário rural ou urbano, ocupar, por dez anos contínuos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, um trecho de terra até dez hectares, tornando-o produtivo por seu trabalho e tendo nele a sua morada, adquirirá o domínio do solo, mediante sentença declaratória devidamente transcrita.

¹⁶ Com análise mais aguda do tema, confira-se: BARBOSA, Alessandra de Abreu Minadakis. *Usucapião constitucional agrário. In: O Direito Agrário na Constituição*. Lucas Abreu Barroso, Alcir Gursen de Miranda e Mário Lúcio Quintão Soares (Orgs.). 3ª edição. São Paulo: Método, p. 269-287.

¹⁷ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. vol. 4, p. 129-130.

¹⁸ Art. 98. Todo aquele que, não sendo proprietário rural nem urbano, ocupar por dez anos ininterruptos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, tornando-o produtivo por seu trabalho, e tendo nele sua morada, trecho de terra com área caracterizada como suficiente para, por seu cultivo direto pelo lavrador e sua família, garantir-lhes a subsistência, o progresso social e econômico, nas dimensões fixadas por esta Lei, para o módulo de propriedade, adquirir-lhe-á o domínio, mediante sentença declaratória devidamente transcrita.

¹⁹ Art. 33. O índio, integrado ou não, que ocupe como próprio, por dez anos consecutivos, trecho de terra inferior a cinquenta hectares, adquirir-lhe-á a propriedade plena. Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica às terras do domínio da União, ocupadas por grupos tribais, às áreas reservadas de que trata esta Lei, nem às terras de propriedade coletiva de grupo tribal.

²⁰ Art. 1º. Todo aquele que, não sendo proprietário rural nem urbano, possuir como sua, por 5 (cinco) anos ininterruptos, sem oposição, área rural contínua, não excedente de 25 (vinte e cinco) hectares, e a houver

Um novo enfoque foi trazido com a Constituição Federal de 1988, pois houve abertura para que, através do artigo 183, fosse garantida a usucapião especial (marcada – e impulsionada – pela *posse social*) também para os imóveis urbanos. Assim, ocorreu o reconhecimento da usucapião como instrumento de política urbana, criando-se nova possibilidade de usucapião urbana que não a prevista até então na codificação civil, com a redução do prazo para a aquisição da propriedade. Ademais, a nova modalidade de usucapião já nasce desapegada da comprovação de boa-fé e/ou da apresentação de justo título, exigindo-se, em contrapartida, a utilização do imóvel para moradia, não podendo ser postulada mais de uma vez.

Com vistas a regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, foi confeccionado o Estatuto da Cidade que, imune de embargo, estabeleceu diretrizes para a política urbana, em refino ao mandamento constitucional. Em relação ao artigo 183, o Estatuto da Cidade trouxe regramentos acerca da usucapião especial urbana e, com pequeno trecho de artigos (artigo 9º-14), o legislador preocupou-se em regular as principais questões de direito material e processual da nova modalidade de usucapião, deixando para o ambiente supletivo das codificações questões como a marcha do rito processual da ação.

2.2. Novo CPC: Extinção da Ação de Usucapião ou Alteração de Rito?

Grande repercussão nas regras previstas no Estatuto da Cidade decorrente das previsões trazidas pelo novo Código de Processo Civil diz respeito à usucapião. E o motivo inicial é bem simples: o CPC/15 – diversamente do que ocorre com o Código de Processo Civil de 1973 – não contempla a usucapião no rol dos procedimentos especiais codificados.

De toda sorte, nada obstante não estar figurando como um procedimento especial, o novo Código de Processo Civil reconhece a subsistência da ação de usucapião no sistema, eis que ao longo de seu corpo traz disposições aplicáveis à referida ação, a saber: (a) artigo 246, § 3º – que trata da citação pessoal do confinante²¹ e (b) artigo 259, I – necessidade de publicação de editais.²² Além dos pontos em destaque, o artigo 1.071 do novo CPC²³ altera a Lei de Registros Públicos em relação

tornado produtiva com seu trabalho e nela tiver sua morada, adquirir-lhe-á o domínio, independentemente de justo título e boa-fé, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para transcrição no Registro de Imóveis. Parágrafo único. Prevalerá a área do módulo rural aplicável à espécie, na forma da legislação específica, se aquele for superior a 25 (vinte e cinco) hectares.

²¹ Art. 246. A citação será feita: (...) §3º Na ação de usucapião de imóvel, os confinantes serão citados pessoalmente, exceto quando tiver por objeto unidade autônoma de prédio em condomínio, caso em que tal citação é dispensada.

²² Art. 259. Serão publicados editais: I – na ação de usucapião de imóvel;

²³ Art. 1.071. O Capítulo III do Título V da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei de Registros Públicos), passa a vigorar acrescida do seguinte art. 216-A: “Art. 216-A. Sem prejuízo da via jurisdicional, é admitido o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, que será processado diretamente perante o cartório do registro de imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo, a requerimento do interessado, representado por advogado, instruído com: I – ata notarial lavrada pelo tabelião, atestando o tempo de posse do requerente e seus antecessores, conforme o caso e suas circunstâncias; II – planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica

à usucapião extrajudicial, fato, pois, que indica de forma clara a manutenção da ação respectiva (até porque, em determinadas situações de controvérsia, a questão terá que ser decidida em sede de ação judicial, conforme desenho legal).

Assim, aprovada a novel legislação processual, não haverá a extinção da ação de usucapião, e a sua exclusão do rol dos procedimentos especiais, *a priori*, implica dizer que o seu processamento dar-se-á pelo procedimento ordinário. Contudo, a retirada da usucapião como procedimento especial não tem somente esse efeito, principalmente analisando sob a perspectiva das modalidades de usucapião veiculadas pelo Estatuto da Cidade.

A primeira consequência que vem à mente é a inexistência de aplicação complementar do novo Código de Processo Civil em relação à usucapião especial. Afinal, inexistindo gramatical previsão de uma ação de usucapião no novo código, não há o que se aplicar. De toda sorte, como já dito, a opção do legislador em não estabelecer um procedimento específico para a usucapião não retira tal ação do ordenamento jurídico, tampouco impõe que essa se amolde artificialmente ao procedimento ordinário, em qualquer adaptação necessária (e reclamada pelo direito material). No sentido, no II Encontro dos Jovens Processualistas do Instituto Brasileiro de Direito Processual²⁴ foi aprovado o Enunciado de nº 25, que reconhece remanescer a ação de usucapião no sistema legal, mantendo sua célula própria (decorrente do direito material que lhe é peculiar). Senão vejamos o texto do referido enunciado:

no respectivo conselho de fiscalização profissional, e pelos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes; III – certidões negativas dos distribuidores da comarca da situação do imóvel e do domicílio do requerente; IV – justo título ou quaisquer outros documentos que demonstrem a origem, a continuidade, a natureza e o tempo da posse, tais como o pagamento dos impostos e das taxas que incidirem sobre o imóvel. §1º O pedido será autuado pelo registrador, prorrogando-se o prazo da prenotação até o acolhimento ou a rejeição do pedido. §2º Se a planta não contiver a assinatura de qualquer um dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, esse será notificado pelo registrador competente, pessoalmente ou pelo correio com aviso de recebimento, para manifestar seu consentimento expresso em 15 (quinze) dias, interpretado o seu silêncio como discordância. §3º O oficial de registro de imóveis dará ciência à União, ao Estado, ao Distrito Federal e ao Município, pessoalmente, por intermédio do oficial de registro de títulos e documentos, ou pelo correio com aviso de recebimento, para que se manifestem, em 15 (quinze) dias, sobre o pedido. §4º O oficial de registro de imóveis promoverá a publicação de edital em jornal de grande circulação, onde houver, para a ciência de terceiros eventualmente interessados, que poderão se manifestar em 15 (quinze) dias. §5º Para a elucidação de qualquer ponto de dúvida, poderão ser solicitadas ou realizadas diligências pelo oficial de registro de imóveis. §6º Transcorrido o prazo de que trata o §4º deste artigo, sem pendência de diligências na forma do § 5º deste artigo e achando-se em ordem a documentação, com inclusão da concordância expressa dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, o oficial de registro de imóveis registrará a aquisição do imóvel com as descrições apresentadas, sendo permitida a abertura de matrícula, se for o caso. §7º Em qualquer caso, é lícito ao interessado suscitar o procedimento de dúvida, nos termos desta Lei. §8º Ao final das diligências, se a documentação não estiver em ordem, o oficial de registro de imóveis rejeitará o pedido. §9º A rejeição do pedido extrajudicial não impede o ajuizamento de ação de usucapião. §10. Em caso de impugnação do pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, apresentada por qualquer um dos titulares de direito reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, por algum dos entes públicos ou por algum terceiro interessado, o oficial de registro de imóveis remeterá os autos ao juízo competente da comarca da situação do imóvel, cabendo ao requerente emendar a petição inicial para adequá-la ao procedimento comum.”

²⁴ Tratado posteriormente como II Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (Salvador, novembro/2013).

Enunciado 25 – (art. 246, §3º; art. 1.071 e §§) A inexistência de procedimento judicial especial para a ação de usucapião e de regulamentação da usucapião extrajudicial não implica vedação da ação, que remanesce no sistema legal, para qual devem ser observadas as peculiaridades que lhe são próprias, especialmente a necessidade de citação dos confinantes e a ciência da União, do Estado, do Distrito Federal e do Município (Grupo: Procedimentos Especiais)²⁵⁻²⁶.

A ausência de expressa previsão legal da ação de usucapião implica a necessidade de se investigar o rito a ser obedecido, bem como a necessidade de requisitos adicionais a um eventual ingresso pelo rito ordinário. Assim, a ação de usucapião deve ser extraída do sistema, mostrando-se desnecessário que os contornos básicos sejam trazidos pelo Código de Processo Civil.

Na modalidade de usucapião em comento, com mais razão ainda têm prevalência os pontos inovadores do Estatuto da Cidade. E o critério que não pode ser esquecido é a intenção de facilitação do acesso à moradia e de regularização fundiária com a consolidação de uma situação fática, conferindo-lhe proteção jurídica. Por sua vez, ausente previsão da ação de usucapião, é do direito material que se extrai elementos que darão forma ao procedimento adotado.

De todo modo, a opção legislativa afetará em certa medida a ação de usucapião especial prevista no Estatuto da Cidade, pois foi extinto o *procedimento sumário* do Código de Processo Civil, fazendo com que o artigo 14 da lei estatutária (*que dispõe que na ação judicial de usucapião especial de imóvel urbano, o rito processual a ser observado é o sumário*) fique sem o apoio do direito processual codificado.

2.3. Alguns Pontos que Merecem Exame

Na tentativa de antecipar possíveis temas que serão objeto de discussões, apresentamos na sequência algumas questões que podem ser alvo de debate quando da entrada em vigor no novo CPC.

2.3.1. Necessidade de Identificação do Imóvel a Ser Usucapido (Juntada de Planta com a Inicial)

De plano, pensamos que é fundamental a identificação do bem que se pretende usucapir.

²⁵ DIDIER Jr., Fredie; BUENO, Cassio S; BASTOS, A. A. Carta de Salvador – II Encontro dos Jovens Processualistas do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). *Revista de Processo*, vol. 227, p. 435, 2014.

²⁶ Na redação original (antes da aprovação do CPC/15 e do III FPPC): “A não previsão de procedimento especial para a ação de usucapião e a regulamentação da usucapião extrajudicial não implicam vedação da ação, que remanesce no sistema legal, para a qual devem ser observadas as peculiaridades que lhe são próprias, especialmente a necessidade de citação dos confinantes e a ciência da União, do Estado, do Distrito Federal e do Município”.

Embora o artigo 932 do diploma processual revogado exigisse a juntada de planta do imóvel, não há disposição semelhante no Estatuto da Cidade nos seus artigos 9º-14. Poderia se pensar, todavia, que inexistindo ação usucapião regulada pela codificação e não estando a exigência firmada na lei estatutária, inexistente também tal exigência de forma peremptória. Contudo, não se deve olvidar o que se pretende com a juntada da planta do imóvel: *a perfeita delimitação do objeto da demanda*.

Com tal quadro (e considerando ainda finalidade da usucapião especial urbana), a identificação do imóvel a ser usucapido deve ser facilitada. Assim, a juntada da planta do imóvel e demais elementos que permitam reconhecer detalhadamente o bem usucapido deve ser obrigatória, mitigando-se a exigência em casos excepcionais, em que se deverá levar em conta a impossibilidade (comprovada) do autor de cumprir a tarefa de forma vestibular e que ainda será oportunizada às partes a produção de provas. Em momento posterior (e com contraditório) pode se efetuar de forma postergada a plena identificação do imóvel, até mesmo porque esta será uma exigência para a inscrição da sentença perante Cartório do Registro Geral de Imóveis.

Importante destacar que a previsão da usucapião extrajudicial (que, como já antecipado, é trabalhada no novo CPC – artigo 1.071 – alterando a Lei de Registros Públicos no particular) exige uma documentação mais robusta e mais completa, até mesmo diante de um contraditório efetuado com calibre menor, sem a direção judicial. De toda sorte, não há empecilho, ao menos a nossa visão, para que também a usucapião especial urbana seja reconhecida extrajudicialmente, perante o Cartório de Registro Geral de Imóveis.

2.3.2. Formação de Litisconsórcio e Intimação de Interessados

Quanto à formação do litisconsórcio, verifica-se que não há a ortodoxa dicotomia autor-réu. Em lados opostos, efetivamente estão autor (possuidor) e réu (proprietário). Mas também há outros interessados e que – em princípio – devem compor a lide: os confinantes. A citação desses é extraída não de um procedimento especial, mas das próprias regras gerais de citação, onde há previsão, no §3º do artigo 246 do NCPC, de que sejam os confinantes citados pessoalmente.

Outra questão que também fora inserida na parte geral do Novo CPC – e não mais como especificidade de um procedimento especial – diz respeito à intimação de eventuais interessados. A publicação de editais com tal finalidade foi prevista no artigo 259, inciso I, conferindo, assim, a publicidade necessária (e mínima) à usucapião.

A extração do sistema à composição dos polos processuais decorre ainda de característica marcante do Novo Código de Processo Civil, que é a possibilidade de tornar o procedimento ordinário mais adaptável ao direito material, tornando desnecessária a regulação por meio de procedimentos especiais²⁷. Tal ideia pode ser tirada, inclusive, de uma absorção mais ampla do artigo 327, §2º, do CPC/15.

²⁷ MITIDIERO, Daniel Francisco; MARINONI, Luiz Guilherme. *O Projeto do CPC - Crítica e Propostas*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p 95.

Não havendo no Estatuto da Cidade regras semelhantes (ou contrárias) ao previsto no §3º do artigo 246 e no inciso I, do artigo 259 do novo Código de Processo Civil, tais regramentos deverão ser aplicados subsidiariamente, sendo inclusive de boa utilidade a previsão de dispensa de citação dos confinantes – constante no §3º do artigo 246 – quando o bem que pretende ser usucapido for unidade autônoma de prédio em condomínio.

2.3.3. Da Alegação da Usucapião como Matéria de Defesa

Outro ponto que merece atenção em relação à conjugação da usucapião especial urbana prevista no Estatuto da Cidade e o novo Código de Processo Civil é a invocação da usucapião como matéria de defesa.

Sob a égide do revogado Código de Processo Civil, tal temática trouxe séria discussão na doutrina. É que o procedimento especial da usucapião previa que, além do proprietário, deveriam ainda ser citados os confinantes e intimados a fim de manifestar existir interesse a União, Estado, Distrito Federal e Município. Por outro lado, a invocação da usucapião como matéria de defesa e a possibilidade de a sentença que a reconhecesse fosse título hábil para registro implicavam a prolação de uma sentença sem que todos os legitimados passivos compusessem tal polo processual.

A questão tomava cor especial no Estatuto da Cidade, em razão da previsão expressa do artigo 13, que dispõe no sentido de que a usucapião especial de imóvel urbano poderá ser invocada como matéria de defesa, valendo a sentença que a reconhecer como título para registro no Cartório de Registro de Imóveis.

A bem da verdade, se a ação de usucapião for examinada com maior profundidade, é possível perceber que o procedimento especial do revogado Código de Processo Civil trabalhava com a *cumulação* de duas ações distintas: (a) a primeira é uma ação declaratória movida pelo possuidor contra o titular registral do direito real (na maioria das vezes, o proprietário), cujo objeto é a declaração da consumação da usucapião; (b) a segunda é uma ação de natureza secundária (= *depende do sucesso da primeira*) que é movida pelo possuidor (como pretensão novo titular do direito real – propriedade) e reclama a demarcação da área usucapida em relação aos vizinhos (*confinantes*).

Observar o fenômeno é de alta importância, pois, no sistema atual, quando se alega a usucapião como defesa e, em sequência, a sentença que reconhece a resposta positiva à usucapião vale como título em favor do réu para registro no Cartório de Registro de Imóveis (situação prevista no artigo 13 do Estatuto da Cidade), temos a impossibilidade da cumulação das ações (que ocorre quando a ação de usucapião é movida pelo autor). Assim, em tal situação (alegação da usucapião na *resposta*, pelo réu) tem-se que apenas a ação declaratória entre possuidor e titular de direito real irá se desenvolver, não se permitindo a cumulação com a ação demarcatória pela impossibilidade de ampliação subjetiva por pedido do réu contra o autor, ao menos na interpretação que era tirada do sistema processual do revogado Código de Processo Civil²⁸.

²⁸ Segundo Clito Fornaciari, em lição clássica sobre o tema (repetida em muitos manuais): “Deve, pois, a reconvenção ser proposta contra o autor ou autores do processo original, sem poder dar-se ampliação

Durante algum tempo a regra excepcional do artigo 13 do Estatuto da Cidade e a simétrica à previsão contida no artigo 7º da Lei 6.969/81 (que trata da usucapião especial agrária)²⁹ eram tratadas com excepcionalidades, somente se justificando a sua aplicação nos limites estritos dos diplomas respectivos. Isso porque prevalecia a tese – escorada na Súmula nº 237 do Supremo Tribunal Federal – de que a usucapião como matéria de defesa fora dos ambientes do Estatuto da Cidade e da Lei 6.969/81 não fazia a coisa julgada capaz de alterar o registro imobiliário, sendo tão somente motivo para o julgamento de improcedência do pedido do autor³⁰.

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, parte da doutrina passou a defender que o artigo 1.241 do Código Civil permitiu que a usucapião pudesse ser arguida como defesa, valendo também a sentença (se favorável ao réu, declarando preenchidos todos os requisitos para a usucapião) como vetor (título) para registro no Cartório de Registro de Imóveis. Em resenha, homenageando o princípio da operabilidade, defendia-se que o artigo 1.241³¹ do Código Civil possui plataforma para a apresentação de *pedido contraposto* contra o proprietário do imóvel³². A questão foi, inclusive, alvo de debate na IV Jornada de Estudos sobre o Código Civil de 2002, organizada pelo Conselho da Justiça Federal, resultando no Enunciado 315, que possui a seguinte redação:

O art. 1.241 do Código Civil permite ao possuidor que figurar como réu em ação reivindicatória ou possessória formular pedido contraposto e postular ao juiz seja declarada adquirida, mediante usucapião, a propriedade imóvel, valendo a sentença como instrumento para registro imobiliário, ressalvados eventuais interesses de confinantes e terceiros³³.

subjetiva na demanda a qualquer terceiro não integrante da relação processual (...)” (*Da reconvenção no direito processual civil brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 93). Na jurisprudência, confira-se: STJ, REsp 274763/GO, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/11/2002, DJ 16/12/2002, p. 313.

²⁹ Art. 7º - A usucapião especial poderá ser invocada como matéria de defesa, valendo a sentença que a reconhecer como título para transcrição no Registro de Imóveis.

³⁰ O posicionamento pode ser encontrado até em precedentes recentes, confira-se: “A usucapião pode ser arguida como matéria de defesa, em sede de contestação. Não obstante a presença dos requisitos necessários à caracterização da prescrição aquisitiva, o direito à propriedade, para ser reconhecido, depende do ajuizamento de Ação de Usucapião, com rito próprio a ser observado” (TJMG – acórdão nº 10511060092208001, Relator Desembargador Rogério Medeiros, j. 17/01/2013, Câmaras Cíveis Isoladas, 14ª CÂMARA CÍVEL, DJ 25/01/2013).

³¹ Art. 1.241. Poderá o possuidor requerer ao juiz seja declarada adquirida, mediante usucapião, a propriedade imóvel.

³² Note-se que não há qualquer ressalva na dicção legal do artigo 1.241 do Código Civil de que a usucapião somente poderá ser declarada mediante ação promovida pelo possuidor na qualidade de autor da demanda. Em razão inversa, a leitura do dispositivo demonstra que o possuidor, figurando em qualquer dos polos da ação, poderá “requerer ao juiz seja declarada adquirida, mediante usucapião a propriedade imóvel”. Pensar diferente (e limitar o alcance do art. 1.241) significa conspirar contra o *princípio da operabilidade* e tornar sem qualquer efeito prático o dispositivo, uma vez que não existe qualquer dúvida no cabimento da ação de usucapião, conforme cristalina redação do art. 941 do CPC. O art. 1.241 somente pode ser considerado como uma inovação útil se admitida a possibilidade do *pedido contraposto*.

³³ As justificativas do Enunciado 315 foram publicadas na íntegra no seguinte texto: MAZZEI, Rodrigo. Justificativas dos Enunciados 309, 315 e 322 do CJF. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro, vol. 1, 2008, p. 261-270.

Importante notar que o Enunciado 315 do CJF – que trabalhou com o *pedido contraposto* – não alcança os confinantes, pois a interpretação pacífica do artigo 316 do CPC/73 é, como vimos, no sentido da impossibilidade de ampliação subjetiva da lide pela reconvenção, não podendo o réu (reconvinte) requerer a citação de outras pessoas para compor o polo passivo da reconvenção (e figurar como reconvindos) que não os que já estavam postados como autor. Assim, a ação de usucapião como defesa era cindida, só se voltando contra o proprietário, ficando a postulação contra os confinantes postergada para ação demarcatória se houvesse alguma controvérsia³⁴.

O Novo Código de Processo Civil parece resolver a questão. Isso porque através de mudança no sistema reconvenicional, a usucapião poderá não só ser alegada como defesa e pedido contraposto, como também por reconvenção, tendo aptidão para alcançar os confinantes e outros interessados. Com efeito, por força do §3º do artigo 343 do Novo Código de Processo Civil³⁵, em sede de reconvenção, será possível que o réu alcance não o autor da ação, mas também terceiros³⁶.

A nova previsão autoriza, assim, que não só o proprietário responda à ação de usucapião veiculada em sede de reconvenção, mas também os confinantes (e outros interessados), uma vez que o direito material subjacente implica não só a aquisição do direito real (na maioria das vezes, a propriedade), mas também sua individualização em relação aos imóveis lindeiros. Demonstração dessa necessidade fica clara quando se examina o já citado § 3º do artigo 246 do Novo Código Civil que dispensa a citação dos confinantes, caso o imóvel a ser usucapido consista em unidade autônoma de prédio em condomínio³⁷.

A ampliação subjetiva da relação processual por meio da reconvenção e sua aplicação nas situações em que o réu invoca a usucapião como meio de defesa fora objeto de deliberação no II Encontro dos Jovens Processualistas do Instituto Brasileiro de Direito Processual³⁸, sendo aprovado enunciado nesse sentido:

Enunciado 46 – (art. 343, §3º) A reconvenção pode veicular pedido de declaração de usucapião, ampliando subjetivamente o processo, desde que se observem os arts. 259, I, e 328, §1º, II. Ampliação do Enunciado 237 da Súmula do STF (*Grupo: Petição inicial, resposta do réu e saneamento; redação revista no IV FPPC-BH*)³⁹⁻⁴⁰⁻⁴¹.

³⁴ O problema não se fixava apenas nos confinantes, mas também em outras situações em que terceiros deveriam ser citados do pleito de usucapião, como – por exemplo – usucapião de imóvel com garantia real, hipótese em que o beneficiário da garantia merece ser citado.

³⁵ Art. 343. Na contestação, é lícito ao réu propor reconvenção para manifestar pretensão própria, conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa. (...) §3º A reconvenção pode ser proposta contra o autor e terceiro.

³⁶ Curiosamente o §3º do art. 343 do CPC/15 fala em *terceiro*, no singular, e não em *terceiros*, no plural, o que não se pode usar como óbice para a citação dos confinantes.

³⁷ Por já estar destacada a unidade autônoma no instrumento de constituição do condomínio, a individualização mostra-se despendiosa, razão que levou o legislador a prever a mencionada dispensa.

³⁸ Evento tratado posteriormente como II Fórum Permanente de Processualistas Civis (Salvador, novembro/2013).

³⁹ Redação original: “A reconvenção pode veicular pedido de declaração de usucapião, ampliando subjetivamente a relação processual, observando-se o art. 259, I. Ampliação do Enunciado 237 da Súmula do STF”.

⁴⁰ DIDIER Jr., Fredie; BUENO, Cassio S.; BASTOS, A. A. Carta de Salvador – II Encontro dos Jovens Processualistas do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). *Revista de Processo*, vol. 227, p. 435, 2014.

⁴¹ Na redação final, dispositivos legais reenumerados para “art. 343, §§3º e 4º”.

Assim, com a inovação trazida, ganha força a possibilidade de alegação de usucapião especial urbana em defesa, pois plasmando o fundamento em reconvenção, não se cogitará em repercussão contra terceiros que não tenham participado do processo e exercido seu direito ao contraditório, bastando, pois, sua inclusão, como autorizado pelo §3º do artigo 343 do novo texto processual.

3. A Usucapião Especial Coletiva e os Conflitos Possessórios Regulados pelo Novo CPC

Nada obstante alguns dos temas tratados nos tópicos anteriores serem aplicáveis também à usucapião coletiva, fazendo as adaptações necessárias, há um tema que optamos por apartar da usucapião individual, nos referimos à usucapião especial coletiva e aos conflitos possessórios regulados pelo Novo Código de Processo Civil. Senão vejamos:

3.1. Diferenças e Pontos Comuns entre a Usucapião Individual e a Coletiva no Estatuto da Cidade

Seguindo a linha de utilização da usucapião também como instrumento de política urbana, o Estatuto da Cidade inovou no ordenamento jurídico ao trazer a usucapião especial urbana coletiva. A despeito de se tratar de nova modalidade de usucapião, seus caracteres são muito semelhantes à usucapião especial urbana individual – essa com previsão expressa no ventre constitucional. Mas sua introdução no ordenamento jurídico por meio de legislação infraconstitucional não lhe retira a importância. Muito pelo contrário.

Pela dicção do artigo 10 do Estatuto da Cidade, a usucapião especial urbana coletiva tem lugar na ocupação de área urbana com mais de 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) por população de baixa renda, para moradia, por cinco anos ininterruptamente e onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor. Distingue-se da usucapião individual (artigo 9º), em três elementos: (a) a área, que deve ser superior a 250 m², ao passo que na usucapião individual essa metragem é o limite máximo do terreno; (b) a impossibilidade de individualização de cada terreno; (c) os possuidores devem *necessariamente* estar dentro do conceito de “população de baixa renda”. As diferenças aqui postas ficam mais bem realçadas no quadro, com os destaques respectivos:

USUCAPIÃO ESPECIAL URBANO – INDIVIDUAL	USUCAPIÃO ESPECIAL URBANO – COLETIVO
Art. 9º Aquele que possuir como sua área ou edificação urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. §1º O título de domínio será conferido ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil. §2º O direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez. §3º Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, a posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão.	Art. 10. As áreas urbanas com <i>mais</i> de duzentos e cinquenta metros quadrados, <i>ocupadas por população de baixa renda para sua moradia</i>, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, <i>onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor</i>, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural. §1º O possuidor pode, para o fim de contar o prazo exigido por este artigo, acrescentar sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas. §2º A usucapião especial coletiva de imóvel urbano será declarada pelo juiz, mediante sentença, a qual servirá de título para registro no cartório de registro de imóveis. §3º Na sentença, o juiz atribuirá igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os condôminos, estabelecendo frações ideais diferenciadas. §4º O condomínio especial constituído é indivisível, não sendo passível de extinção, salvo deliberação favorável tomada por, no mínimo, dois terços dos condôminos, no caso de execução de urbanização posterior à constituição do condomínio. §5º As deliberações relativas à administração do condomínio especial serão tomadas por maioria de votos dos condôminos presentes, obrigando também os demais, discordantes ou ausentes.⁴²

Note-se que a coletividade é considerada como um todo, ao contrário do que ocorre na modalidade individual de usucapião especial urbana, que é voltada para o indivíduo (ainda que em situação de litisconsórcio)⁴³. A finalidade, contudo, é a mesma da usucapião especial urbana individual: promover a regularização fundiária. Entretanto, no particular, confere-se nota que torna tal modalidade de usucapião ainda mais consentânea com os objetivos do Estatuto da Cidade. Com efeito, percebe-se claramente que essa previsão tem como objetivo a regularização fundiária de favelas urbanas e loteamentos irregulares⁴⁴. Interrompendo processos de favelização, permite-se ao Poder Público agir com maior eficácia na urbanização e fornecimento de serviços básicos.

⁴² Todos os destaques do quadro não constam no texto legal.

⁴³ De todo modo, pensamos que os parágrafos do artigo 9º do Estatuto da Cidade, que trata da usucapião individual, possam ser ajustados e aplicados (após adaptação) para a situação individual dos beneficiários da usucapião coletiva, até mesmo diante da previsão de fracionamento do § 3º do artigo 10 do mesmo diploma.

⁴⁴ FERRAZ, Sérgio. Usucapião especial. In: DALLARI, Adilson de Abreu; FERRAZ, Sérgio. (Orgs.). *Estatuto da Cidade* (Comentários à lei federal 10257/2001). São Paulo: Malheiros, 2002. p. 143.

Diante da finalidade comum, cremos que as assertivas tecidas acerca da intercomunicação entre o novo Código de Processo Civil e o Estatuto da Cidade no tocante à usucapião urbana individual mostram-se plenamente aplicáveis à modalidade coletiva. Todavia, algumas inovações no Novo Código de Processo Civil denotam particular aplicabilidade na usucapião especial urbana coletiva.

3.2. O Novo CPC e os Conflitos Possessórios

Analisada a questão da usucapião de acordo com os novos regramentos que se pretende introduzir com a nova codificação processual, mostra-se de extrema importância destacar as inovações atinentes aos conflitos possessórios coletivos e sua influência em sede de usucapião especial coletivo. Mesmo que aparentemente inexistir ligação direta entre esses dois institutos, a análise sistemática impõe a conjugação desses, a fim de se obter de forma mais expressiva os objetivos almejados pelo legislador.

Temática das mais tradicionais no direito pátrio, a tutela possessória individual sofreu mínimas modificações. A inovação acerca do tema foi a regulação da matéria sob o aspecto coletivo. Trata-se de tema nervoso⁴⁵, contido nos parágrafos dos artigos 554, § 1º, e 565 do novo Código de Processo Civil, cuja inclusão se deu na Câmara dos Deputados, pois os regramentos sobre o tema não estão presentes no texto advindo do Senado Federal⁴⁶.

3.2.1. O (Falso) Problema da “Diferença de Polos”

Ponto que pode causar estranheza nessa comunicação normativa diz respeito a quem está direcionada a previsão legal. É que, no caso das ações possessórias coletivas, o foco da coletividade se encontra no polo passivo, ao passo que na usucapião especial coletiva esse foco se encontra – por regra – no polo ativo⁴⁷⁻⁴⁸, muito embora a própria

⁴⁵ Nas limitadas linhas do presente ensaio, nos reservamos a não tecer maiores comentários acerca da correção ou desacerto da inclusão de regramentos sobre os conflitos possessórios na codificação processual, notadamente em relação ao próprio conteúdo dos dispositivos (tema que ficará para posterior trabalho acadêmico). De toda sorte, deve-se consignar que existe forte repulsa aos dispositivos que tratam sobre o tema, podendo-se citar, em exemplo, a fala de Humberto Theodoro Júnior (A tutela da posse no novo código de processo civil: PL 8.046/2010. In: *Novas tendências do Processo Civil*. Volume 2. FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER Jr., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de; (Orgs). Salvador: Juspodivm, 2014, p. 695-708).

⁴⁶ Do comparativo entre os textos do Senado e da Câmara percebe-se que na Câmara foram feitas alterações, não sendo a redação a mesma – em vários pontos – em relação ao que ficou assentado inicialmente no Senado Federal. Para uma análise comparativa dos dois textos, confira-se: BUENO, Cassio Scarpinella. *Projetos de novo Código de Processo Civil comparados e anotados*: Senado Federal (PLS nº 166/2010) e Câmara dos deputados (PL nº 8.046/2010). São Paulo: Saraiva, 2014.

⁴⁷ Um dos temas mais sedutores no direito processual moderno se infere na análise de *mobilidade* e/ou *despolarização* da posição inicial das partes na ação, matéria que já possui alguns escritos na doutrina nacional, a saber: MAZZEI, Rodrigo. A intervenção móvel da pessoa jurídica na ação popular e ação de improbidade administrativa (artigos 6º, 3º da LAP e 17 3º da LIA). *Revista Forense*. vol. 400, p. 227-254, 2008; CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre polos da demanda. *Revista Forense*, vol. 404, p. 3-42, 2009.

⁴⁸ Vale lembrar que o tema (*posição das partes*) surgirá em outras questões possessórias, em que os possuidores num primeiro momento serão localizados como se postados (apenas no polo passivo), mas tal fato não impede câmbio (ou análise ao menos) para o polo ativo, a partir da postura que adotarem

lei estatutária preveja a possibilidade de a usucapião ser alegada como matéria de defesa (artigo 13), valendo a sentença que a reconhecer como título para registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Com efeito, havendo a possibilidade de alegação da usucapião como matéria de defesa, qualquer distinção que se faça com base na posição em que os possuidores estarão no polo das ações possessórias e da usucapião não impede a aplicação das previsões destinadas àqueles conflitos a esses. De tal modo, embora o novo Código de Processo Civil regule ações possessórias em que haja considerável número de pessoas no polo passivo, é possível a aplicação de suas regras quando esse considerável número de pessoas está no polo ativo, qualquer que seja ação.

Nas duas situações se estará diante de um conflito que tem por núcleo a posse. Sejam os possuidores autores ou réus, o resultado da demanda implicará prestígio (ou não) do fundamento da posse (desapegada de prévio direito real sobre o bem), e em ambos, em regra, encontra-se presente o elemento da busca do acesso à moradia, cuja luz está no seio do direito constitucional (artigo 6º)⁴⁹. Com outras palavras, se nos fixarmos no fundamento (posse) percebe-se que ação de usucapião, num sentido amplo, há de ser tratada como ação possessória, sem, contudo, se confundir com as tutelas interditais da posse⁵⁰. O ponto de maior distância da usucapião em relação às ações possessórias típicas, isto é, as ações de reintegração, manutenção e interdito proibitório, está no pedido (consequência jurídica), pois a primeira visa à aquisição do bem pelo fundamento da posse, enquanto as últimas se valem do fundamento (posse) para a proteção possessória.⁵¹

Como adiante abordaremos, as modificações acerca das possessórias coletivas tiveram como objetivo adaptar às peculiaridades de uma demanda formada por considerável número de pessoas em um dos polos do processo o procedimento

(como – por exemplo – a apresentação de *pedido contra posto* ou *contra pedido*). O fenômeno tratado nos §§ 4º e 5º do artigo 1.228 do Código Civil é um exemplo típico, pois embora o desenho legal indique que se trata de uma matéria que será alegada junto com a defesa como *contra pedido*, nada impede que os interessados possam propor ação específica, consoante entendimento consolidado no Enunciado 496 do CJP: “O conteúdo do art. 1.228, §§ 4º e 5º, pode ser objeto de ação autônoma, não se restringindo à defesa em pretensões reivindicatórias”

⁴⁹ Note-se, por deveras relevante, que o fundamento da ação de usucapião também está firmada na *posse*, diferenciado das “ações possessórias típicas” (ou seja, dos interditos possessórios) no que se refere à consequência jurídica pretendida, em que se postula a aquisição de um direito real, ao passo que naquelas, o pedido se volta a proteção de uma situação de fato (que é a própria posse). De toda sorte, mesmo no âmbito das ações de usucapião é possível que o possuidor (ou, melhor, aquele que se intitula como tal) postule a proteção possessória, postura esta que pode ocorrer através de requerimento a ser formulado no ventre da própria ação de usucapião. Tal conclusão é possível através de interpretação ampla do disposto no artigo 9º da Lei 6.969/81 (que trata da aquisição por usucapião especial de imóveis rurais), que possuía seguinte redação: “O juiz de causa, a requerimento do autor da ação de usucapião especial, determinará que a autoridade policial garanta a permanência no imóvel e a integridade física de seus ocupantes, sempre que necessário”. A análise detida do dispositivo indica que sua exegese se confunde (ou ao menos se aproxima) com o interdito proibitório (ação possessória típica), pois visa garantir a permanência do possuidor (autor da usucapião no imóvel), com afastamento de ameaças que importem risco para a integridade física dos ocupantes.

⁵⁰ Até mesmo pelo *caráter duplice* que se extrai da maioria das postulações que tem o fundamento possessório.

⁵¹ Registre-se que a redação original do art. 942 do CPC/73 contemplava para a ação de usucapião a designação de audiência preliminar, a fim de produzir prova dos requisitos da usucapião (art. 942, I), sendo, em tal oportunidade, colhida a prova da posse. O dispositivo somente foi alterado pela Lei 8.951/94.

previsto para demandas individuais (ou com litisconsórcio integrado por menor número de pessoas). Por sua vez, a aplicação dessas regras para a usucapião especial urbana coletiva implica conferir maior efetividade ao processo respectivo.

3.2.2. Dos Regramentos Propriamente Ditos do NCPC

No texto do NCPC, entre as modificações que distinguem a tutela possessória “coletiva” da individual destacam-se dois aspectos: (a) o ingresso dos sujeitos processuais no processo e (b) a forma de solução dos conflitos, privilegiando soluções consensuais.

Com efeito, os parágrafos 1º, 2º e 3º do artigo 554 do Novo Código Civil⁵² tratam da ação possessória em que figure no polo passivo grande número de pessoas. No parágrafo primeiro, determina a citação pessoal dos ocupantes que se encontrem no local e por edital dos demais, intimação do Ministério Público e da Defensoria Pública, caso envolva pessoas em situação de hipossuficiência econômica. O §2º determina que o oficial de justiça procure os ocupantes no local por uma vez para a finalidade de citação pessoal, enquanto que o §3º informa que o juiz dará ampla publicidade sobre a existência da demanda, utilizando-se dos meios de comunicação que se mostrarem pertinentes.

Mais adiante, o litígio possessório coletivo é novamente regulado, consoante se infere do artigo 565 do Novo Código Civil.⁵³ No *caput* e no §1º do artigo 565 estão previstos regramentos para concessão e execução de tutela de urgência, sendo tratada no §2º do mesmo dispositivo a participação do Ministério Público e da Defensoria Pública. Em sequência, §3º prevê a possibilidade de o juiz comparecer à área objeto do litígio quando sua presença se fizer necessária à efetivação da tutela jurisdicional, estando prevista no §4º a possibilidade de intimação dos órgãos responsáveis pela política agrária e pela política urbana da União, de Estado ou do Distrito Federal, e de Município onde se situe a área objeto do litígio para comparecerem e se manifestarem

⁵² Art. 554. A propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará a que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela cujos pressupostos estejam provados. §1º No caso de ação possessória em que figure no polo passivo grande número de pessoas, serão feitas a citação pessoal dos ocupantes que forem encontrados no local e a citação por edital dos demais, determinando-se, ainda, a intimação do Ministério Público e, se envolver pessoas em situação de hipossuficiência econômica, da Defensoria Pública. §2º Para fim da citação pessoal prevista no §1º, o oficial de justiça procurará os ocupantes no local por uma vez, citando-se por edital os que não forem encontrados. §3º O juiz deverá determinar que se dê ampla publicidade da existência da ação prevista no §1º e dos respectivos prazos processuais, podendo, para tanto, valer-se de anúncios em jornal ou rádio locais, da publicação de cartazes na região do conflito e de outros meios.

⁵³ Art. 565. No litígio coletivo pela posse de imóvel, quando o esbulho ou a turbação afirmado na petição inicial houver ocorrido há mais de ano e dia, o juiz, antes de apreciar o pedido de concessão da medida liminar, deverá designar audiência de mediação, a realizar-se em até 30 (trinta) dias, que observará o disposto nos §§ 2º e 4º. §1º Concedida a liminar, se essa não for executada no prazo de 1 (um) ano, a contar da data de distribuição, caberá ao juiz designar audiência de mediação, nos termos dos §§ 2º a 4º deste artigo. §2º O Ministério Público será intimado para comparecer à audiência, e a Defensoria Pública será intimada sempre que houver parte beneficiária de gratuidade da justiça. §3º O juiz poderá comparecer à área objeto do litígio quando sua presença se fizer necessária à efetivação da tutela jurisdicional. §4º Os órgãos responsáveis pela política agrária e pela política urbana da União, de Estado ou do Distrito Federal e de Município onde se situe a área objeto do litígio poderão ser intimados para a audiência, a fim de se manifestarem sobre seu interesse no processo e sobre a existência de possibilidade de solução para o conflito possessório. §5º Aplica-se o disposto neste artigo ao litígio sobre propriedade de imóvel.

sobre seu interesse na causa e a existência de possibilidade de solução para o conflito possessório. Em fechamento, o §5º do artigo 565 indica que o dispositivo não tem aplicação apenas nas pendengas possessórias, sendo aplicável também nos litígios sobre propriedade de imóvel.

3.2.2.1. Da Ampla Divulgação da Ação

Como já realçado, a primeira análise leva à conclusão de que não haveria o que aplicar na usucapião especial urbana coletiva, já que o polo passivo seria composto pelo proprietário, ao passo que o polo ativo seria formado pelos possuidores. Contudo, tal afirmação toma por premissa que todos os possuidores do imóvel tenham ingressado em juízo. Só que não é sempre que essa hipótese se verifica. Plenamente viável que apenas parcela da população da área usucapienda ingresse com a ação de usucapião, ou que a autorização exigida para que a associação de moradores também tenha sido conferida apenas por parte da população que poderia adquirir a propriedade por essa via.

Nesses casos, estaríamos diante de situação complexa: *da população que ocupa certa área, apenas parcela teria o reconhecimento da aquisição da propriedade*. Pior. A formação do condomínio prevista no artigo 10, § 3º do Estatuto da Cidade, não levaria em conta todos os potenciais condôminos. Como pela própria definição legal, não há como destacar as posses, os autores da ação de usucapião acabariam por se tornar proprietários de fração ideal que não lhes corresponderia e retirando daqueles que realmente são possuidores de adquirir a propriedade da área em que estabeleceram sua moradia. Assim, a aplicação dos regramentos concernentes à tutela possessória coletiva no particular poderia corrigir tais distorções, pois a ampla publicidade da existência da ação poderá permitir o ingresso dos demais possuidores, evitando tais problemas.

Importante consignar que em razão dos impactos positivos da ampla divulgação, no II Encontro dos Jovens Processualistas do Instituto Brasileiro de Direito Processual⁵⁴, foi aprovado o Enunciado nº 63, que permite que a informação sobre litígio possessório coletivo seja consignada no registro do imóvel que dá ensejo a pendenga, podendo a mesma interpretação ser estendida para a usucapião coletiva e até para a questão tratada nos parágrafos quatro e quinto do artigo 1.228 do Código Civil, dada a base comum no particular (conflito com grande números de possuidores)⁵⁵.

Fundamental, assim, a recepção da regra prevista no § 3º do artigo 554 para qualquer ação que envolva um grande número de possuidores, incluindo-se, em tal rol, via de talante, a usucapião coletiva prevista no Estatuto da Cidade.

⁵⁴ Evento tratado posteriormente como II Fórum Permanente de Processualistas Civis (Salvador, novembro/2013).

⁵⁵ Enunciado 63: (art. 554) No caso de ação possessória em que figure no polo passivo grande número de pessoas, a ampla divulgação prevista no §3º do art. 554 contempla a inteligência do art. 301, com a possibilidade de determinação de registro de protesto para consignar a informação do litígio possessório na matrícula imobiliária respectiva. (*Grupo: Procedimentos Especiais*).

3.2.2.2. Intimação da Defensoria Pública

Na dicção do §1º do artigo 554 do novo Código de Processo Civil (que é ratificado – ao menos em parte – pelo §2º do artigo 565), a Defensoria Pública deve ser intimada toda vez que o conflito possessório coletivo envolver pessoas em situação de hipossuficiência econômica.

Como vimos antes, um dos requisitos da ação de usucapião coletiva é justamente, nos termos do artigo 10 do Estatuto da Cidade, a ocupação da área por possuidores de “baixa renda”, presumindo-se a hipossuficiência econômica trazida na bandeja do § 1º do artigo 554 do novo Código de Processo Civil. Assim, a aplicação do § 1º do artigo 554 mostra-se consentânea com a finalidade do instituto da usucapião especial urbana coletiva, já que um de seus requisitos é ser a população beneficiada de baixa renda, justamente os atendidos pela Defensoria Pública.

Note-se, com atenção, que a providência não só é adequada às diretrizes do Estatuto da Cidade, como também possível à luz do Novo Código de Processo Civil, pois seu § 5º do artigo 565 indica que as regras aplicáveis às ações possessórias de natureza coletiva (= com grande número de possuidores) devem ser aplicadas também nos litígios que envolvam a propriedade de imóvel, em flagrante demonstração de que não se está diante de situação que demanda interpretação restritiva. Na realidade, deve ser empregada a interpretação mais inteligente para que se busque a pacificação de pendengas judiciais (quaisquer que sejam), envolvendo grande número de possuidores, não podendo se descartar, de como medida nesse sentido, a intimação da Defensoria Pública se a situação, inclusive ação de usucapião, envolver pessoas com hipossuficiência econômica (como se presume do próprio texto legal).

3.2.2.3. Intimação dos Órgãos Responsáveis pela Política Urbana, Ambiental e Afins

Seguindo o raciocínio assemelhado ao lançado, para que seja intimada a Defensoria Pública, nos termos do desenho proposto no novo Código de Processo Civil, afigura-se também possível (quicá obrigatória) a intimação dos órgãos responsáveis pela política agrária e pela política urbana da União, de Estado ou do Distrito Federal, e de Município onde se situe a área objeto do litígio, a fim de que acompanhem a demanda (participando de audiência) e se manifestem sobre seus interesses na causa e a possibilidade de existir solução para o conflito possessório, consoante se infere do § 5º do artigo 565.

Apenas como exemplo, a intimação de órgão responsável por política urbana pode ser extremamente útil não só para se buscar informações acerca da qualidade da posse exercida pelos possuidores, como para permitir (ou deflagrar) solução alternativa, através da desapropriação da área, evitando desfecho mais nervoso.

Ademais, não se pode perder de vista que a aquisição da propriedade não pode ser vista desapegada de esforços estatais, notadamente em situação que envolva pessoas de baixa renda – como é o caso da usucapião coletiva –, até porque estas dependerão de toda uma infraestrutura que somente poderá ser implementada pelo Poder Público.

De outra banda, vale lembrar que em casos extremados, em que o ato de ocupação é incentivado pelo próprio Município que fornece a estrutura necessária para tanto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já admitiu a conversão da ação de reintegração em ação de indenização⁵⁶. Tal hipótese, ainda que aconteça por exceção, por si só justifica a intimação o Poder Público, não podendo ser correto que órgãos responsáveis pela política urbana fiquem alheios ou mesmo como simples expectadores, sem sequer se manifestarem sobre os termos da ação, na medida em que seus atos podem ter sido relevantes para a ocupação e consolidação da situação fática⁵⁷.

Em suma, a usucapião como instrumento de política urbana não pode ser vista isoladamente. Importante a atuação incisiva de órgãos públicos, na medida em que se trata de interesse não só para os diretamente envolvidos, mas também para a municipalidade como um todo. Nessa esteira, verifica-se que tal intimação objetiva justamente a efetivação de regularização fundiária nas cidades. Assim, o conflito gerado pela ação de usucapião também pode ser objeto de solução intermediada por órgãos interessados na consecução de política urbana, e uma solução que seja compatível com as demais políticas adotadas, no caso da usucapião especial urbana coletiva, pela municipalidade.

⁵⁶ No sentido, vale conferir os fundamentos do acórdão que julgou o REsp 770.098/RS, interposto pelo Município de Caxias do Sul/RS: “No tocante à alegada violação dos arts. 128 e 460 da Carta Processual, não assiste razão ao recorrente, uma vez que a posse do objeto ou da coisa pelo Poder Público, implica na impossibilidade da restituição do bem, protegida pelo art. 524 do Código Civil de 1916. Compulsados os 10 (dez) volumes dos autos, extrai-se que o Município de Caxias do Sul-RS não só realizou o apossamento da área reivindicada como acolheu e permitiu a ocupação efetivada por invasores, concedendo total infra-estrutura necessária à vida urbana. Diante dessa hipótese concreta em que se verifica a impossibilidade material de fazer reverter o imóvel ao domínio e posse de seus ex-proprietários, é imperioso admitir a convalidação da ação reivindicatória em indenizatória por perdas e danos, uma vez que o proprietário desapossado fica impossibilitado de reivindicar o próprio bem em função do princípio da intangibilidade da obra pública” (STJ, REsp 770098/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/08/2006, DJ 13/09/2006, p. 276) – destaque nosso.

⁵⁷ Projetando o problema para eventual desapropriação, é bom lembrar que há forte entendimento de que o pagamento indenizatório da desapropriação judicial (§ 4º e 5º do artigo 1.228 do Código Civil) deve ser suportado pela Administração Pública, nos casos de possuidores de baixa renda (como parece ser o caso) e quando o bem está incluso no rol de imóveis abrangidos pela Política Urbana da Administração, consoante se extrai do Enunciado nº 308 do CJF, que possui a seguinte redação: “Art. 1.228: A justa indenização devida ao proprietário em caso de desapropriação judicial (art. 1.228, § 5º) somente deverá ser suportada pela Administração Pública no contexto das políticas públicas de reforma urbana ou agrária, em se tratando de possuidores de baixa renda e desde que tenha havido intervenção daquela nos termos da lei processual. Não sendo os possuidores de baixa renda, aplica-se a orientação do Enunciado 84 da I Jornada de Direito Civil.” A prevalecer tal entendimento somente serão os possuidores responsáveis pelo pagamento quando não forem possuidores de baixa renda, situação que não se apresentará se configurada a usucapião coletiva, pois esta presume trabalhar com pessoas de baixa renda, nos termos do (artigo 10 do Estatuto da Cidade). Portanto, caso entenda o Poder Público que está diante de situação de conflito que terá que intervir, não se descartará a indenização por este em favor do proprietário do imóvel que esta sendo objeto de usucapião coletivo. Ainda que com colorido não idêntico, mas com postura que pode ser aplicada em litígios possessórios envolvendo grande número de possuidores de baixa renda, há caso concreto que pode ser lembrado (e que foi noticiado amplamente pela imprensa nacional), envolvendo o Município de São Paulo-SP. Em resumo, após iniciado o cumprimento de ordem judicial de reintegração de posse contra os numerosos possuidores de baixa renda que ocupavam o local, o Município de São Paulo optou pela desapropriação de área invadida (ação possessória que envolvia por volta de 700 famílias numa área de 113 mil metros quadrados, situada no Jardim do Iguatemi – Avenida. Bento Guelfi, nº 2.280 – Zona Leste de São Paulo – março de 2013). Confira-se: acesso dia 25 de junho de 2014: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2013/03/haddad-decreta-interesse-social-para-area-que-seria-desapropriada-em-sp.html>.

Observe, novamente, que a providência não é vedada pelo texto do novo Código de Processo Civil que, em razão inversa, com o § 5º do artigo 565, parece querer alcançar espaço amplo nas questões que envolvam litígios imobiliários com grande número de pessoas, pouco importando se a raiz da discussão é possessória ou real.

Mais ainda, cremos que a intimação não se deve limitar aos órgãos responsáveis pela política agrária e pela política urbana, podendo ser estendida para outros órgãos públicos vinculados ao licenciamento ambiental e urbanístico, até porque a usucapião – como forma de aquisição de direitos reais – submete-se às regras inerentes ao exercício dos poderes (faculdades) inerentes à propriedade que⁵⁸, por sua vez, se submetem à *função social da propriedade* em toda sua extensão e previsão nas leis especiais, conforme firmado no §1º do artigo 1.228 do Código Civil⁵⁹⁻⁶⁰.

Não estamos aqui trazendo uma ideia inédita, mas tão somente adaptando o que já projetou para efeito do disposto do instituto previsto nos parágrafos 4º e 5º do artigo 1.228 do Código Civil, que figura que possui pontos de contato com a usucapião coletiva⁶¹⁻⁶².

⁵⁸ Tanto assim que não se permite usucapião de área inferior ao módulo rural, com violação dos artigos 8º da Lei 5.868/72 e 65 da Lei 4.505/64. No sentido: “Não se admite usucapião de imóvel rural de área inferior ao módulo” (RT 652/65). A mesma inteligência deve ser aplicada nos imóveis urbanos, observado o módulo mínimo para o parcelamento urbano. Confira-se: “[...]o imóvel que se pretende usucapir não atende às normas municipais que estabelecem o módulo mínimo local, para parcelamento do solo urbano” (fls. 168/169), não constituindo o referido imóvel, portanto, objeto legalizável, nos termos da lei municipal. Conforme evidenciado pela Prefeitura Municipal de Socorro, no Ofício de fl. 135, o módulo mínimo para o parcelamento do solo urbano daquele município é de 250m², e o imóvel em questão possui apenas 126m². Ora, caso se admitisse o usucapião de tal área, estar-se-ia viabilizando, de forma direta, o registro de área inferior àquela permitida pela lei daquele município. Há, portanto, vício na própria relação jurídica que se pretende modificar com a aquisição definitiva do imóvel” (STJ, REsp 402792/SP, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 26/10/2004, DJ 06/12/2004, p. 316). No mesmo sentido: STJ, AgRg nos EDcl no Ag 1407458/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/05/2013, DJe 14/05/2013.

⁵⁹ Artigo 1.228 (...) 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

⁶⁰ Sobre a natureza (e importância) do parágrafo único do Código Civil como cláusula geral extensiva e base de comunicação com a legislação infraconstitucional que trata da função social da propriedade, confira-se: MAZZEI, Rodrigo. A função social da propriedade: uma visão pela perspectiva do Código Civil de 2002. In: NERY, Rosa Maria de Andrade. (Org.). *Função do direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, vol. 1, p. 377-410.

⁶¹ Percebe-se, pois, que os institutos (usucapião coletivo e a *desapropriação judicial*) possuem como requisitos a presença de uma coletividade de pessoas que, durante o prazo mínimo de cinco anos, exerçam frente ao imóvel uma atuação intentando conferir-lhe adequada destinação. Distinguem-se (sendo mais exigente para fins de aplicação a disposição do Código Civil) em relação à necessidade de boa-fé (desnecessária para a usucapião especial urbana coletiva). Em relação à qualidade dos atos praticados (enquanto que para a usucapião especial urbana coletiva basta a utilização como moradia, o disposto no § 4º do artigo 1.228 do Código Civil exige obras e serviços de interesse social e econômico relevantes) e também em relação à necessidade de pagamento em razão da transferência de propriedade do imóvel (inexistente apenas na usucapião). Importante frisar que o conceito de boa-fé aplicável na desapropriação judicial não é exato ao conceito de boa-fé possessória. No tema, vale conferir a conclusão firmada no Enunciado 309 do CJF: “O conceito de posse de boa-fé de que trata o art. 1.201 do Código Civil não se aplica ao instituto previsto no § 4º do art. 1.228”. As justificativas dos referidos enunciados estão na íntegra no seguinte texto: MAZZEI, Rodrigo. Justificativas dos Enunciados 309, 315 e 322 do CJF. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro, vol. 1, 2008, p. 261-270.

⁶² Na doutrina acerca do instituto previsto nos parágrafos 4º e 5º do artigo 1.228 do Código Civil (inclusive alguns sobre os pontos de toque e de distância), confira-se: TARTUCE, Flávio. *Direito Civil 4: direito das coisas*. 6ª ed. São Paulo: Método, 2014, p. 124-143; GAGLIANO, Pablo Stolze. Controvérsias constitucionais acerca do usucapião coletivo. In: *Reflexos do novo Código Civil no Direito Processual*. Fredie Didier Jr. e Rodrigo

Tanto assim que o tema, vinculado ao instituto inserido no Código Civil, foi objeto do Enunciado 307 do Conselho da Justiça Federal, que fixou o seguinte entendimento: “Na desapropriação judicial (art. 1.228, § 4º), poderá o juiz determinar a intervenção dos órgãos públicos competentes para o licenciamento ambiental e urbanístico”.

3.2.2.4. Intimação do Ministério Público

Consoante já anunciado, mesmo que de forma rápida, a intimação dirigida ao Ministério Público (que é expressamente exigida no artigo 178, III, do CPC/15⁶³) também é presente na usucapião especial urbana coletiva (§ 1º do artigo 12 do Estatuto da Cidade), sendo desnecessário se alongar sobre o tema.

Vale, contudo, consignar que a intimação ao Ministério Público, a teor do artigo 178, III, do CPC/15, também deverá ser observada no caso da *desapropriação judicial* prevista nos parágrafos quarto e quinto do artigo 1.228 do Código Civil, segundo entendimento fixado no Enunciado 305 do Conselho da Justiça Federal: “Tendo em vista as disposições dos §§ 3º e 4º do art. 1.228 do Código Civil, o Ministério Público tem o poder-dever de atuar nas hipóteses de desapropriação, inclusive a indireta, que encerrem relevante interesse público, determinado pela natureza dos bens jurídicos envolvidos”.

Há, no particular, boa compatibilidade entre o novo Código de Processo Civil e o Estatuto da Cidade, reforçando os argumentos que justificaram a edição do Enunciado 305 do CJF.

3.2.2.5. Uso de Métodos Alternativos de Solução de Conflitos

Uma novidade em sede de ações possessórias coletivas é a previsão de uso de métodos de resolução consensual dos conflitos, consoante se depreende do artigo 565 do Novo CPC. Tal medida mostra-se muito compatível com o atual estágio da processualística pátria⁶⁴, além de ir ao encontro das finalidades do Estatuto da Cidade no que tange às políticas de acesso à moradia digna.

O artigo 565 prevê, em suma, que nas ações possessórias de índole coletiva de força velha (com mais de ano e dia) deve ser marcada “audiência”⁶⁵ de mediação, indicação aplicável também quando não executada, no prazo de um ano, eventual

Mazzei (Coords). 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 427-432; RAMOS, Glauco Gumerato. Contributo à dinâmica da chamada desapropriação judicial: diálogo entre constituição, direito e processo. In: *Reflexos do novo Código Civil no Direito Processual*. Fredie Didier Jr. e Rodrigo Mazzei (Coords). 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 433-459).

⁶³ Art. 178. O Ministério Público será 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: (...) III – litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana.

⁶⁴ Sobre a alteração da própria atuação dos advogados para a solução dos litígios, com abandono da ideia do “advogado que apenas deve saber guerrear”, confira-se: MAZZEI, Rodrigo. Breve olhar sobre temas de processo civil a partir das linhas mestras de Rene Girard. *Revista Brasileira de Direito Processual* (Impresso), vol. 83, p. 14-30, 2013.

⁶⁵ A mediação não se dá, em regra, em audiências, mas sim em sessões. Não fica claro se houve erro material ou se *mediação* foi tratada como sinônimo de *conciliação* no dispositivo. Há, de qualquer sorte, um enleio que merece ser observado e eliminado.

liminar concedida. Essa previsão deixa estampada a intenção que o legislador procura imprimir, privilegiando soluções negociadas.

Um detalhe que se percebe do texto do artigo 565 está no fato que o dispositivo fala tão somente em *mediação*, não cogitando a *conciliação*, institutos que, como é curial, não são idênticos⁶⁶. Pensamos, todavia, que a redação do artigo 565 não está blindada para a conciliação, cabendo ao julgador verificar qual das medidas será mais eficaz no caso concreto (mediação ou conciliação). Nosso entendimento é, portanto, consentâneo ao que foi consolidado no Enunciado nº 67, desenhado no II Encontro dos Jovens Processualistas do Instituto Brasileiro de Direito Processual.⁶⁷

Enunciado 67 – (art. 565) A audiência de mediação referida no art. 565 (e seus parágrafos) deve ser compreendida como a sessão de mediação ou de conciliação, conforme as peculiaridades do caso concreto. (*Grupo: Procedimentos Especiais*)⁶⁸⁻⁶⁹.

Retornando aos trilhos do texto, os fundamentos que levaram à adoção de tal posicionamento legislativo no caso das possessórias em muito se amoldam ao caso da usucapião especial urbana coletiva. A ideia de consolidação de uma situação fática, privilegiando quem está dotando a propriedade de utilidade, leva à conclusão de que se faz necessário também agilidade na entrega da prestação jurisdicional. A usucapião coletiva como instrumento de política urbana não se limita à mera aquisição de propriedade a quem possui imóvel, utilizando-o com moradia.

A aquisição da propriedade, em verdade, é apenas o início do processo que visa a conferir dignidade aos moradores de baixa renda. Regularizada a questão da propriedade, iniciam-se os esforços estatais para conferir à localidade serviços públicos condignos. Outro ponto importante também é que, com título de propriedade, abre-se à população uma gama de oportunidades creditícias, instrumento de grande importância para o desenvolvimento da localidade em que se encontra o imóvel,

⁶⁶ Em diferenciação brevíssima, enquanto o conciliador está autorizado a sugerir soluções para o conflito, o mediador atua de forma menos intrusiva, apenas criando o cenário propício para que as partes cheguem, por elas mesmas, à melhor solução. Além do mais, mediação comumente implica várias sessões, ao passo que a conciliação, via de regra, ocorre mediante um episódio único. Diferem-se, ainda, pelo fato de a conciliação sempre objetivar um acordo, enquanto a mediação prioriza a facilitação da comunicação entre as partes para que elas possam, a partir de então, solucionar suas questões por meio do diálogo e do entendimento. O foco está no futuro e não no passado. Observe-se que a mediação carrega uma finalidade mais complexa, que ultrapassa a solução da pendência judicial naquele momento. Em verdade, propõe-se criar um entendimento duradouro entre as partes. No tema confira-se (entre vários ensaios): TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2008; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. (Coord.). *Teoria Geral da Mediação – à Luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; MAZZEI, Rodrigo. Breve olhar sobre temas de processo civil a partir das linhas mestras de Rene Girard. *Revista Brasileira de Direito Processual* (Impresso), vol. 83, p. 14-30, 2013.

⁶⁷ Evento tratado posteriormente como II Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (Salvador, novembro/2013).

⁶⁸ DIDIER Jr., Fredie; BUENO, Cassio S.; BASTOS, A. A. Carta de Salvador – II Encontro dos Jovens Processualistas do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). *Revista de Processo*, vol. 227, p. 435, 2014.

⁶⁹ Na redação final, dispositivo legal renumerado para “565”.

seja diretamente, seja indiretamente, ao fomentar também o desenvolvimento de estabelecimentos que possam se beneficiar dessa nova população com acesso a crédito. Esses benefícios, contudo, somente estarão à disposição com o encerramento da demanda. Assim, com essas razões em mente, a solução consensual importa efetivo ganho de tempo, permitindo ainda que se encontre uma solução que comporte benefícios a todos os envolvidos, inclusive ao Poder Público, conforme antes defendido.

3.2.2.6. Comparecimento do Julgador à Área de Conflito

Inovação interessante – e de extrema valia – é a possibilidade de comparecimento do juiz à área objeto do litígio quando sua presença se fizer necessária à efetivação da tutela jurisdicional. Não se discute que essa possibilidade sempre foi presente no sistema (através da inspeção judicial – artigos 440-443 do Código de Processo Civil de 1973⁷⁰), mas sua expressa consignação afasta qualquer discussão acerca da imparcialidade do juiz, acenando com a possibilidade de uma postura mais ativa do julgador na resolução dos litígios⁷¹.

É certo que a presença do magistrado no local permite que esse imponha a sua autoridade. Confere ainda a ideia de que o Estado-Juiz está presente, dando atenção à questão discutida em juízo.

Além das questões de ordem emocional acima indicadas, a presença do magistrado na área sob litígio permite-lhe que aprofunde seu conhecimento acerca do que está sendo discutido, conhecendo as mazelas do local e podendo obter dados visuais sobre a posse da área, informação essa de grande valia, uma vez que demandas envolvendo posse (tais como as possessórias e também as ações de usucapião) dependem primordialmente de observação do local, e que no processo são levadas apenas por fotografias, vídeos ou testemunhos.

Presente no local, pode o magistrado aferir *in loco* a existência de elementos que qualifiquem – ou não – a posse discutida. Assim, percebe-se que o dispositivo previsto apenas para ações possessórias deve ser aplicado em qualquer demanda em que a discussão da posse possuir relevante importância.

3.3. Da Formação de um Sistema Coerente e Único para Tratamento dos Conflitos Coletivos

De tudo que foi posto, as bases do presente estudo serviram de pilares para a apresentação de proposta de enunciado no IV Fórum Permanente dos Processualistas Civis, cujo objeto era a sedimentação de entendimento sobre a necessidade de formação de sistema processual uniforme em relação às ações que envolvem grande número de pessoas e têm como pano de fundo a posse. Para tanto, o CPC/15 assume um papel de eixo, com aplicação de seus regramentos tanto na usucapião coletiva prevista no Estatuto

⁷⁰ Recodificados nos artigos 481-484 do novo Código de Processo Civil.

⁷¹ Com fundamentos aplicáveis, confira-se: CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Poderes Instrutórios do juiz no processo de conhecimento*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012.

da Cidade, quanto em relação ao instituto previstos nos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil. Após longo debate, entendeu-se pela aprovação do seguinte verbete:

Enunciado 328 – (art. 554; art. 565) Os arts. 554 e 565 do CPC aplicam-se à ação de usucapião coletiva (art. 10 da Lei 10.258/2001) e ao processo em que exercido o direito a que se referem os §§ 4º e 5º do art. 1.228, Código Civil, especialmente quanto à necessidade de ampla publicidade da ação e da participação do Ministério Público, da Defensoria Pública e dos órgãos estatais responsáveis pela reforma agrária e política urbana. (*Grupo: Impactos do CPC nos Juizados e nos procedimentos especiais de legislação extravagante*)

4. O Direito de Superfície e o Novo CPC

Antes de adentrar nas questões que envolvem o novo Código de Processo Civil e o direito de superfície, algumas considerações mínimas sobre a figura jurídica se fazem oportunas.

4.1. Noções Básicas sobre o Direito de Superfície no Sistema Atual

A regulamentação acerca do direito de superfície possui sustentáculo no Estatuto da Cidade – Lei 10.257/2001 (artigos 21-24) e no Código Civil de 2002 (artigos 1.369-1.377). A análise comparativa indica que, em alguns momentos, os referidos diplomas adotam postura diversa, remetendo o direito de superfície para ambiente de algum conflito, já que permite o florescimento de interpretações variadas, à mingua de catalogação legal mais ampla e clara que poderia ter sido feita com amparo no direito estrangeiro, que possui mais tradição na aplicação do instituto⁷²⁻⁷³⁻⁷⁴. De todo modo, cremos que é

⁷² Além de divergências entre o Estatuto da Cidade e o Código Civil em alguns dispositivos, tem-se que o legislador nacional foi acanhado, pois não trabalhou com pontos importantes, distanciando-se de alguns diplomas estrangeiros que são mais detalhados (como é o caso, por exemplo, dos Códigos Cíveis de Portugal e, mais recentemente, de Macau). José de Oliveira Ascensão, ao fazer comparação das codificações – então Anteprojeto Brasileiro (AB) e o Código Português (CP) – alertou sobre a questão, ao afirmar que: “(...) a regulamentação do AB é extremamente rarefeita, contraste com a do CP. Faltam previsões importantes, como as relativas ao objeto (art. 1525º), ao direito de construir em edifício alheio (art. 1526º), aos modos de constituição (art. 1528º), à constituição de servidões (art. 1529º), ao pagamento das prestações (art. 1531º), à fruição do solo e do subsolo (arts. 1532º e 1533º, todos do CP), bem como a maior parte das disposições que este dedica à extinção da superfície (arts. 1536º e seguintes). A falta é particularmente importante por ser um direito sem tradições, que é difícil de entrar nos seus hábitos, como resulta até da experiência portuguesa. Parece conveniente fornecer à prática um modelo legal bem definido, que facilite a contratação e evite dúvidas e litígios, desde logo quanto às consequências normais do direito” (Breve confronto do Livro III, direito das coisas: do Anteprojeto do Código Civil brasileiro com o Código Civil português. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Coimbra: Atlântida, ano 20, nos 2-4, p. 300-301, abr./dez. 1973).

⁷³ Com análise de tema (duplo regramento do direito de superfície) mais completa, confira-se: MAZZEI, Rodrigo. *Direito de Superfície*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 169-217.

⁷⁴ Há quem tenha defendido que o Estatuto da Cidade foi revogado pelo Código Civil (por exemplo, entre vários, FIGUEIRA, Joel Dias. *Novo Código Civil comentado*. 4ª ed. Coordenação de Ricardo Fiúza. São Paulo: Saraiva 2005, p. 1.254-1.255) na medida em que o último regulou a matéria de forma ampla, absorvendo os ditames do primeiro. Prevalece, contudo, a posição de coexistência dos diplomas [defendida, por exemplo, entre muitos, por Ricardo Pereira Lira (O direito de superfície e o novo Código Civil. In: ARRUDA ALVIM, José Manoel de; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (Coords.). *Aspectos controvertidos*

possível efetuar a delimitação básica da figura jurídica para efeitos didáticos, permitindo sua melhor compreensão.

Com efeito, o direito de superfície é uma espécie de direito real com peculiaridades bem singulares. Cuida-se de figura complexa e dinâmica que pode ser dividida em fases bem diversas, destacando-se, na sua mecânica, o *direito de implantar* e o *direito sobre o implante*. Em todas as suas etapas, o direito de superfície deve ser visto como *ius in re aliena*⁷⁵, não podendo o *direito sobre o implante* ser tratado como uma *propriedade*, no sentido estrito de *ius in re propria*⁷⁶, uma vez que não faz desaparecer o direito de propriedade do concedente que, em verdade, estará *comprimido*, mas que voltará à plenitude após a *reversão*, por força do *princípio da elasticidade*. Demais disso, para que o direito de superfície tenha espaço, mister se faz a presença do direito real de outrem (propriedade do fundeiri), eis que sem este não pode ser instalada a relação superficiária, o que, imune de dúvidas, indica a falta de *autonomia e independência absoluta* do direito real em voga.⁷⁷

do novo Código Civil: escritos em homenagem ao ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 543]], aplicando-se o direito de superfície previsto no Estatuto da Cidade nas situações afetas à política de desenvolvimento urbano, consoante extratizado no Enunciado nº 93 da I Jornada de estudos sobre o Código Civil (Conselho da Justiça Federal): Art. 1.369: As normas previstas no Código Civil sobre direito de superfície não revogam as relativas a direito de superfície constantes do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001) por ser instrumento de política de desenvolvimento urbano. Com olhos na discussão (trazendo todas as posições), confira-se: MAZZEI, Rodrigo. *Direito de Superfície*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 209-217).

⁷⁵ No sentido: PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das Coisas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 405; GAGLIANO, Pablo Stolze. Da superfície. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). *Código Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2004, vol. 13, p. 22; FIÚZA, César. *Direito civil*. 6ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 760-761; e COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de direito civil: direito das coisas e direito autoral*. São Paulo: Saraiva, 2006, vol. 4, p. 181. Outros autores afirmam se tratar de *direito real sobre a coisa alheia*, mas, no mesmo texto, cogitam a figura da propriedade do implante, sem trazer maiores explicações para a dualidade. No sentido: DINIZ, Maria Helena. *Direito civil brasileiro*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva: 2002, vol. 4, p. 410; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. 4, p. 243-244; VIANA, Marco Aurélio S. *Curso de direito civil: direito das coisas*, artigos 1.255 a 1.509. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 280-281; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, vol. 5, p. 391; CAVALCANTI, Marise Pessoa. *Superfície compulsória: instrumento de efetivação da função social da propriedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 14; PUGLIESE, Roberto J. *Direito das coisas*. São Paulo: Leud, 2005, p. 732-733; LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 4, p. 420-421; NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, vol. 4, p. 362-363; e GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006, vol. 5, p. 409 e p. 412.

⁷⁶ Há vários autores que não concordam com a colocação do direito de superfície como direito real sobre coisa alheia. No sentido, vale conferir na doutrina nacional (entre vários): BENASSE, Paulo Roberto. *O direito de superfície e o novo Código civil brasileiro*. Campinas: Bookseller, 2002, p. 80; LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Coordenação de Cezar Peluso. São Paulo: Manole, 2007, p. 1.258; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito de superfície. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. (Coords.) *Estatuto da Cidade: comentários à Lei Federal 10.257/2001*. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 182-183; CARVALHO, Washington Rocha de. *O direito de superfície no Código Civil e no Estatuto da Cidade*. Dissertação (Mestrado em Direito) – São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2005, p. 16-24; CHALHUB, Melhim Namem. *Curso de direito civil: direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 159-166; FARIAS, Cristiano Chaves de; e ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 602.

⁷⁷ O tema foi longamente abordado na nossa obra (*Direito de Superfície*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 231-243) e, sem rebuços, não temos dúvida de se tratar de *ius in re aliena*. Como o assunto é complexo e desviaria dos trilhos do presente ensaio, remetemos o leitor ao nosso texto monográfico antes referenciado, que traz – além da opinião dos autores nacionais – a doutrina estrangeira, já que a discussão ocorre também em praticamente todas as nações que possuem o direito de superfície no seu ordenamento jurídico.

O apego (especialmente doutrinário) à expressão “*propriedade superficiária*”⁷⁸ para se referir ao implante efetuado (construção ou plantação) na propriedade do fundeio, na realidade, não significa que o *direito ao implante* pode ser tratado como sinônimo de *propriedade destacada do solo*, mas sim do resultado concreto da *suspensão* do princípio *superficies solo cedit*, alcançada pelo direito de superfície, criando uma cisão que não é permitida a partir, unicamente, dos mecanismos atrelados ao direito de propriedade. De todo modo, a expressão “*propriedade superficiária*” detém *simbolismo* importante, pois indica o resultado da alta órbita de faculdades que o terceiro (superficiário) terá sobre o implante. Isso porque o titular do direito real de superfície pode usar, gozar e dispor, em potência muito próxima ao direito de propriedade, justificando-se, inclusive, a aplicação de regramentos atrelados a esta, de forma subsidiária.

O gabarito legal nos demonstra que o direito de superfície é um *direito real imobiliário*, de natureza *temporária*, *transmissível* e que visa *funcionalizar* o imóvel alheio. Esta base do instituto é notada facilmente pela *incidência restrita* do direito real em *imóveis*, tendo o nosso legislador afastado a possibilidade da *perpetuidade* da concessão, conforme disposto nos artigos 1.360 do Código Civil e 21 do Estatuto da Cidade, distanciando-se, assim, no segundo ponto, de alguns sistemas estrangeiros que admitem o direito de superfície eterno.

Por outro lado, o direito de superfície não é um instituto de índole *personalíssima*, dado o seu foco que é a inclusão do imóvel dentro de contexto fecundo, ocasionando a necessidade de a figura ter trânsito com amplo alvará de *transmissibilidade*. Por fim, a moldura do direito de superfície demonstra a sua vocação para atender ao ideário de função social da propriedade, na medida em que a figura impulsiona exercício positivo do superficiário em prol de implante na propriedade de outrem, seja para lançá-lo, melhorá-lo ou mesmo mantê-lo, ou seja, de inclusão ou conservação do imóvel na cadeia produtiva.⁷⁹

Assim, depois de tracejar e fixar as principais fronteiras do instituto, cremos que o direito de superfície pode ser conceituado como *direito real complexo e autônomo, de ter na sua esfera jurídica – temporariamente – construção e/ou plantação em imóvel alheio, conferindo ao seu titular os poderes de uso, gozo e disposição sobre o(s) implante(s)*.⁸⁰

4.2. Breve Resenha do Direito de Superfície no Novo Código de Processo Civil⁸¹

Basicamente, são seis os dispositivos do novo Código de Processo Civil que nos interessam, sendo que o foco de todos é a penhora dos imóveis (bases para a concessão superficiária) e dos implantes/acessões (construções e plantações) submetidos ao regime de direito de superfície. Senão vejamos:

⁷⁸ A expressão “*propriedade superficiária*” está prestigiada no Código Civil de 2002, em seu artigo 1.473, X, após a alteração pela Lei 11.481/2007, ao admitir a hipoteca tendo como objeto de garantia o implante superficiário.

⁷⁹ Confira-se: MAZZEI, Rodrigo. *Direito de Superfície*. Salvador: Juspodivm, 2013, p.163-167.

⁸⁰ Confira-se: MAZZEI, Rodrigo. *Direito de Superfície*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 244-253.

⁸¹ Com olhar mais detalhado sobre todas as relações e repercussões processuais do novo Código de Processo Civil frente ao direito de superfície, vale conferir: MAZZEI, Rodrigo Reis. Observações sobre a penhora envolvendo o direito de superfície (e outros direitos reais imobiliários) no Projeto do Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, vol. 228, p. 163-204, 2014.

(a) Artigo 791⁸² – é uma inovação de fato, pois dispõe sobre questão da *responsabilidade patrimonial* envolvendo o direito de superfície, tema que não possui precedente no Código de Processo Civil de 1973.

(b) Artigos 799⁸³, 804⁸⁴ e 889⁸⁵ – são dispositivos que, embora sejam a revitalização de regras processuais relativas à expropriação que já eram constantes

⁸² Art. 791. Se a execução tiver por objeto obrigação de que seja sujeito passivo o proprietário de terreno submetido ao regime do direito de superfície, ou o superficiário, responderá pela dívida, exclusivamente, o direito real do qual é titular o executado, recaindo a penhora ou outros atos de constrição exclusivamente sobre o terreno, no primeiro caso, ou sobre a construção ou a plantação, no segundo caso. §1º Os atos de constrição a que se refere o *caput* serão averbados separadamente na matrícula do imóvel, com a identificação do executado, do valor do crédito e do objeto sobre o qual recai o gravame, devendo o oficial destacar o bem que responde pela dívida, se o terreno, a construção ou a plantação, de modo a assegurar a publicidade da responsabilidade patrimonial de cada um deles pelas dívidas e pelas obrigações que a eles estão vinculadas. §2º Aplica-se, no que couber, o disposto neste artigo à enfiteuse, à concessão de uso especial para fins de moradia e à concessão de direito real de uso.

⁸³ Art. 799. Incumbe ainda ao exequente: I – requerer a intimação do credor pignoratório, hipotecário, anticrético ou fiduciário, quando a penhora recair sobre bens gravados por penhor, hipoteca, anticrese ou alienação fiduciária; II – requerer a intimação do titular de usufruto, uso ou habitação, quando a penhora recair sobre bem gravado por usufruto, uso ou habitação; III – requerer a intimação do promitente comprador, quando a penhora recair sobre bem em relação ao qual haja promessa de compra e venda registrada; IV – requerer a intimação do promitente vendedor, quando a penhora recair sobre direito aquisitivo derivado de promessa de compra e venda registrada; V – *requerer a intimação do superficiário, enfiteuta ou concessionário, em caso de direito de superfície, enfiteuse, concessão de uso especial para fins de moradia ou concessão de direito real de uso, quando a penhora recair sobre imóvel submetido ao regime do direito de superfície, enfiteuse ou concessão*; VI – requerer a intimação do proprietário de terreno com regime de direito de superfície, enfiteuse, concessão de uso especial para fins de moradia ou concessão de direito real de uso, quando a penhora recair sobre direitos do superficiário, do enfiteuta ou do concessionário; VII – requerer a intimação da sociedade, no caso de penhora de quota social ou de ação de sociedade anônima fechada, para o fim previsto no art. 876, §7º; VIII – pleitear, se for o caso, medidas urgentes; IX – proceder à averbação em registro público do ato de propositura da execução e dos atos de constrição realizados, para conhecimento de terceiros.

⁸⁴ Art. 804. A alienação de bem gravado por penhor, hipoteca ou anticrese será ineficaz em relação ao credor pignoratório, hipotecário ou anticrético não intimado. §1º A alienação de bem objeto de promessa de compra e venda ou de cessão registrada será ineficaz em relação ao promitente comprador ou ao cessionário não intimado. §2º *A alienação de bem sobre o qual tenha sido instituído direito de superfície, seja do solo, da plantação ou da construção, será ineficaz em relação ao concedente ou ao concessionário não intimado*. §3º A alienação de direito aquisitivo de bem objeto de promessa de venda, de promessa de cessão ou de alienação fiduciária será ineficaz em relação ao promitente vendedor, ao promitente cedente ou ao proprietário fiduciário não intimado. §4º A alienação de imóvel sobre o qual tenha sido instituída enfiteuse, concessão de uso especial para fins de moradia ou concessão de direito real de uso será ineficaz em relação ao enfiteuta ou ao concessionário não intimado. § 5º A alienação de direitos do enfiteuta, do concessionário de direito real de uso ou do concessionário de uso especial para fins de moradia será ineficaz em relação ao proprietário do respectivo imóvel não intimado. § 6º A alienação de bem sobre o qual tenha sido instituído usufruto, uso ou habitação será ineficaz em relação ao titular desses direitos reais não intimado.

⁸⁵ Art. 889. Serão cientificados da alienação judicial, com pelo menos 5 (cinco) dias de antecedência: I – o executado, por meio de seu advogado ou, se não tiver procurador constituído nos autos, por carta registrada, mandado, edital ou outro meio idôneo; II – o coproprietário de bem indivisível do qual tenha sido penhorada fração ideal; III – o titular de usufruto, uso, habitação, enfiteuse, direito de superfície, concessão de uso especial para fins de moradia ou concessão de direito real de uso, quando a penhora recair sobre bem gravado com tais direitos reais; IV – o proprietário do terreno submetido ao regime de direito de superfície, enfiteuse, concessão de uso especial para fins de moradia ou concessão de direito real de uso, quando a penhora recair sobre tais direitos reais; V – o credor pignoratório, hipotecário, anticrético, fiduciário ou com penhora anteriormente averbada, quando a penhora recair sobre bens com tais gravames, caso não seja o credor, de qualquer modo, parte na execução; VI – o promitente comprador, quando a penhora recair sobre bem em relação ao qual haja promessa de compra e venda registrada; VII – o promitente vendedor, quando a penhora recair sobre direito aquisitivo derivado de promessa de compra e venda registrada; VIII – a União, o Estado e o Município, no caso de alienação de bem tombado. Parágrafo único. Se o executado for revel e não tiver advogado constituído, não constando dos autos seu endereço atual ou, ainda, não sendo ele encontrado no endereço constante do processo, a intimação considerar-se-á feita por meio do próprio edital de leilão.

no diploma codificado de 1973 (artigos 615, 619, e 655, §2º, 698 respectivamente), fazem expressa alusão ao direito de superfície, seja em relação à esfera jurídica do proprietário, seja na esfera jurídica do concessionário (superficiário).

(c) Artigos 842⁸⁶ e 876⁸⁷ – embora sem menção explícita ao direito de superfície, estão conectados aos quatro dispositivos antes citados (artigos 791, 799, 804 e 889).

4.3. Artigo 791 do Novo Código de Processo Civil como Ponto Principal de Comunicação com o Estatuto da Cidade

A repercussão dos artigos 791, 799, 804, 842, 876 e 889 tem fundo processual e decorre da própria atualização do texto codificado, eis que, como anunciado, o direito de superfície moderno somente foi introduzido no Brasil por força do Estatuto da Cidade, ou seja, em data muito posterior à edição do Código de Processo Civil de 1973.

A compreensão dos dispositivos está conectada ao sistema de execução eleita pelo novo Código de Processo Civil, em que se destaca, sem dúvida, para o tema aqui abordado no artigo 791. Isso porque, através de uma leitura mais cuidadosa, percebe-se que tal dispositivo no NCPC não tratou exclusivamente de direito processual.

Com efeito, o *caput* do artigo 791 detém carga de direito material, tratando de tema que não foi (ao menos expressamente) regulado no Código Civil e no Estatuto da Cidade, qual seja, a fronteira de “*responsabilidade patrimonial*” entre o proprietário do imóvel (fundeiro) e o superficiário, no que se refere às dívidas vinculadas ao direito real respectivo.⁸⁸⁻⁸⁹ A nossa observação pode ser confirmada a partir do exame

⁸⁶ Art. 842. Recaindo a penhora sobre bem imóvel ou direito real sobre imóvel, será intimado também o cônjuge do executado, salvo se forem casados em regime de separação absoluta de bens.

⁸⁷ Art. 876. É lícito ao exequente, oferecendo preço não inferior ao da avaliação, requerer que lhe sejam adjudicados os bens penhorados. § 1º Requerida a adjudicação, o executado será intimado do pedido: I – pelo Diário da Justiça, na pessoa de seu advogado constituído nos autos; II – por carta com aviso de recebimento, quando representado pela Defensoria Pública ou quando não tiver procurador constituído nos autos; III – por meio eletrônico, quando, sendo o caso do § 1º do art. 246, não tiver procurador constituído nos autos. § 2º Considera-se realizada a intimação quando o executado houver mudado de endereço sem prévia comunicação ao juízo, observado o disposto no art. 274, parágrafo único. § 3º Se o executado, citado por edital, não tiver procurador constituído nos autos, é dispensável a intimação prevista no § 1º. § 4º Se o valor do crédito for: I – inferior ao dos bens, o requerente da adjudicação depositará de imediato a diferença, que ficará à disposição do executado; II – superior ao dos bens, a execução prosseguirá pelo saldo remanescente. § 5º Idêntico direito pode ser exercido por aqueles indicados no art. 889, incisos II a VIII, pelos credores concorrentes que hajam penhorado o mesmo bem, pelo cônjuge, pelo companheiro, pelos descendentes ou pelos ascendentes do executado. § 6º Se houver mais de um pretendente, proceder-se-á a licitação entre eles, tendo preferência, em caso de igualdade de oferta, o cônjuge, o companheiro, o descendente ou o ascendente, nessa ordem. § 7º No caso de penhora de quota social ou de ação de sociedade anônima fechada realizada em favor de exequente alheio à sociedade, esta será intimada, ficando responsável por informar aos sócios a ocorrência da penhora, assegurando-se a estes a preferência.

⁸⁸ Ao falarmos em *responsabilidade patrimonial*, não estamos a equiparando à dívida, mas a uma *situação de sujeição do patrimônio de alguém em relação à expropriação executiva*. No tema, entre vários, com boa pesquisa e desenvolvimento, confira-se: NOLASCO, Rita Dias. Responsabilidade patrimonial. In: *Execução no processo civil*. SHIMURA, Sérgio; e NEVES, Daniel A. Assumpção. (Orgs.). São Paulo: Método, 2005, p. 203-239.

⁸⁹ Observe-se que há uma zona híbrida, mesmo que com cargas não iguais, de direito material e direito processual quando se fala em responsabilidade patrimonial. Tanto assim que o tema acaba sendo tratado simultaneamente pelo Código Civil (artigo 391 – Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor), pelo Código de Processo Civil revogado (artigo 591 – O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições

topográfico da posição do artigo 791 no Novo Código de Processo Civil, uma vez que o dispositivo está inserido justamente no *capítulo* destinado à responsabilidade patrimonial (artigos 789-796 do NCPC). Assim, o artigo 791 não pode ser lido sem o apoio das lições aplicáveis à responsabilidade patrimonial, extraindo-se do dispositivo uma hipótese de situação singular destacada no Novo Código de Processo Civil envolvendo responsabilidade patrimonial.

Em nossa opinião, o artigo 791 indica de forma clara que as figuras (e esferas jurídicas) do proprietário do imóvel e do superficiário são distintas e que tal diferenciação detém efeitos na execução. Isso porque se a execução tiver por objeto obrigação em que seja sujeito passivo o proprietário do imóvel (= *base da concessão superficiária*), responderá este exclusivamente pela dívida, de modo que a penhora ou outros atos de constrição recairão exclusivamente sobre o terreno (= *plataforma da concessão*), sem afetar o direito real do superficiário (em regra, os implantes). De modo recíproco, caso a execução tenha como vetor obrigação de que seja sujeito passivo o superficiário, este será exclusivamente responsável pela dívida, e, via de talante, a penhora ou quaisquer outros atos de constrição deverão vulgarmente incidir apenas nos implantes (plantações e constrições), sem atingir o direito real (propriedade) do fundeiro, ou seja, o proprietário do imóvel, que serviu de bandeja para a concessão superficiária. Percebe-se, pois, que há a intenção clara de demarcar o direito de superfície em dois direitos reais distintos – o que se afigura, na nossa visão, como correto.

O dispositivo, portanto, acaba por afastar pretensão executiva que despreze a natureza do direito de superfície, evitando a inadvertida “contaminação” do direito real do proprietário (fundeiro), assim como do superficiário, em razão de dívida contraída pela contraparte da concessão superficiária, citando-se, aqui, o exemplo mais comum⁹⁰.

A inovação em destaque vai ao encontro de reclames da doutrina, já que a omissão (expressa) do Código Civil e do Estatuto da Cidade no sentido gerou a edição do Enunciado 321, na IV Jornada de Estudos sobre o Código Civil, realizada pelo Conselho da Justiça Federal:

Enunciado 321 – Art. 1.369: Os direitos e obrigações vinculados ao terreno e, bem assim, aqueles vinculados à construção ou à plantação formam patrimônios distintos e autônomos, respondendo cada um de seus titulares exclusivamente por suas próprias dívidas e obrigações, ressalvadas as fiscais decorrentes do imóvel.

estabelecidas em lei) e pelo Novo Código de Processo Civil (artigo 789 – O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei). Destaque-se que há na doutrina grande discussão acerca da natureza da responsabilidade patrimonial, a fim de pontuá-la como instituto de direito material ou de direito processual, buscando visualizar a *figura de uma forma pura*, ou seja, com a sua delimitação exclusiva no campo processual ou no âmbito material. Tal linha de raciocínio, com todo respeito, não nos parece possível, pois pensamos existir carga híbrida de direito material e de direito processual na responsabilidade patrimonial, sendo, pois, um instituto *bifronte*, conforme adiante exposto – ainda que brevemente – no corpo do texto.

⁹⁰ Sem prejuízo de outras hipóteses, basta recordar a possibilidade de responsabilidade patrimonial de terceiros (artigo 592 do Código de Processo Civil atual).

A ressalva final do Enunciado é relevante, pois a redação do § 3º do artigo 21 do Estatuto da Cidade (semelhante a do artigo 1.371 do Código Civil) pode levar à falsa impressão de que os dispositivos são normas de cunho tributário, situação inviável, à luz do artigo 146, III, da Constituição Federal, pois tal tema é reservado à legislação complementar, não podendo os citados diplomas (de índole ordinária) definir o responsável pelos tributos decorrentes do imóvel, com o tratamento de hipótese de responsabilidade tributária além das previstas no artigo 128 (e seguintes) do Código Tributário Nacional. Em tais condições, mesmo sem se alongar no tema para que não ocorra desvio do rumo (e destino) almejado no ensaio, o artigo 1.371 do Código Civil e o § 3º do artigo 21 do Estatuto da Cidade estão voltados para o âmbito interno da relação de direito de superfície, de modo que a escritura de concessão (mesmo que registrada) não implicará necessariamente alteração do sujeito passivo dos tributos a que se sujeita o imóvel, até mesmo porque, consoante artigo 123 do Código Tributário Nacional, as convenções particulares não podem ser opostas à fazenda para modificar a definição do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.⁹¹⁻⁹²

Às claras, o artigo 791 está coerente também com inteligência assemelhada a que iluminou outros dois verbetes consolidados nas Jornadas de Direito Civil (CJF): (a) Enunciado nº 249 (III Jornada)⁹³, (b) Enunciado nº 322 (IV Jornada)⁹⁴. Com efeito, o Enunciado nº 249 traça o entendimento de que o direito real do superficiário é passível de servir de base para outros direitos reais, sem que tal fato afete o direito real do fundeiro, ou seja, trabalha com a autonomia (ainda que relativa) dos direitos reais que envolvem a concessão superficiária [propriedade (fundeiro) e superfície

⁹¹ Em sentido bem próximo, confira-se: ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto de Paulino de. *Direito de superfície e sua formação contratual*: entre a autonomia da vontade e a tipicidade dos direitos reais. Dissertação de mestrado. Orientador: Professora Doutora Fabiola Santos Albuquerque. Universidade Federal de Pernambuco, 2006, p. 60. O tema também é tratado por Elcio Nacur Rezende (*Direito de superfície*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 92-93) que, na sua abordagem, lembra a possibilidade de aplicação dos artigos 31 e 34 do Código Tributário Nacional no direito de superfície, pois para efeito de ITR e IPTU “o contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular de seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título”. Com uma boa visão de todo quadro, as palavras de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald merecem (ao menos) ser ponderadas: “O Código Civil não criou nova espécie de contribuinte, e sim um responsável patrimonial em caráter de solidariedade passiva com o proprietário – contribuinte –, medida factível por meio de lei ordinária (art. 128 do CTN). Enquanto o contribuinte tem vínculo pessoal e o direito como fato impositivo, o responsável se relaciona direta apenas de forma imediata com o fato gerador. Em suma, o poder público poderá cobrar as obrigações tributárias do proprietário ou do superficiário, ou mesmo de ambos” (*Direitos reais*. 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 602).

⁹² Portanto, a conclusão do Enunciado nº 94 da I Jornada de estudos sobre o Código Civil (Conselho da Justiça Federal) está ligada à possibilidade contratual das partes deliberarem o reembolso ou não dos impostos atrelados ao imóvel, hipótese esta que não vincula o fisco. A redação do referido enunciado há de ser interpretada com tal inspiração, sob pena de desvirtuar o alcance do entendimento extratizado. Confira-se: Enunciado 94 – Art. 1.371: As partes têm plena liberdade para deliberar, *no contrato respectivo*, sobre o rateio dos encargos e tributos que incidirão sobre a área objeto da concessão do direito de superfície – destaque nosso.

⁹³ Enunciado 249 – Art. 1.369: A propriedade superficiária pode ser autonomamente objeto de direitos reais de gozo e de garantia, cujo prazo não exceda a duração da concessão da superfície, não se lhe aplicando o art. 1.474.

⁹⁴ Enunciado 322 – Art. 1.376: O momento da desapropriação e as condições da concessão superficiária serão considerados para fins da divisão do montante indenizatório (art. 1.376), constituindo-se litisconsórcio passivo necessário simples entre proprietário e superficiário.

(superficiário)]. O Enunciado nº 322, por sua vez, em interpretação ao artigo 1.376 do Código Civil, estabelece a autonomia dos direitos reais relativos ao imóvel e aos implantes (construções e plantações) submetidos ao regime de direito de superfície quando forem objeto de desapropriação que alcance ambos.

A aproximação ao texto do Enunciado nº 322 é negável, mesmo que em contramarcha, pois a orientação (doutrinária) consolidada é no sentido de que os créditos decorrentes da desapropriação judicial devem ser divididos a partir dos contornos do direito real do fundeiro (valor do imóvel no momento da desapropriação) e do superficiário (valor do implante frente às condições previstas na concessão).⁹⁵ Em suma, o artigo 791 trabalha com ideia próxima, mas com os olhos fitados para a responsabilidade patrimonial e não para os créditos (indenização) advindos da desapropriação judicial, tema trabalhado pelo Enunciado nº 322.

Observe-se que no ambiente do Estatuto da Cidade não há dispositivo semelhante ao artigo 1.376 do Código Civil, mas a inteligência do artigo 791 do novo Código de Processo Civil, interpretado em reverso, permite compreensão no mesmo sentido do proposto no Enunciado 322 do CJF, qual seja: divisão evidente das esferas patrimoniais do proprietário e do superficiário.

Portanto, o artigo 791 acaba por dispor (ou no mínimo esclarecer) que não há responsabilidade solidária do proprietário e do superficiário em relação às dívidas pessoais de cada um deles, mesmo que estas sejam decorrentes da própria concessão superficiária. Há clara divisão (obrigacional) na esfera patrimonial do proprietário e do superficiário, situação que denuncia que o artigo 791 não é exclusivamente uma regra processual, sendo, pois, em verdade, dispositivo *bifronte*⁹⁶, isto é, regula (simultaneamente) tema de fundo material e processual, pois permite leitura que vai além do impedimento da penhora do direito real da contraparte da concessão superficiária⁹⁷.

⁹⁵ Tratando longamente da questão, com a criação, inclusive, de subsídios para a edição do Enunciado nº 322, confira-se: MAZZEI, Rodrigo. Exemplo de litisconsórcio-necessário simples: desapropriação e o direito de superfície (art. 1.376). In: MAZZEI, Rodrigo. (Org.). *Questões processuais no novo código civil*. Barueri: Manole, 2006, p. 430-453.

⁹⁶ Chamamos de dispositivos *bifrontes* os que possuem dupla faceta (material e processual). Aproveitamos aqui a expressão – *bifronte* – já trazida em estudo de Enrico Tullio Liebman ao examinar dispositivos contidos no Código Civil italiano de 1942 (Conforme: Norme processuali nel codice civile. In: *Problemi del Processo Civile*. Milano: Morano Editores, 1962, p. 158). No Código Civil de 2002 a exemplificação é bem variada. Exemplo pode ser extraído da conjugação dos artigos 478 e 479 do Código Civil de 2002. Note-se que o artigo 479 complementa a concepção do artigo 478, com grande influência dos princípios do equilíbrio e da conservação do contrato, demonstrando a raiz material dos dispositivos. No entanto, em plano que advém de atividade processual, há na parte final do artigo 478 uma remissão expressa aos efeitos da sentença, e no artigo 479, por sua vez, se desenha previsão de atividade do réu (*contra pedido*). A terminologia *bifronte* é usada, de forma mais habitual, para se referir aos institutos que são tratados tanto pelo direito material, como pelo direito processual, como é o caso da prova e a coisa julgada, por exemplo. No sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual civil*. Volume I. São Paulo: Malheiros, 2001, p.42. Com análise mais ampla dos dispositivos *bifrontes*, confira-se: MAZZEI, Rodrigo. Algumas Notas sobre o ('dispensável') artigo 232 do Código Civil. In: *Prova, Exame Médico e Presunção: o artigo 232 do Código Civil*. Fredie Didier Jr. e Rodrigo Mazzei (Coords). Salvador: Juspodivm, 2006, p. 261-262; MAZZEI, Rodrigo. Enfoque processual do art. 928 do Código Civil. In: RBDPro-Revista Brasileira de Direito Processual, nº 59, p. 48-51.

⁹⁷ Observe-se, no sentido, que alguns temas que tratamos como de natureza híbrida (= *bifrontes*) são analisados em outros estudos como se fossem *unicamente* de direito material ou *tão somente* de direito processual, situação que cria cisma na doutrina sobre determinados assuntos, como é o caso, em exemplo,

A faceta material do dispositivo merece ser aplaudida, pois o NCPC cria ambiente mais seguro para a feitura de concessões superficiárias. O artigo 791 preenche omissão do Estatuto da Cidade (repetida no Código Civil) e a regulação favorece tanto o proprietário quanto o superficiário, já que a inteligência do dispositivo se volta justamente para a inexistência de responsabilidade patrimonial no que tange às dívidas da contraparte (seja proprietário/fundeiro, seja superficiário). É possível afirmar, sem cometer qualquer tipo de exagero, que o artigo 791 do NCPC poderá impulsionar a adoção do direito de superfície, haja vista que contribui para a fixação de ambiente com mais segurança jurídica para os que pretendem se valer do instituto em estudo.

Note-se que a situação de depuração dos direitos reais desenhada no artigo 791 do Novo Código de Processo Civil poderá, obviamente, ser desconstituída se configuradas situações de mácula na concessão superficiária, tais como as previstas no Código Civil para a violação da função social da propriedade (artigo 1.228, § 1º, c/c artigo 2.035, parágrafo único), simulação (artigo 167) e o abuso de direito (artigo 187), questões que deverão ser apreciadas à luz do direito material vigente. De toda sorte, mesmo que mantidos íntegros os direitos reais do proprietário ou do superficiário, não podendo ser alvo de penhora por dívida da contraparte, os titulares da concessão superficiária poderão ser chamados a colaborar com o Poder Judiciário em execuções movidas contra a outra parte da concessão. Explica-se:

O artigo 791 não cria nenhum embaraço para a penhora dos frutos⁹⁸⁻⁹⁹, muito menos de alguns direitos decorrentes da concessão superficiária (artigo 835, XIII, do NCPC¹⁰⁰), fato que é ratificado pelo artigo 799, V, do NCPC. Assim, por exemplo, em razão de dívida do proprietário com terceiro, com espeque no artigo 855 do novel diploma processual¹⁰¹, poderá ser o superficiário intimado para depositar o valor do *cânon superficiário* (também chamado de *solarium*) pendente, ou seja, da verba a que o proprietário faz jus pela pactuação de concessão onerosa com o superficiário. No sentido, vale lembrar que o artigo 21, § 2º, do Estatuto da Cidade (reforçado

da responsabilidade patrimonial. Na realidade, pensamos que a responsabilidade patrimonial pode ser vista a partir das duas facetas, inclusive em relação às regras que as regulam. Com ideia assemelhada, Fredie Didier Jr, Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira sustentam que (...) “é preciso distinguir as diversas funções que as regras sobre responsabilidade patrimonial podem exercer (...) É do Direito Material que determina quem é o responsável pela obrigação. (...) Uma regra é processual quando serve para definir o modo pelo qual o poder pode ser exercido. Ao impedir a penhora sobre determinado bem, a regra jurídica funciona como regra de Direito processual” (*Curso de Direito Processual Civil*. Volume 5. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2001, p. 259).

⁹⁸ O sistema revogado permitia tal postura, inclusive em relação aos bens que não podem ser penhorados (artigo 650 – Podem ser penhorados, à falta de outros bens, os frutos e rendimentos dos bens inalienáveis, salvo se destinados à satisfação de prestação alimentícia), sendo admitida a penhora em tais condições no NCPC (artigo 834 – Podem ser penhorados, à falta de outros bens, os frutos e os rendimentos dos bens inalienáveis).

⁹⁹ Lembre-se, aqui, da possibilidade de penhora dos frutos referentes ao usufruto. Como é pacífico, o que é impenhorável é o usufruto em si [artigo 1.376 do Código Civil combinado com artigo 649, I, do Código de Processo Civil revogado (ratificado no artigo 833, I, do NCPC)], mas os frutos decorrentes do exercício do direito real são tranquilamente penhoráveis. No sentido: “CIVIL. USUFRUTO. Os frutos são penhoráveis; o usufruto não” (STJ, REsp 242.031/SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, DJ 29/03/2004, p. 229). Igualmente: STJ, EDcl no AgRg no Ag 1370942/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 04/02/2013.

¹⁰⁰ O dispositivo substitui o artigo 655, XI, do Código de Processo Civil revogado.

¹⁰¹ Artigo de lei que ocupará o espaço do atual artigo 671 da revogada codificação processual.

pelo disposto no artigo 1.370 do Código Civil) prevê boa liberdade na fixação do pagamento de *cânon*, que poderá ser à vista ou em parcelas, abrindo espaço, inclusive para pagamento de forma diferida ou até mesmo através de participação de frutos advindos da exploração do implante¹⁰²⁻¹⁰³.

Em outro exemplo de execução movida contra o proprietário, o superficiário pode ser intimado para que não proceda a reversão do implante em favor do proprietário (artigos 1.375 do Código Civil e 24 do Estatuto da Cidade¹⁰⁴), devendo cumprir a obrigação judicialmente, ou seja, entregar o implante ao fim da concessão para quem o Judiciário determinar. Por ângulo diverso, em caso de execução contra o superficiário, o proprietário poderá ser intimado não só acerca da indisponibilidade dos direitos do superficiário (não podendo o último transferir os implantes para terceiros, exceto com autorização judicial), como também para depositar em juízo qualquer crédito que o superficiário eventualmente tenha, como, por exemplo, o valor da indenização no momento da reversão, caso esta pactuada na forma dos artigos 1.375 do Código Civil e 24 do Estatuto da Cidade.

Observe-se das exemplificações acima que a responsabilidade patrimonial de cada uma das partes não foi afetada. Mais ainda, a penhora agrediu tão somente a esfera patrimonial daquele que foi apontado como devedor, cumprindo a outra parte tão somente os atos determinados pelo Judiciário, sem que isso, contudo, interfira ou prejudique o seu direito real próprio.

O artigo 791 do NCPC, portanto, não cria a impenhorabilidade nos direitos advindos da concessão superficiária, mas tão somente (e de forma correta) prestigia

¹⁰² Sobre *cânon superficiário*, confira-se (entre vários): MAZZEI, Rodrigo. *Direito de Superfície*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 183-184; TARTUCE, Flávio; e SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil 4. Direito das Coisas*. 5ª ed. Método: São Paulo, 2013, p. 338; REZENDE, Elcio Nacur. *Direito de Superfície*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010; PEGHINI, Cesar Calo. *A função social do direito de superfície*. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade Autônoma de Direito-FADISP. Orientação: Luis Paulo Cotrim Guimarães. São Paulo, 2009, p. 204-206; PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das Coisas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 409; e ANDRADE, Marcus Vinício dos Santos. *Superfície à Luz do Código Civil e dos Estatuto da Cidade – Biblioteca de Estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 150-151.

¹⁰³ A legislação registral não prevê a anotação (= *averbação*) da penhora dos frutos e rendimentos de direitos reais junto à matrícula do imóvel. Por tal omissão, há posição que sustenta a impossibilidade do ingresso da penhora dos frutos e rendimentos de direitos reais no registro imobiliário, sob alegação que a medida violaria o rol de *numerus clausus* da legislação que trata dos registros públicos [no sentido: PASSARELLI, Luciano Lopes; e GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. A penhora de imóveis na jurisprudência do Conselho da Magistratura e da Corregedoria-geral da Justiça de São Paulo. In: *Processo Imobiliário*. Fabiano Carvalho e Rodrigo Barioni (Orgs.). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 342]. Discordamos de tal entendimento, pois pensamos que o artigo 167 da Lei 6.015/73 não pode ser lido de forma absolutamente literal, pois tal postura irá corroer a ideia de segurança jurídica que se extrai dos Registros Públicos. Cremos que o teor do artigo 167, 5), da Lei 6.015/73 [que possui a seguinte redação: *Artigo 167 – Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos: (...) 5) das penhoras, arrestos e sequestros de imóveis*] deve ser absorvido com visão mais ampla (inspirada na segurança jurídica e na função social dos Registros Públicos), para admitir o ingresso das penhoras, arrestos e sequestros não só dos imóveis em si (visão restritiva), mas também dos *direitos reais imobiliários, seus frutos e rendimentos*. Não for assim, não haverá sequer compatibilidade do artigo 791 NCPC (especialmente seu parágrafo primeiro) com a legislação registral, já que a última também não contempla registro de penhora sobre direitos reais, mas apenas sobre *imóveis*.

¹⁰⁴ Artigo 1.375. Extinta a concessão, o proprietário passará a ter a propriedade plena sobre o terreno, construção ou plantação, independentemente de indenização, se as partes não houverem estipulado o contrário. Art. 24. Extinto o direito de superfície, o proprietário recuperará o pleno domínio do terreno, bem como das acessões e benfeitorias introduzidas no imóvel, independentemente de indenização, se as partes não houverem estipulado o contrário no respectivo contrato.

a separação de dois direitos reais distintos [(a) do proprietário e (b) do superficiário], afastando a penhora dos imóveis e implantes (construções e plantações) submetidos ao regime de direito de superfície “*por dívida que não seja da própria parte devedora*” (seja o proprietário, seja o superficiário), situação que protege a contraparte, que não se sujeitará aos efeitos patrimoniais da execução. No entanto, não só o imóvel e o implante poderão ser objeto de penhora, mas também outros direitos decorrentes da concessão superficiária, conforme exemplificado, observada a demarcação efetuada pelo artigo 791 do Novo Código de Processo Civil.

5. Breve Fechamento

Como se percebe, ainda que nas linhas limitadas do estudo, há alguns pontos de impacto no novo Código de Processo Civil.

Destacamos no presente trabalho alguns temas, sobre os quais podem gravitar várias discussões, a saber: (a) a extinção do procedimento especial da usucapião; (b) a necessidade de observância da relação a simbiose entre as “ações possessórias coletivas” (= *com grande número de possuidores*) como a usucapião coletiva; (c) a depuração das esferas patrimoniais do proprietário e do superficiário.

Há, sem dúvida, outros temas que acabaram não sendo abordados na empreitada aqui desenvolvida, mas que – certamente – serão alvo de exames pela doutrina, contribuindo para o amadurecimento e a aplicação mais segura do texto de novo Código de Processo Civil.

Mudanças Climáticas: Estratégias de Litigância e o Papel do Judiciário no Combate às Causas e Efeitos do Aquecimento Global no Contexto Brasileiro

Vinicius Lameira*

Sumário

I. Introdução: por que Litigar no Campo das Mudanças Climáticas? II. Separação de Poderes e o Papel do Judiciário no Combate ao Aquecimento Global. III. Litigando para Mitigar. A) Elaboração de Leis. B) Desmatamento e Reflorestamento. C) Planejamento Urbano. D) Estudos de Impacto Ambiental. 1. Levando em Consideração as Emissões de GEE na Avaliação de Estudos de Impacto Ambiental. 2. Emissões Cumulativas. 3. Melhor Tecnologia Disponível (*Best Available Technology*). IV. Litigando para Adaptar. A. Considerando os Riscos Futuros do Aquecimento Global no Desenvolvimento de Planos Diretores e Planos de Contingência. B. Considerando os Riscos Futuros das Mudanças Climáticas nos Processos de Licenciamento de Empreendimentos Imobiliários. V. Transparência e Acesso à Informação sobre Financiamento Público de Atividades Poluidoras. VI. Conclusão. Bibliografia.

I. Introdução: por que Litigar no Campo das Mudanças Climáticas?

Há um vasto consenso na comunidade internacional de que atividades antropogênicas estão aumentando a concentração de gases de efeito estufa (GEE) na atmosfera, causando o aquecimento global.¹ A maioria das atividades humanas responsáveis pela geração de GEE estão relacionadas à queima de combustíveis fósseis para produzir combustível (setor de transporte) e gerar eletricidade (setor de energia) para o benefício da sociedade humana.² Fora isso, as emissões antropogênicas estão intimamente relacionadas a diversas atividades econômicas, estilo de vida, padrões de uso do solo e políticas climáticas.³

Para combater o aquecimento global, os governos precisam lançar políticas públicas prevendo ações estratégicas em duas frentes: ações de mitigação da produção de GEE e de adaptação às consequências do aquecimento global. Ações de mitigação

* Mestre em Direito Público e Internacional com ênfase em Meio Ambiente – Universidade de Melbourne, Austrália. Pós-graduado em Gestão de Passivos Ambientais – Ceped-UERJ. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

¹ Painel Intergovernamental de Mudanças Climáticas (IPCC). *Relatório Síntese das mudanças climáticas para agentes governamentais*. (quinto relatório de avaliação (AR5), 2014).

² LOVINS, Amory B. *A Farewell to Fossil Fuels: Answering the Energy Challenge*. (2012) 91(2) *Foreign Affairs* 134, 134.

³ Painel Intergovernamental de Mudanças Climáticas (IPCC), acima nº 1.

se destinam a reduzir a concentração de GEE na atmosfera, seja pela redução na quantidade de emissões, seja pelo incremento de sumidouros de carbono, responsáveis por absorver gás carbônico da atmosfera. Grandes áreas florestadas são um exemplo de sumidouros de carbono.

Por outro lado, medidas de adaptação têm por objetivo reduzir os impactos adversos das mudanças climáticas sobre os sistemas humanos e naturais, por meio de um vasto conjunto de ações sistêmicas específicas.⁴ Essas ações reduzem a exposição de comunidades aos riscos criados pela variabilidade climática, como enchentes, furacões e ondas de calor.⁵

Os principais atores na implementação de medidas de mitigação e adaptação são os Poderes Legislativo e Executivo. Por terem seus integrantes eleitos pelo voto popular, eles são as instituições legítimas para pôr em ação as medidas necessárias para combater o aquecimento global no cenário nacional.

Contudo, medidas de mitigação e adaptação não são postas em prática com facilidade. Elas demandam mudanças, por vezes drásticas, que encontram resistência em uma série de segmentos da sociedade. Tais medidas requerem mudanças na economia e na sociedade que podem, num primeiro momento, configurar ameaças a empregabilidade, desenvolvimento econômico e segurança energética. Elas também podem reduzir a competitividade de indústrias nacionais que, à luz de cortes obrigatórios na emissão de GEE, enfrentam aumento de custos de produção, perdendo competitividade no mercado global.⁶

Em resumo, essas medidas representam significativas mudanças na sociedade contemporânea, e nem sempre são de fácil implementação, principalmente se levarmos em conta que representantes eleitos necessitam moderar suas atitudes de forma a garantir suas cadeiras nas eleições seguintes, evitando desagradar grande parcela de seu eleitorado.

À luz dessas barreiras, que dificultam a tomada de decisões drásticas por governantes eleitos para combater os efeitos do aquecimento global, a litigância no campo das mudanças climáticas aumentou dramaticamente nos últimos anos.⁷ Medidas judiciais foram interpostas em âmbito local, regional, nacional e internacional como uma forma de superar a inércia de governantes e grandes poluidores em lidar com o aquecimento global de forma efetiva.⁸

A litigância no campo das mudanças climáticas demonstrou que as Cortes possuem um papel a cumprir no combate ao aquecimento global. Decisões judiciais

⁴ *Adaptation and Mitigation – Responses to Climate Change*. <http://know.climateofconcern.org/index.php?option=com_content&task=article&id=142>.

⁵ Painel Intergovernamental de Mudanças Climáticas (IPCC), acima nº 1, 19.

⁶ BOEHRINGER, Christoph. *Two Decades of European Climate Policy: A Critical Appraisal*. (2014) 8(1) *Review of Environmental Economics and Policy* 1, 3.

⁷ OSOFSKY, Hari M. *Continuing Importance of Climate Change Litigation, The*. (2010) 1 *Climate Law* 3, 3; MILLNER, Felicity; RUDDOCK, Kirsty. *Climate Litigation: Lessons Learned and Future Opportunities*. [2011] (1) *Alternative Law Journal* 27, 1.

⁸ Osofsky, acima nº 15, 3.

levaram governos a considerar os efeitos das mudanças climáticas na elaboração de políticas públicas. Tais decisões também tiveram o efeito de provocar a revisão de políticas públicas já existentes, bem como levaram grandes corporações a efetuar mudanças em projetos por conta de melhor avaliação dos impactos sobre e em função do aquecimento global.⁹ Em acréscimo, ações judiciais nesse campo atraíram a atenção da mídia internacional e nacional, gerando no grande público consciência sobre os problemas e desafios relacionados às mudanças climáticas. E mesmo quando foram julgadas improcedentes, essas ações jogaram luz sobre a necessidade de reformas em alguns pontos da legislação existente.¹⁰

À luz das considerações acima, este artigo abordará possíveis caminhos para, no âmbito doméstico, litigar para combater os efeitos do aquecimento global. Tal tarefa será realizada por meio de abordagem de experiências judiciais levadas a cabo nos Estados Unidos, Canadá, Alemanha e Austrália, identificando assim possíveis caminhos para, por meio de ações coletivas, forçar governantes e atores privados a implementar medidas de mitigação e adaptação às mudanças climáticas. Processos objetivando maior transparência de atos governamentais também serão apresentados como uma das estratégias possíveis para combater o aquecimento global no âmbito dos tribunais.

Diga-se, por oportuno, que as estratégias aqui levantadas não significam que o autor seja um entusiasta da judicialização das questões ambientais. Pelo contrário, tenho grande apreço e confiança de que soluções consensuais são a melhor alternativa para pôr fim a litígios ambientais. No entanto, em algumas ocasiões, barreiras intransponíveis levarão à impossibilidade de que acordos sejam alcançados, não restando outra alternativa senão o chamamento do Poder Judiciário para solucionar a controvérsia. Para esses casos que se pretende, com o presente artigo, abordar algumas estratégias de judicialização de questões relativas às mudanças climáticas.

II. Separação de Poderes e o Papel do Judiciário no Combate ao Aquecimento Global

A principal maneira de reduzir a emissão de GEE é por meio de implementação de políticas públicas. Um vasto portfólio de políticas públicas se encontra à disposição de governos, variando de medidas de comando e controle – como estabelecer limites de emissão de GEE de observância obrigatória – até sistemas baseados nas leis de mercado, que oferecem incentivos à indústria e demais setores da economia para reduzir suas emissões.¹¹ Um exemplo de política pública baseada nas leis do mercado são os sistemas de comercialização de créditos de carbono.

Contudo, na ausência de políticas públicas efetivas, tendo por objetivo a redução das emissões de GEE, alguns atores estatais e não estatais tomaram a iniciativa de acionar

⁹ PEEL, Jacqueline *et al.* *The Influence of Climate Change Litigation on Governments and the Private Sector.* (2011) 2(4) *Climate Law* 485, 513.

¹⁰ Millner and Ruddock, *above n* 15, 1.

¹¹ STAVINS, R. N. Market-Based Environmental Policies. In: *Public Policies for Environmental Protection (Resources for the Future)* 32.

o judiciário na tentativa de obter medidas concretas de combate ao aquecimento global. Em alguns casos, os litigantes chegaram a pedir às Cortes que estabelecessem um limite de emissões de observância obrigatória aos réus das referidas ações.

Em *Connecticut v American Electric Power*¹², 12 Estados, um governo local e três organizações não governamentais norte-americanas processaram 5 companhias de energia elétrica. Os autores solicitaram que a Corte determinasse aos réus que limitassem suas emissões a um determinado patamar e, posteriormente, reduzissem gradualmente suas emissões de gás carbônico. A Corte não julgou o mérito do caso sob o argumento de que a questão não poderia ser definida pelo Poder Judiciário, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes.¹³

Concordamos com a solução adotada pela Corte naquele caso. A racionalidade por trás do julgamento em questão refere-se à doutrina da “questão política”. Legislar no campo das mudanças climáticas implica tomar decisões controversas, como de que forma lidar com incertezas científicas, como definir divergências sobre responsabilidades locais e globais, como medir e quantificar impactos cumulativos, diretos, indiretos e de longo prazo, e como equilibrar interesses conflitantes em nossa sociedade, tais como interesses econômicos, ambientais e sociais.¹⁴

Para decidir quais desses interesses deverão prevalecer, governos devem tomar decisões políticas. E decisões desse jaez, envolvendo a ponderação de interesses conflitantes, porém igualmente legítimos, se adequam melhor aos espaços deliberativos dos poderes executivo e legislativo.¹⁵ Vejamos por quê.

Primeiramente, os Tribunais dificilmente representam os distintos segmentos da sociedade, eis que normalmente são integrados por um grupo seletivo e altamente educado de juizes.

Ademais, procedimentos judiciais não se constituem no mais adequado foro de debate entre os diferentes setores da sociedade, eis que tais procedimentos possuem prazos definidos, normalmente incompatíveis com o prazo necessário para maturação e deliberação sobre interesses contraditórios e complexos. Processos judiciais também dificultam a participação do cidadão, eis que envolve a necessidade de que os participantes detenham conhecimentos jurídicos, fora as questões de legitimidade ativa, custos judiciais, entre outras barreiras.

Finalmente, decisões políticas envolvendo as mudanças climáticas envolvem assuntos complexos de repercussão nos setores social, econômico e ambiental. Em suma, juizes não estão tecnicamente preparados para prever as consequências dessas decisões, nem possuem a legitimação necessária para tomar decisões dessa natureza em relação ao aquecimento global.¹⁶ Por outro lado, os Poderes Legislativo

¹² *Connecticut v. American Electric Power Corporation*. 406 F. Supp. 2d 265, 273 (S.D.N.Y. 2005).

¹³ *Connecticut v. American Electric Power Corporation*. 406 F Supp 2d 265 (SDNY 2005).

¹⁴ PEEL, Jacqueline. Issues in Climate Change Litigation [Article]. [2011] (1) *Carbon & Climate Law Review* 15, 23.

¹⁵ SCHATZ, Julia. Climate Change Litigation in Canada and the USA. (2009) 18(2) *Review of European Community & International Environmental Law* 129, 136.

¹⁶ PARDO, David W. Judiciary and Environmental Public Policies: The “significant Compromise” as a Model of Action. (2013) 72 *Environmental Law Journal* 161, 8.

e Executivo possuem em seus quadros equipes habilitadas a avaliar os impactos de políticas regulatórias sem que incidam sobre esses processos as limitações de prazo e participação pública que se verificam no curso de processos judiciais.

À luz de tais considerações, tenho para mim que o judiciário não deve pretender substituir as instâncias políticas na definição das políticas climáticas, eis que não detém capacidade institucional para tanto. Estabelecer limites de emissões obrigatórias para grandes poluidores ou setores específicos da sociedade vai além de suas capacidades, e deve ser deixado para os demais poderes da república.

Contudo, há sim espaço a ser preenchido pelo Poder Judiciário no campo do aquecimento global, podendo nossas cortes desempenhar um importante papel sem violar o princípio da separação de poderes. Esse espaço de atuação concentra-se principalmente no papel do Poder Judiciário em pressionar os demais poderes da república a tomar medidas efetivas de combate às mudanças climáticas.

Quando o cidadão se vir completamente alijado dos processos de tomada de decisão pelos demais poderes, o Judiciário pode, por meio de decisões judiciais, criar um espaço onde sociedade civil, governos e empresários sentem ao redor da mesma mesa e discutam seus problemas em igualdade de condições.¹⁷

O Poder Judiciário pode, igualmente, incrementar a qualidade dos processos de tomada de decisão dos demais poderes, obrigando-os a considerarem as causas e efeitos das mudanças climáticas quando decidindo questões que possam contribuir para o aquecimento global. Nesse sentido, decisões judiciais podem estabelecer que Legislativo e Executivo não levem adiante determinadas ações sem levar em consideração como tais medidas podem contribuir para o aquecimento global ou como elas podem ser afetadas pelas variações climáticas.¹⁸ Assim agindo, as cortes não estarão usurpando as competências políticas dos demais poderes; ao contrário, estarão aumentando o debate público sobre as mudanças climáticas e aperfeiçoando procedimentos democráticos, facilitando uma discussão aberta entre governo, sociedade e setores produtivos.¹⁹

Por fim, como se espera que as cortes resolvam os assuntos que lhes são submetidos de forma mais racional e menos emotiva, sua intervenção pode tornar os debates acerca das mudanças climáticas mais racionais. Com certa frequência, debates sobre mudanças climáticas são permeados por convicções pessoais dos debatedores, faltando-lhes a necessária racionalidade e lógica requerida para lidar com assunto de tamanha complexidade e tecnicidade.²⁰

No próximo capítulo, este artigo irá explorar possíveis caminhos de judicialização onde, sem usurpar a função política dos poderes Executivo e Legislativo, os Tribunais podem pressionar os demais poderes a implementar medidas de mitigação e adaptação aos efeitos das mudanças climáticas.

¹⁷ PRESTON, Brian J. The Contribution of the Courts in Tackling Climate Change. (2016) 28(1) *Journal of Environmental Law* 11, 12.

¹⁸ Peel et al., above n 17, 487.

¹⁹ Preston, above n 25, 16

²⁰ Idem.

III. Litigando para Mitigar

Processos judiciais podem servir como uma importante ferramenta para forçar governos a considerar as mudanças climáticas em seus processos de tomada de decisão, contribuindo para a redução das emissões de GEE. Diversas formas de litigância podem ser usadas para alcançar esse objetivo, sem que haja ilegítima interferência do Poder Judiciário nas competências dos demais poderes.

Esse capítulo irá oferecer uma visão geral de como processos judiciais podem ajudar a mitigar as emissões de GEE. O capítulo irá explorar o uso da litigância como forma de exercer influência em quatro áreas relevantes para diminuir as emissões de GEE: a) elaboração de leis; b) desmatamento e reflorestamento; c) planejamento urbano e d) estudos de impacto ambiental.

A) Elaboração de Leis

A falha dos governos em regular a emissão de GEE levou atores estatais e não estatais a adotar medidas judiciais, solicitando ao Poder Judiciário que obrigasse os demais poderes a adotarem medidas de efetiva regulação e limitação de emissão de GEE.

Um dos mais notórios casos norte-americano sobre o assunto foi *Massachusetts et al. v. Environmental Protection Agency*.²¹ Nesse caso, a Agência Norte-Americana de Proteção Ambiental (EPA) havia se recusado a regular as emissões de dióxido de carbono de veículos automotores novos, mesmo após ter sido requerida a fazê-lo por 19 organizações não governamentais norte-americanas.²² Em resposta a este requerimento, a EPA argumentou que não era a autoridade competente para regulamentar as referidas emissões, aduzindo que mesmo no caso da agência possuir tal autoridade, não seria prudente regular a matéria naquele momento.²³ Para justificar o argumento, a EPA alegou, entre outros motivos, que regulamentar apenas as emissões de veículos novos consistiria em uma maneira fragmentada de lidar com as mudanças climáticas.²⁴

Seguindo-se a recusa da EPA em regular as emissões dos veículos automotores, os requerentes, agora acompanhados por uma dúzia de Estados,²⁵ peticionaram a Corte de Apelações do Distrito de Columbia, objetivando reformar o entendimento da agência ambiental.²⁶ A corte de apelações não julgou o mérito da questão, motivo pelo qual os autores recorreram à Suprema Corte Americana, que reformou a decisão proferida pela Corte de Apelação. Em sua decisão, a Suprema Corte Americana decidiu que: a) em primeiro lugar, levando-se em consideração o § 202 (a) (1) do *Clean Air Act*,

²¹ *Massachusetts et al. v. Environmental Protection Agency, et al.*, 549 U.S. 497 7 S. Ct. 1438, 2007.

²² SHELTON, Dinah. State and Local Efforts to Address Climate Change in the United States Federal Systems. In: *Comparative Environmental Law (Direito Ambiental Comparado)*. Editora Fórum, 2008. 167.

²³ *Massachusetts et al. v. Environmental Protection Agency, et al.*, 549 U.S. 497 7 S. Ct. 1438, p. 08, 2007.

²⁴ *Massachusetts et al. v. Environmental Protection Agency, et al.*, 549 U.S. 497 7 S. Ct. 1438, p. 11, 2007.

²⁵ California, Connecticut, Illinois, Maine, Massachusetts, New Jersey, New Mexico, New York, Oregon, Rhode Island, Vermont and Washington.

²⁶ *Massachusetts et al. v. Environmental Protection Agency, et al.*, 549 U.S. 497 7 S. Ct. 1438, p. 10, 2007.

a agência ambiental detinha competência para regular as emissões de dióxido de carbono dos veículos automotores, eis que este poluente deveria ser considerado um agente poluidor com aptidão para causar problemas de saúde e bem estar da população; b) a EPA não havia fornecido qualquer motivação para sua recusa em decidir se os GEE teriam aptidão para causar ou contribuir com as mudanças climáticas, agindo de forma arbitrária.²⁷

Como consequência dessa decisão, a Corte determinou à EPA que respondesse ao requerimento de regulamentação das emissões de veículos automotores de forma justificada, deixando claro que a EPA somente poderia deixar de regulamentar tais emissões caso: a) fosse estabelecido que os GEE não contribuem para as mudanças climáticas ou; b) fosse fornecida uma motivação razoável do porquê a agência não iria, ou não poderia, regular as emissões dos veículos automotores.²⁸

Após a decisão da Suprema Corte, a EPA publicou dois relatórios, um denominado “achado de risco” e outro denominado “achado de causa ou contribuição”. Ambos relatórios reconheceram os riscos das mudanças climáticas e a contribuição das emissões de GEE para o aquecimento global.²⁹ No dia 1 de abril de 2010, a EPA publicou regulamentação para as emissões de veículos leves.³⁰ E posteriormente, no dia 13 de maio de 2010, a mesma EPA publicou a *GHG tailoring rule*, regulamento exigindo uma licença de emissões atmosféricas de projetos que contribuíram para um incremento substancial da emissão de GEE.

Em acréscimo, após esta decisão, diversos atores estatais e não estatais nos Estados Unidos formularam diversos pedidos judiciais requerendo a autoridades governamentais que regulamentassem emissões atmosféricas de GEE. Essa pressão exercida pelos litigantes resultou na reforma de regulamentos já existentes, como a lei de poluição atmosférica e a política nacional de meio ambiente norte-americana.³¹

Esse caso representa um valioso exemplo de como processos judiciais podem servir de ferramenta para provocar ações governamentais no campo das mudanças climáticas sem ferir o princípio da separação de poderes.

Após ter sido obrigada a justificar sua decisão de não regulamentar as emissões de veículos automotores novos, a EPA produziu estudos que subsidiaram a publicação de importantíssimos regulamentos disciplinando as emissões de GEE. Se não fosse pela intervenção do Poder Judiciário, a EPA continuaria se esquivando do dever de regulamentar as referidas emissões, eis que, naquele momento, não havia vontade política por parte do poder executivo norte-americano em implementar medidas que afetassem as emissões de GEE.

²⁷ *Massachusetts et al. v. Environmental Protection Agency, et al.*, 549 U.S. 497 7 S. Ct. 1438, p. 23, 2007.

²⁸ *Massachusetts et al. v. Environmental Protection Agency, et al.*, 549 U.S. 497 7 S. Ct. 1438, p. 30, 2007.

²⁹ PRESTON, Brian J. *Climate Change Litigation (Part 2) [Article]*. [2011] (2) *Carbon & Climate Law Review* 244, 246.

³⁰ *Idem*.

³¹ BUTTI, Luciano. *Tortuous Road to Liability: A Critical Survey on Climate Change Litigation in Europe and North America*, The. (2010) 11 *Sustainable Dev. L. & Pol'y* 32, 33.

Além disso, a corte não cruzou as fronteiras definidas pelo princípio da separação de poderes. O Tribunal não estabeleceu os limites de emissão de GEE. O voto condutor do julgamento, aliás, reconheceu expressamente que “a EPA possui, sem sombra de dúvidas, latitude suficiente quanto à maneira, ao tempo, ao conteúdo e à forma de coordenar seus regulamentos com outras agências... (a Suprema Corte) não possui nem conhecimento técnico, nem autoridade para avaliar as decisões sobre a regulação em si proferidas pela EPA...”.³² Finalmente, a decisão de mérito sequer afirmou que os GEE estariam causando o aquecimento global; ao contrário, apenas determinou à EPA que justificasse, motivasse sua recusa em regular as emissões de GEE, em conformidade com os parâmetros da legislação vigente e regente da hipótese fática.

No Brasil, um exemplo de como ações coletivas poderiam ser utilizadas para forçar a elaboração de atos normativos que contribuíssem para a redução da concentração de gás carbônico na atmosfera (medida mitigatória) se refere à elaboração dos planos nacionais de prevenção e controle do desmatamento da Mata Atlântica.

Em 2009, o governo federal lançou a política nacional de mudanças climáticas (PNMC)³³ e adotou meta voluntária em reduzir as emissões de GEE entre 36,1% e 38,9% até 2020.³⁴ De acordo com o governo brasileiro, 24,7% da redução será alcançada por meio da redução de desmatamentos.³⁵ Considerando que o Brasil possui diversos biomas, os quais abrangem diversos tipos de vegetação, os planos nacionais deveriam se concentrar nos principais biomas, quais sejam, Amazônia, Cerrado e Mata Atlântica. Contudo, até o momento, o governo federal somente lançou planos nacionais tratando do desmatamento da Amazônia e cerrado.³⁶ No site do Ministério do Meio Ambiente, não há absolutamente qualquer informação dando conta de quando o governo iniciara os procedimentos para elaboração de um plano nacional de controle do desmatamento na mata atlântica.

Esses planos são de especial importância no cenário nacional, eis que enfrentam questões como metas de redução de desmatamento, medidas para incrementar ações de sustentabilidade nos biomas, estabelecimento de fundos financeiros para financiamento das medidas acima citadas, estabelecimento de indicadores de desempenho das ações previstas nos respectivos planos e também determinam a elaboração de estudos de impacto regulatório levando em consideração as medidas adotadas.³⁷

Logo, ações coletivas poderiam ser utilizadas de forma a forçar o governo a iniciar o procedimento de elaboração do plano de uso e desmatamento da mata atlântica.

³² *Massachusetts et al. v. Environmental Protection Agency, et al.*, 549 U.S. 497 7 S. Ct. 1438, p. 31, 2007.

³³ Política Nacional de Mudanças Climáticas, Lei nº 12.187/2009.

³⁴ *Idem*. Artigo 12. Para alcançar os objetivos da PNMC, o País adotará, como compromisso nacional voluntário, ações de mitigação das emissões de gases de efeito estufa, com vistas em reduzir entre 36,1% (trinta e seis inteiros e um décimo por cento) e 38,9% (trinta e oito inteiros e nove décimos por cento) suas emissões projetadas até 2020.

³⁵ SEROA DA MOTTA, Ronaldo (Ed.). *Mudança Do Clima No Brasil: Aspectos Econômicos, Sociais e Regulatórios*. Ipea, 2011. 35.

³⁶ Ministério do Meio Ambiente, Planos Setoriais de Mitigação e Adaptação. <<http://www.mma.gov.br/clima/politica-nacional-sobre-mudanca-do-clima/planos-setoriais-de-mitigacao-e-adaptacao>>.

³⁷ Plano Nacional de Mudanças Climáticas, Decreto Federal 7.390/2010, artigo 3º.

Como visto acima, os esforços do governo brasileiro para reduzir suas emissões de GEE concentram-se em medidas de controle de desmatamento, e regular este importante bioma incrementaria a capacidade do governo em alcançar sua meta e liderar os países em desenvolvimento no combate ao aquecimento global.

Certamente há diversas outras áreas a espera de regulamentos mais efetivos no combate ao aquecimento global. Contudo, não se insere no escopo do presente trabalho exauri-las, apenas lançar ideias incipientes sobre estratégias de litigância. Nesse contexto, instar o governo federal a regulamentar o plano nacional de desmatamento da Mata Atlântica seria uma das possíveis formas de, por meio de ações judiciais, obrigar o Poder Executivo a editar atos normativos tendentes a mitigar a concentração de GEE na atmosfera.

B) Desmatamento e Reflorestamento

Os desmatamentos respondem pela terceira maior quantidade de emissão de GEE no Brasil, estando atrás somente dos setores de energia e agricultura, respectivamente primeiro e segundo colocados.³⁸ Em 2009, o Brasil adotou a meta voluntária de reduzir suas emissões de GEE, até 2020, em até 38,9%.³⁹ Para alcançar esta meta, o governo federal lançou planos setoriais de mitigação de emissão de GEE, determinando onde e como se dariam as reduções necessárias ao alcance da meta.⁴⁰ Para atingi-la, o Brasil elegeu 4 setores de atuação prioritária: a) mudanças no uso do solo; b) setor energético; c) agricultura e pecuária; d) processos industriais e manejo de resíduos sólidos.⁴¹ De acordo com o governo, da meta de redução de 38,9%, 24,7% deverão ser alcançados por meio de alterações no uso do solo.⁴²

Em relação às alterações no uso do solo, as principais ações governamentais concentram-se no combate ao desmatamento irregular e esforços de reflorestamento. Desmatamentos são responsáveis pela geração de GEE, pois quando a vegetação é queimada ocorre a liberação de dióxido de carbono na atmosfera. Lado outro, a atividade de reflorestamento aumenta a quantidade de vegetação sobre o solo, servindo como fonte de absorção de dióxido de carbono na atmosfera. Dessa forma, as duas atividades são de extrema importância para mitigar as emissões de carbono e reduzir a quantidade deste poluente na atmosfera.

Combater o desmatamento ilegal por meio de ações judiciais é uma forma de mitigar as emissões de GEE. E uma estratégia importante de combate ao desmatamento ilegal é aumentar a persecução criminal contra remoções ilegais de vegetação. No Brasil, os crimes contra o meio ambiente estão definidos na lei 9.605/1998,⁴³ e a segunda seção

³⁸ Política Nacional Sobre Mudança Do Clima. <<http://www.mma.gov.br/clima/politica-nacional-sobre-mudanca-do-clima>>.

³⁹ Política Nacional de Mudanças Climáticas, Lei nº 12.187/2009 artigo 12.

⁴⁰ Plano Nacional de Mudanças Climáticas, Decreto Federal 7.390/2010.

⁴¹ *Idem*.

⁴² Seroa da Motta, acima nº 44, 35.

⁴³ Lei 9605/1998.

do referido ato normativo definiu os tipos penais em que a flora figura como o bem jurídico tutelado. Entre os crimes ali definidos, vários se destinam a proteger a vegetação encontrada na Amazônia, Cerrado e Mata Atlântica.

O uso da persecução criminal é importante na medida em que pode aumentar o poder de intimidação dos degradadores, sejam eles atores públicos ou privados. Evidência empírica demonstra que monitoramento e fiscalização efetiva são cruciais em promover a observância de normas de proteção ambiental.⁴⁴ De acordo com esse estudo, ações fiscalizatórias e punitivas previnem futuras violações às normas de proteção ambiental, tanto por parte daqueles que sofreram as penalidades quanto de outros atores, estes temerosos de futuramente serem alvo das ações fiscalizatórias.⁴⁵

Nesse contexto, o incremento da persecução criminal dos crimes contra o meio ambiente, em especial os concernentes à proteção da flora, pode prevenir atores estatais e não estatais de incursionarem em práticas ilegais de queimadas e desmatamentos. A persecução penal, portanto, figura como uma forma de litigância apta a combater o aquecimento global, prevenindo ações ilegais de desmatamento e queimadas, atividades estas extremamente danosas para a atmosfera.

Em relação à litigância como forma de incrementar esforços de reflorestamento, processos judiciais também podem ser utilizados para obrigar proprietários rurais a reflorestarem áreas degradadas no interior de suas propriedades. O código florestal brasileiro⁴⁶ estabelece o percentual da vegetação que deve ser preservada pelos titulares de propriedades rurais em todo o País. Por exemplo, propriedades rurais na região da Amazônia, localizadas em área de florestas, devem manter 80% do solo com cobertura vegetal nativa.⁴⁷

Para monitorar o cumprimento da lei, o governo federal lançou o Cadastro Ambiental Rural (CAR). Segundo a legislação, todo o proprietário rural deve cadastrar sua propriedade no referido cadastro. Para tanto, os proprietários devem anexar ao cadastro mapa georreferenciado de suas propriedades, indicando o percentual de vegetação preservada. Todas as propriedades rurais brasileiras deveriam estar cadastradas no CAR até 05 de maio de 2016. No entanto, até dezembro de 2016, a região nordeste, a título de exemplo, havia cadastrado apenas 73,33% das áreas cadastráveis.⁴⁸

Um possível caminho para utilizar processos judiciais de forma a incrementar as ações de reflorestamento envolveria mais de um estágio, e poderia ter no CAR um grande aliado. Primeiramente, os litigantes poderiam se valer de ações judiciais para demandar do governo que tornasse pública a lista das propriedades rurais ainda não cadastradas no CAR. Em seguida, de posse de tal listagem, os litigantes poderiam

⁴⁴ GRAY, Wayne B.; SHIMSHACK, Jay P. The Effectiveness of Environmental Monitoring and Enforcement: A Review of the Empirical Evidence. (2011) 5(1) *Review of Environmental Economics and Policy* 3, 22.

⁴⁵ *Idem*.

⁴⁶ Lei 12.651/2012.

⁴⁷ *Idem*, artigo 12, I, (a).

⁴⁸ <<http://www.florestal.gov.br/documentos/car/boletim-do-car/2214-boletim-informativo-dezembro-de-2016/file>>.

propor novas ações judiciais, agora em face dos proprietários rurais que não registraram sua propriedade no cadastro nacional. Estas ações seriam de extrema importância, já que, para se cadastrar no CAR, os proprietários rurais teriam que apresentar um mapa de suas propriedades, indicando as áreas com vegetação preservada e as áreas cujo percentual mínimo de preservação estabelecido pelo código florestal não estivesse sendo observado. Com essa informação, os interessados poderiam ajuizar ações em face dos proprietários rurais, requerendo efetivo reflorestamento de suas propriedades até que alcançassem os parâmetros do código florestal.

Dada a importância das mudanças no uso do solo para que o Brasil alcance as metas estabelecidas pela PNMCM, a litigância brasileira na área de mudanças climáticas, em termos de mitigação de emissões, deveria focar nas áreas de desmatamento e reflorestamento, a fim de viabilizar o atingimento dos compromissos de redução de emissão de GEE assumidos voluntariamente pelo governo federal.

C) Planejamento Urbano

O planejamento urbano desempenha um papel importantíssimo nos esforços de mitigação de emissões de GEE. No mundo, as cidades são responsáveis pelo consumo aproximado de 60 a 80% de toda eletricidade gerada⁴⁹, contribuindo com quase metade de todas as emissões globais de GEE.⁵⁰ Para reduzir as emissões de GEE dos espaços urbanos, é necessário promover mudanças radicais na infraestrutura urbana relacionada a consumo de energia, transporte e construções.⁵¹

Alterações na legislação ordenadora do espaço urbano podem impactar diversos elementos das cidades, como densidade populacional, tráfego e demanda por transporte público, por exemplo. E com frequência, mudanças no ordenamento do espaço urbano também afetam a geração de GEE.

Nesse contexto, processos judiciais podem ser usados para forçar os governos a levarem em consideração, ao planejar suas cidades de que forma as ações propostas podem aumentar a geração de GEE, incrementando o debate público sobre alternativas de redução de emissões nas cidades.

Um exemplo colhido da Austrália facilita a compreensão do argumento. Em *Australian Conservation Foundation v Latrobe City Council*⁵² (Fundação Australiana Conservacionista versus Conselho Local de La Trobe), uma comissão foi apontada para avaliar os impactos ambientais de uma dada proposta de alteração da legislação urbanística local. Esta proposta de alteração tinha por escopo facilitar a mineração de carvão de forma a permitir a continuidade das operações de uma termoelétrica local, a *Hazelwood Power*

⁴⁹ Painel Intergovernamental de Mudanças Climáticas da ONU, Relatório síntese de mudanças climáticas 2014, para agentes governamentais. (quinto relatório de avaliação (AR5), 2014) 5.

⁵⁰ WILKINSON, Sara J. *Conceptual Understanding of Sustainability in the Australian Property Sector*. (2013) 31(3) *Property Management* 260, 1.

⁵¹ NEWTON, Peter W. Liveable and Sustainable? Socio-Technical Challenges for Twenty-First-Century Cities. (2012) 19(1) *Journal of Urban Technology* 81, 83.

⁵² *Australian Conservation Foundation v. Latrobe City Council* (2004) 140 LGERA 100.

Station. Nesse caso, a Corte do estado de Victoria decidiu que o painel constituído para avaliar os impactos das alterações urbanas deveria incorporar em seu estudo de impacto ambiental os impactos oriundos da geração de GEE pela termelétrica em questão, não incluídos no termo de referência original do referido estudo.

Esse caso é ilustrativo de como a litigância pode servir para forçar governos a levar em consideração, ao planejar o uso e ocupação do solo urbano, as possíveis emissões da GEE. No Brasil, frequentemente decisões sobre ordenamento das cidades são tomadas sem suporte em qualquer relatório técnico⁵³, prevalecendo com frequência interesses políticos e econômicos, especialmente em cidades menores.⁵⁴

Nesse contexto, um possível caminho para os litigantes seria ajuizar ações em face de governos locais, requisitando que alterações na legislação urbanística sejam precedidas de estudos técnicos, em que se avalie como as mudanças propostas podem influenciar na geração de GEE.

Imaginemos, por exemplo, uma alteração legislativa em determinada cidade, e que tal medida implique no aumento considerável de áreas passíveis de construção. Caso a municipalidade leve o plano original adiante, sem fazer quaisquer considerações sobre o impacto das mudanças na geração de GEE, poderia ser proposta uma ação coletiva em face do município, exigindo a realização de estudos técnicos levando em conta o impacto das mudanças na emissão de GEE, inclusive propondo medidas mitigadoras dos efeitos adversos identificados.

Em tal hipótese, autoridades poderiam desenvolver, por exemplo, medidas para incrementar a oferta de transporte, reduzindo a dependência do uso de carros; alternativas que melhor conectem áreas residenciais com áreas comerciais, de forma a reduzir a necessidade dos moradores de comutar; e estruturar o setor de energia elétrica de forma a permitir maior entrada de energia renovável, diminuindo a utilização de combustíveis fósseis para geração de energia.⁵⁵ Essas medidas poderiam ser desenvolvidas por meio de planejamentos urbanos desenhados racionalmente, mitigando as emissões resultantes das alterações da legislação urbana. No entanto, esse nível de cuidado no tratamento das questões urbanas somente pode ser atingido por meio de realização de estudos sérios de impacto ambiental da referida legislação.

Importante realçar que tal estratégia de litigância encontra suporte na PNMC. De acordo com a referida lei, as políticas nacionais devem observar os princípios da prevenção, precaução e desenvolvimento sustentável.⁵⁶ Em acréscimo, a PNMC determinou aos setores públicos e privados o dever de agir pelo bem das presentes e futuras gerações, reduzir os impactos das atividades antropogênicas no sistema

⁵³ PINTO, Vitor. *Plano Diretor e Direito de Propriedade*. Thomsom Reuters, 4th ed. 2014. 196.

⁵⁴ *Idem*.

⁵⁵ Newton, *above* n 60, 87.

⁵⁶ Art. 3º A PNMC e as ações dela decorrentes, executadas sob a responsabilidade dos entes políticos e dos órgãos da administração pública, observarão os princípios da precaução, da prevenção, da participação cidadã, do desenvolvimento sustentável e o das responsabilidades comuns, porém diferenciadas, este último no âmbito internacional, e, quanto às medidas a serem adotadas na sua execução, será considerado o seguinte:

climático⁵⁷ e adotar medidas para evitar, prevenir ou minimizar as causas já identificadas das mudanças climáticas.⁵⁸ Todas essas previsões normativas fornecem vasto amparo legal para ações judiciais no campo do planejamento urbano, visando combater as causas do aquecimento global.

Forçando os governos a considerarem os impactos decorrentes das emissões de GEE antes de criarem ou alterarem leis urbanísticas, os litigantes promovem o debate público sobre o papel dos ambientes urbanos no combate ao aquecimento global, ampliando a habilidade das cidades em fornecer serviços públicos essenciais como água, eletricidade, moradia e mobilidade urbana com reduzidas emissões de GEE.⁵⁹

D) Estudos de Impacto Ambiental

1. Levando em Consideração as Emissões de GEE na Avaliação de Estudos de Impacto Ambiental

O objetivo de um Estudo de Impacto Ambiental (EIA) é avaliar, prever e interpretar os potenciais impactos de uma dada ação humana sobre o meio ambiente, incluindo os impactos sociais e econômicos.⁶⁰ Como objeto, o EIA pode ter por escopo um projeto específico ou um plano, programa ou política.

Em relação a projetos específicos, o EIA deve avaliar os impactos do empreendimento proposto, alternativas locais e tecnológicas, e propor uma série de medidas mitigadoras e compensatórias capazes de maximizar os impactos positivos e minimizar os negativos.

EIA's se constituem em uma importante ferramenta para autoridades medirem as emissões de GEE de um determinado projeto e decidir se tais empreendimentos atendem ou não ao interesse público, e se estão ou não em conformidade com as normas ambientais.

Ademais, como os EIA's são normalmente submetidos ao escrutínio público por meio de audiências públicas, eles se constituem em valiosa fonte de informação de forma a permitir o engajamento da sociedade na discussão dos projetos propostos. Após debater os projetos com a sociedade, as autoridades governamentais devem motivar suas decisões, de forma que a sociedade conheça as razões que levaram o administrador a tomar determinada decisão, tornando-o responsável perante a população.

⁵⁷ Art. 3º (...)

todos têm o dever de atuar, em benefício das presentes e futuras gerações, para a redução dos impactos decorrentes das interferências antrópicas sobre o sistema climático;

⁵⁸ II – serão tomadas medidas para prever, evitar ou minimizar as causas identificadas da mudança climática com origem antrópica no território nacional, sobre as quais haja razoável consenso por parte dos meios científicos e técnicos ocupados no estudo dos fenômenos envolvidos;

⁵⁹ Newton, *above* n 60, 89.

⁶⁰ SÁNCHEZ, Luis Enrique. *O Processo de Avaliação de Impacto Ambiental, Seus Papéis e Funções*. A efetividade da avaliação de impacto ambiental no Estado de São Paulo: uma análise a partir de estudos de caso. Secretaria do Meio Ambiente, São Paulo 13, 1. 1995.

No caso de autoridades ambientais concederem licenças ambientais em situações em que EIA's deixaram de considerar adequadamente as emissões de GEE do projeto proposto, ações poderão ser propostas de forma a obrigar o poder público a determinar o refazimento de tais estudos, incorporando as considerações sobre emissões de GEE em seus relatórios.

Um caso ocorrido no Canadá ajuda a ilustrar a situação. Em *Pembina Institute for Appropriate Development v Canada Attorney General*⁶¹, uma coalizão de organizações não governamentais desafiou judicialmente a decisão emitida por um painel integrado por membros do Conselho de Indústria e Energia do estado de Alberta e do governo federal canadense. Esse painel autorizou que a companhia *Oil Imperial* prospectasse óleo no nordeste do Estado de Alberta. Para obter tal autorização, a companhia de óleo realizou um estudo de impacto ambiental, que foi aprovado pelo painel e, em seguida, encaminhado para o Departamento de Pesca e Oceano do governo canadense, com recomendação de concessão da autorização para prospecção de óleo. O painel também decidiu que o projeto não possuía aptidão para causar impactos adversos ao meio ambiente.⁶² Nesse caso, os autores da ação alegaram, entre outras coisas, que havia um erro no EIA quanto à estimativa de emissões de GEE do projeto.

Julgando a questão, a Corte decidiu que o painel falhou ao não justificar de forma adequada a conclusão de que o projeto não causaria significativos impactos ambientais adversos, bem como ao não considerar adequadamente as medidas de mitigação das emissões de GEE propostas no EIA apresentadas pela companhia de petróleo.

Como se percebe, nesse caso a decisão judicial forçou o governo a oferecer uma justificativa razoável de por que ter considerado que as emissões de GEE do projeto proposto seriam insignificantes, bem como avaliar as eficiências das medidas mitigatórias propostas. Decisões dessa natureza incrementam a transparência do processo decisório governamental e permitem à sociedade civil compreender em sua inteireza os efeitos de um dado projeto, bem como os principais motivos que levaram as autoridades a aprová-los. Tais medidas permitem uma participação pública mais informada e a consequente responsabilização política das autoridades governamentais.

Além disso, quando forçadas a efetivamente considerar as emissões de um dado projeto, as autoridades podem se dar conta de que, efetivamente, o projeto não se encontra em conformidade à legislação nacional, superando decisões baseadas exclusivamente em interesses políticos ou econômicos. Logo, processos judiciais podem ser utilizados no Brasil para forçar que EIA's efetivamente avaliem as emissões de GEE dos projetos propostos, e quando isso não ocorrer, determinar aos agentes

⁶¹ *Pembina Institute for Appropriate Development v. Canada (Attorney General)*, [2008] FC 302.

⁶² Schatz, acima nº 23, 135. the article shows how litigation is being used by claimants to attempt to require government action in reducing greenhouse gas emissions and to force private entities to do the same and to pay damages. Whether a piecemeal approach to climate change engendered through litigation can provide a solution to this global issue remains to be seen. "DOI": "10.1111/j.1467-9388.2009.00635.x", "ISSN": "09628797", "JournalAbbreviation": "Review of European Community & International Environmental Law", "author": [{"family": "Schatz", "given": "Julia"}], "issued": {"date-parts": [{"2009", 7}]}, "locator": "135", "schema": "https://github.com/citation-style-language/schema/raw/master/csl-citation.json"}]

licenciadores que se abstenham de aprovar tais projetos sem que antes os EIA's sejam revistos para incorporar tais considerações. Tais ações podem contribuir decisivamente para o melhoramento, ou até mesmo bloqueio, de projetos que emitam GEE, contribuindo para a mitigação das causas do aquecimento global.

2. Emissões Cumulativas

Em outros casos, ações judiciais podem servir como arma poderosa para forçar estudos de impacto ambiental a levarem em consideração os impactos cumulativos dos projetos propostos com outros projetos já existentes ou em vias de implementação. Esta avaliação é de crucial importância no campo das mudanças climáticas. Como já demonstrado pela ciência, o aquecimento global decorre do efeito cumulativo, no tempo e espaço, de emissões de GEE produzidas por diversas fontes, em todos os cantos do planeta.⁶³ Desconsiderar os impactos cumulativos decorrentes da emissão de GEE significa desconsiderar a própria natureza do problema relacionado às mudanças climáticas.

No caso *Border Power Plant Working Group v Department of Energy*,⁶⁴ uma corte norte-americana decidiu que o estudo de impacto ambiental de um projeto de linhas de transmissão era inválido, eis que não levou em consideração o incremento da geração de GEE que seria causado pelas plantas de geração de eletricidade no México, as quais seriam ligadas ao sistema elétrico da região sul da Califórnia.⁶⁵

Já no caso australiano *Gray v Minister for Planning*, os litigantes questionaram judicialmente a decisão do Diretor Geral do Departamento de planejamento em aprovar o estudo de impacto ambiental submetido pela mineradora de carvão *Anvill Hill*.⁶⁶ De acordo com os autores, a mineradora não considerou em seu EIA o incremento na geração de emissão de GEE por parte dos empreendimentos que consumiriam a produção de sua mina, agora aumentada por conta das ampliações que eram objeto do EIA em questão.⁶⁷ A Corte

⁶³ Peel, acima nº 22, 17.

⁶⁴ *Border Power Plant Working Group v. Department of Energy*, 260 F.Supp. 2d 997, 1006 (S.D. Cal. 2003).

⁶⁵ Preston, acima nº 38, 251.

⁶⁶ *Gray v. Minister for Planning* (2006) 152 LGERA 258 at [100], [125].

⁶⁷ Peel *et al.*, acima nº 17, 493. the number of court cases around the world raising the issue of climate change has increased dramatically, especially in jurisdictions that have not yet adopted effective national responses to climate change, such as Australia and the United States. In these countries, litigation provides an alternative path to encourage mitigation of the causes and adaptation to the effects of climate change. In Australia, much of the litigation, particularly the early climate change cases, has taken place in state courts or administrative tribunals, and has focused on applying existing legislation to require government decision-makers to consider future climate-associated risks in planning decisions. The influence of these cases have been wide reaching, leading to the revision or formulation of government policies on mining and coastal management. Other cases, particularly within federal courts, have been less successful, but have nonetheless highlighted areas in need of law reform. In the United States, recent high-profile cases targeting major sources of greenhouse gas emissions including power stations have raised novel arguments based on common law public nuisance grounds and the public trust doctrine. This article examines the extent to which climate change litigation, mainly in Australia, but also in the United States, has influenced government decision-makers, legislatures, and polluters to curb emissions and adapt to the impacts of climate change." "ISSN": "18786553", "journalAbbreviation": "Climate Law", "author": [{"family": "Peel", "given": "Jacqueline"}, {"family": "Godden", "given": "Lee"}, {"family": "Keenan", "given": "Rodney J."}, {"family": "Presto n", "given": "Brian J."}], "issued": {"date-parts": [{"2011", "12"}]}, "locator": "493", "schema": "https://github.com/citation-style-language/schema/raw/master/csl-citation.json"}]

entendeu que, embora a legislação não mencionasse expressamente a necessidade do EIA em tela considerar o aumento na geração de GEE pelos consumidores do carvão produzido pela companhia, eles deveriam ser analisados como consequência da adoção explícita pela legislação australiana dos princípios da equidade intergeracional e desenvolvimento sustentável.⁶⁸ Como consequência, a decisão do diretor geral aprovando o EIA apresentado pela mineradora de carvão foi considerada inválida.⁶⁹

Decisões como essas ilustram a necessidade de se considerar os impactos decorrentes de um dado projeto em conjunto com outros projetos igualmente emissores de GEE. O impacto daqueles projetos, quando avaliados isoladamente, poderia ser considerado irrelevante, justificando sua aprovação pelas autoridades competentes. No entanto, quando considerados em conjunto com outros empreendimentos, ou levando em conta o aumento de geração de GEE na cadeia de produção, os efeitos cumulativamente considerados podem se apresentar insuportáveis, justificando a não concessão da licença ambiental para o projeto sob escrutínio.

No Brasil, os estudos de impacto ambiental de projetos de larga escala com impactos significativos no meio ambiente devem considerar não só os impactos do empreendimento isoladamente considerado, como também os impactos cumulativos e sinérgicos. Tal necessidade foi estabelecida no artigo 6º, inciso (e), da Resolução Conama 01/1986, o principal ato normativo brasileiro disciplinando os EIA's de projetos de larga escala no Brasil.⁷⁰

Sendo assim, nos casos em que um dado EIA não tenha corretamente avaliados os impactos cumulativos e sinérgicos das emissões de GEE de um dado

⁶⁸ *Idem*, p. 494.

⁶⁹ *Idem*.

⁷⁰ Os artigos 5º e 6º da Resolução 01/1986 estabelecem o conteúdo do estudo de impacto ambiental, que deve conter: I – Contemplar todas as alternativas tecnológicas e de localização de projeto, confrontando-as com a hipótese de não execução do projeto; II – Identificar e avaliar sistematicamente os impactos ambientais gerados nas fases de implantação e operação da atividade; III – Definir os limites da área geográfica a ser direta ou indiretamente afetada pelos impactos, denominada área de influência do projeto, considerando, em todos os casos, a bacia hidrográfica na qual se localiza; IV – Considerar os planos e programas governamentais, propostos e em implantação na área de influência do projeto, e sua compatibilidade. VI – Diagnóstico ambiental da área de influência do projeto, completa descrição e análise dos recursos ambientais e suas interações, tal como existem, de modo a caracterizar a situação ambiental da área, antes da implantação do projeto, considerando: a) o meio físico – o subsolo, as águas, o ar e o clima, destacando os recursos minerais, a topografia, os tipos e aptidões do solo, os corpos d'água, o regime hidrológico, as correntes marinhas, as correntes atmosféricas; b) o meio biológico e os ecossistemas naturais – a fauna e a flora, destacando as espécies indicadoras da qualidade ambiental, de valor científico e econômico, raras e ameaçadas de extinção e as áreas de preservação permanente; c) o meio socioeconômico – o uso e ocupação do solo, os usos da água e a socioeconômica, destacando os sítios e monumentos arqueológicos, históricos e culturais da comunidade, as relações de dependência entre a sociedade local, os recursos ambientais e a potencial utilização futura desses recursos. VII – Análise dos impactos ambientais do projeto e de suas alternativas, através de identificação, previsão da magnitude e interpretação da importância dos prováveis impactos relevantes, discriminando: os impactos positivos e negativos (benéficos e adversos), diretos e indiretos, imediatos e a médio e longo prazos, temporários e permanentes; seu grau de reversibilidade; suas propriedades cumulativas e sinérgicas; a distribuição dos ônus e benefícios sociais; VIII – Definição das medidas mitigadoras dos impactos negativos, entre elas os equipamentos de controle e sistemas de tratamento de despejos, avaliando a eficiência de cada uma delas; IX – Elaboração do programa de acompanhamento e monitoramento (os impactos positivos e negativos, indicando os fatores e parâmetros a serem considerados).

empreendimento, ou como um dado projeto possa vir a incrementar a geração de GEE de outros empreendimentos que com aquele guardem alguma relação na cadeia produtiva, ações judiciais podem servir como um meio de forçar que esses EIA's considerem os impactos cumulativos, mitigando as emissões de GEE.

3. Melhor Tecnologia Disponível (*Best Available Technology*)

Outra maneira de perseguir a mitigação na emissão de GEE no contexto de estudos de impacto ambiental é pressionar as autoridades governamentais a requerer dos empreendedores que avaliem em seus estudos alternativas tecnológicas para seus produtos e processos industriais. Em algumas ocasiões, será possível que diante do empreendedor se apresentem mais de uma tecnologia com diferentes potenciais de mitigação das emissões de GEE. Nessas situações, a autoridade governamental deveria avaliar os benefícios ambientais da tecnologia mais eficiente na mitigação das emissões, bem como seus custos de implementação. E caso os estudos econômicos revelem que a implementação da tecnologia não comprometeria a viabilidade econômica do empreendimento, o governo poderia determinar a obrigatoriedade de sua adoção. Caso o governo não o faça, o Judiciário poderia intervir.

No julgamento do RESP 965-078 – SP,⁷¹ em ação civil pública proposta pelo Ministério Público de São Paulo, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a prática de queima de cana de açúcar antes da colheita seria inconstitucional, já que tecnologias alternativas que poderiam ser utilizadas na colheita, sem necessidade de prévias queimadas, já estariam disponíveis no mercado brasileiro. Afirmou-se também que sua utilização não comprometeria a viabilidade econômica da atividade. A decisão tomou por fundamento o princípio da precaução, princípio este expressamente incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do art. 3º da PNMC.⁷²

Já nos autos da ação civil pública 0000998-81.2012.8.19.0053, que tramitou perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o Ministério Público carioca questionou judicialmente o estudo de impacto ambiental apresentado ao INEA pela Siderúrgica Ternium.⁷³ A siderúrgica formulou requerimento de construção de suas instalações no noroeste fluminense, na cidade de São João da Barra.

Uma das fases do processo de produção de aço consiste na etapa de coqueificação, onde ocorre o aquecimento de carvão para obtenção do coque, insumo que em seguida será utilizado na fabricação do aço. Essa fase do processo libera diversos poluentes atmosféricos, alguns deles perigosos e carcinogênicos, como o benzeno. No caso sob análise, a companhia entendeu por bem adotar o processo de coqueificação

⁷¹ Ministério Público do Estado de São Paulo *versus* Neide Motta e outros, 2006, RESP nº 965.078 – SP.

⁷² Art. 3º. A PNMC e as ações dela decorrentes, executadas sob a responsabilidade dos entes políticos e dos órgãos da administração pública, observarão os princípios da precaução, da prevenção, da participação cidadã, do desenvolvimento sustentável e o das responsabilidades comuns, porém diferenciadas, este último no âmbito internacional, e, quanto às medidas a serem adotadas na sua execução, será considerado o seguinte: [...]

⁷³ Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro *versus* Siderúrgica Ternium, 2012, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nº 0000998-81.2012.8.19.0053.

convencional, em vez da tecnologia conhecida como *heat recovery*. Em suma, a última tecnologia é mais segura e menos poluente que a primeira.

O uso da tecnologia convencional foi admitido pelo órgão ambiental, que assim concedeu a licença prévia, e posteriormente de instalação, ao empreendimento proposto. Diante disso, os promotores alegaram em juízo que a tecnologia *heat recovery* poderia ser adotada pela Siderúrgica Ternium sem comprometimento da viabilidade econômico-financeira do empreendimento, já que tal adoção não importaria em exacerbado incremento dos custos da planta industrial. Em acréscimo, argumentou-se que o réu era uma grande multinacional, dotada de capacidade econômica suficiente para arcar com os custos de utilização da tecnologia menos poluente. Por fim, também foi suscitado pelo Ministério Público que outras siderúrgicas no Brasil já utilizavam a tecnologia *heat recovery*, não havendo justificativa razoável para que a Ternium não fizesse o mesmo.

Inicialmente, a 2ª Vara da Comarca de São João da Barra deferiu o pedido de antecipação de tutela formulado pelo Ministério Público, proibindo o início das obras de construção da siderúrgica. Entre outros argumentos, o magistrado sentenciante alegou que o EIA não continha informações suficientes sobre a tecnologia convencional e a *heat recovery*, tornando impossível que fosse determinado qual das duas tecnologias seria menos impactante ao meio ambiente. A referida decisão foi objeto de Agravo de Instrumento perante o Tribunal de Justiça Fluminense, tendo a decisão de primeiro grau sido mantida por maioria de votos. Posteriormente, a siderúrgica desistiu de construir a planta industrial em São João da Barra.

Embora o benzeno não seja um GEE, o caso ilustra a possibilidade de se litigar com base na necessidade de EIAs levarem em consideração as diferentes tecnologias disponíveis para utilização nos empreendimentos sob avaliação, permitindo que alternativas tecnológicas de determinados produtos e processos industriais sejam escolhidos não somente com base em seus custos, mas também pela sua aptidão em mitigar de forma mais eficaz as emissões de GEE.

IV. Litigando para Adaptar

De acordo com o Painel Intergovernamental de Mudanças Climáticas (IPCC), medidas de adaptação abrangem “medidas tomadas em resposta às mudanças climáticas, com o escopo de reduzir os impactos adversos ou tirar vantagem de oportunidades geradas por essas mudanças”.⁷⁴ Conforme dito linhas acima, a variabilidade climática resultante do aquecimento global impõe severos riscos aos sistemas humanos. Aumento do nível do mar, ondas de calor e tempestades, por exemplo, podem provocar desastres, como deslizamentos de terra e enchentes, causando mortes e desabrigo de pessoas. De forma a reduzir os impactos desses fenômenos sobre os seres humanos, os governos precisam implantar medidas de adaptação.

⁷⁴ LIAN, Koh Kheng; BHULLAR, Lovleen. *Governance on Adaptation to Climate Change in the Asean Region*. (2011) 5(1) Carbon & Climate Law Review 82, 1.

No contexto brasileiro, pretendentes a litigantes no combate às mudanças climáticas devem se familiarizar com os dois principais instrumentos legais de planejamento que lidam com medidas de adaptação: os planos diretores e os planos de contingência.

No nível municipal, o plano diretor é o instrumento essencial de desenvolvimento e expansão urbana. Toda cidade brasileira com mais de 20.000 habitantes deve publicar seu plano diretor. Esse instrumento de planejamento trata de temas como delimitação de zonas urbanas e questões cartográficas do território. Esse instrumento também serve de norte para diversos outros instrumentos legais de ordenação do espaço urbano, como os códigos de obra e leis de uso e ocupação do solo.

A lei nº 10.257/2001, conhecida como estatuto da cidade, enumera o conteúdo mínimo do plano diretor. Essa lei estabelece as diretrizes gerais para a política urbana e de expansão das cidades brasileiras. Em 2012, o estatuto da cidade sofreu uma alteração, tendo sido estabelecido que todos os planos diretores deveriam mapear as áreas sujeitas, ou potencialmente sujeitas, a sofrer enchentes, deslizamentos de terra de grande impacto e outros processos naturais capazes de afetar adversamente as comunidades.⁷⁵

Além dos planos diretores, os planos de contingência constituem outro instrumento legal desenhado para a prevenção e gerenciamento de desastres naturais. Em 2012, o governo federal brasileiro lançou a política nacional de proteção e defesa civil (PNPDC).⁷⁶ Essa política tem por objetivo, entre outros, prevenir e reduzir o risco de desastres, estimular o desenvolvimento de cidades resilientes e identificar e avaliar ameaças de desastres.⁷⁷ De acordo com a PNPDC, todos os municípios listados no registro nacional de cidades sujeitas a grandes catástrofes naturais devem implantar seu plano de contingência. O registro nacional é elaborado e administrado pelo governo federal, e deve abranger todas as cidades potencialmente expostas a desastres naturais de grandes proporções. O desenvolvimento e gerenciamento dos planos de contingência devem ser promovidos pelos municípios listados no registro nacional.

Os planos de contingência, por sua vez, devem conter, entre outras coisas, a responsabilidades das instituições municipais em caso de desastre; definição de sistema de alarmes, frequência de realização de exercícios simulados e outras medidas preventivas e reativas relacionadas a desastres naturais.⁷⁸

Como se pode perceber, os planos diretores e os planos de contingência são ferramentas legais que se complementam no combate a desastres naturais. O plano diretor define as áreas sujeitas a desastres naturais e os planos de contingência estabelecem as medidas preventivas e reativas que devem ser executadas por agentes públicos no caso de ocorrência de catástrofes naturais. Nesse contexto, os governantes e agentes públicos devem considerar os efeitos das mudanças climáticas ao elaborar seus planos diretores e planos de contingência, inclusive quando estiverem analisando

⁷⁵ Lei nº 12.608/2012.

⁷⁶ *National Policy of Protection and Civil Defense (Brazil) Federal Act n 12.340/2010.*

⁷⁷ Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257/2001 artigo 5º.

⁷⁸ Lei nº 12.340/2010.

a construção de empreendimentos em áreas englobadas pelos planos acima listados, eis que os desastres naturais tendem a se exacerbar em decorrência dos efeitos do aquecimento global.

A. Considerando os Riscos Futuros do Aquecimento Global no Desenvolvimento de Planos Diretores e Planos de Contingência

Ao elaborar os planos diretores e planos de contingência, os agentes públicos não devem se concentrar apenas nos eventos passados, mas também nos riscos futuros associados às mudanças climáticas. O Brasil sempre teve alta incidência de eventos naturais com impactos adversos em comunidades, especialmente enchentes e deslizamentos de terra. No entanto, já se prevê, nos próximos anos, o aumento de chuvas torrenciais e elevação do nível do mar, o que pode vir a agravar esses problemas históricos. Logo, esses instrumentos legais de planejamento urbano devem considerar os impactos futuros do aquecimento global.

Essa linha argumentativa encontra suporte na PNMC. O referido ato normativo estabelece que o governo deve implantar medidas de adaptação às mudanças climáticas,⁷⁹ enfrentando os impactos atuais e futuros do aquecimento global.⁸⁰ Além disso, também se estabeleceu que o governo deve observar, quando da elaboração de medidas mitigadoras e de adaptação, os princípios da precaução, prevenção e desenvolvimento sustentável.⁸¹

Esse contexto legal serve de fundamento jurídico para obrigar agentes governamentais, por meio de ações coletivas, a avaliar e enfrentar todos os riscos futuros e previsíveis decorrentes do aquecimento global em seus instrumentos legais de planejamento do território. A PNMC estabeleceu de forma clara e expressa a necessidade de ações governamentais levarem em consideração os riscos futuros do aquecimento global. Em acréscimo, a adoção expressa do princípio da precaução impõe aos governos a adoção de medidas eficientes e eficazes para prevenir ameaças de riscos graves e irreversíveis, mesmo na ausência de certeza científica quanto a sua ocorrência.⁸²

Consequentemente, quando os governos, seja federal, estadual ou municipal, elaborarem medidas regulatórias destinadas a lidar com desastres naturais sem considerar os impactos futuros do aquecimento global, Tribunais poderão ser acionados para que imponham aos reguladores a obrigação de considerar tais fenômenos durante o processo de criação da norma.

Um exemplo colhido dos Estados Unidos pode ajudar a compreender como o Judiciário pode impor a necessidade de tais considerações durante o processo legislativo.

Em *Center for Biological Diversity v. NHSTA*,⁸³ onze estados, a cidade de Nova York e o Distrito de Columbia questionaram judicialmente um regulamento elaborado pela

⁷⁹ Política Nacional de Mudanças Climáticas, Lei nº 12.187/2009 artigo 4, inciso IV.

⁸⁰ *Idem*, artigo 5º.

⁸¹ *Idem*, art. 3º.

⁸² 1992 Rio Declaration on Environment and Development, UN Doc. A/CONF.151/26 (vol. I)/ 31 ILM 874 (1992).

⁸³ *Center for Biological Diversity v. NHSTA*, 538 F.3d 1172 (9th Cir.).

autoridade nacional de segurança rodoviária (NHTS). O regulamento estabeleceu metas de economia de combustível para caminhões leves. De acordo com os autores da demanda, o estudo ambiental que serviu de base para a edição do regulamento em tela não considerou as possíveis emissões da GEE. A corte acolheu o argumento dos autores, decidindo que a regra editada era arbitrária de acordo com a lei de proteção ao meio ambiente (*national environmental protection act*), remetendo o assunto de volta ao NHTS, para que refizesse suas metas levando em consideração as emissões de GEE.

Embora o caso citado se relacione a medidas de mitigação, sua racionalidade pode ser aplicada a casos envolvendo medidas de adaptação. Ao desenvolver seus instrumentos legais destinados a lidar com desastres naturais, em especial os planos diretores e de contingência, os municípios brasileiros devem levar em consideração como os impactos futuros das mudanças climáticas poderão afetar seus territórios.

Por exemplo, o aumento do nível do mar pode aumentar os riscos de inundações em cidades costeiras. Chuvas torrenciais podem aumentar os deslizamentos em determinadas áreas. Logo, cidades devem contar com planos diretores, planos de contingência e outros instrumentos legais aptos a lidar com tais fenômenos, bem como considerá-los ao tomar decisões sobre a expansão dos limites urbanos. Como admitir, por exemplo, que se edite lei determinando como área de expansão urbana parte do território que, talvez em 50 anos, possa estar completamente inundado em função do aumento do nível do mar? Ademais, como prever que determinada área possa estar sob risco de inundação total, no prazo de 50 anos, sem a previa realização de um estudo sério sobre impactos das mudanças climáticas em determinado território?

Na ausência de regulação adequada, as Cortes podem ser chamadas a forçar os Poderes Legislativo e Executivo a não só considerar, como demonstrar que consideraram, os impactos futuros do aquecimento global em suas ações regulatórias e executivas de planejamento do espaço territorial, em especial na confecção de planos diretores e planos de contingência.

B. Considerando os Riscos Futuros das Mudanças Climáticas nos Processos de Licenciamento de Empreendimentos Imobiliários

Ações coletivas também podem ser utilizadas de forma a obrigar agentes públicos a considerarem os impactos futuros das mudanças climáticas ao conceder licenças para empreendimentos imobiliários. Alguns casos colhidos da jurisprudência australiana, tendo por objeto empreendimentos residenciais na área costeira do País, tiveram a oportunidade de enfrentar a questão dos impactos futuros decorrentes do aumento do nível do mar e sua influência em processos de licenciamento de conjuntos residenciais.

Em *Gippsland Coastal Board v. South Gippsland Shire Council*,⁸⁴ o Tribunal Cível e Administrativo do estado de Vitória decidiu que o agente licenciador deveria considerar

⁸⁴ *Gippsland Coastal Board v. South Gippsland Shire Council* [2008] VCAT 1545 (29 July 2008).

os impactos futuros do aumento do nível do mar ao analisar o licenciamento de um empreendimento residencial que se desenvolvia em área com tendência a sofrer alagamentos. De acordo com a corte, inundações deveriam ser consideradas como riscos possíveis e previsíveis, a luz do fenômeno do aquecimento global. Consequentemente, uma abordagem consentânea com o princípio da precaução recomendava o indeferimento da licença de construção, eis que o planejamento urbano daquele território não continha nenhuma consideração acerca dos possíveis riscos relacionados a inundações decorrentes do aquecimento global.

Diga-se, por relevante, que após essa decisão o Estado de Vitória emendou sua legislação urbanística para fazer constar uma seção denominada “gerenciando riscos e impactos costeiros decorrentes das mudanças climáticas”, obrigando os agentes licenciadores a levar em consideração os riscos associados ao aquecimento global ao conceder licenças para novos empreendimentos.⁸⁵

Em *Myers v. South Gippsland Shire Council* (N. 1)⁸⁶, empreendedores imobiliários solicitaram a concessão de licença para subdivir uma área da costa, inserida no interior de um empreendimento residencial. A Corte decidiu que, na ausência de evidências quanto aos possíveis impactos das mudanças climáticas sobre o empreendimento, o empreendedor deveria realizar uma avaliação de vulnerabilidade a riscos da referida área. Em sua decisão, o Tribunal realçou que o empreendimento proposto se localizava em área suscetível a riscos inerentes a áreas costeiras, sendo recomendável, sob um prisma precaucional, que antes da concessão da licença fossem considerados os impactos decorrentes das mudanças climáticas.

Após a realização da avaliação de vulnerabilidade da área em comento, o mesmo empreendimento viu-se envolvido em novo processo judicial, agora denominado *Myers v. South Gippsland Shire Council* (N 2). O estudo realizado demonstrou que, na ausência de esforços de mitigação das emissões globais de GEE, o incremento do aquecimento global geraria efeitos adversos na localidade. Dunas e estradas seriam afetadas por ressacas, inviabilizando qualquer via de acesso ao empreendimento. A luz desses fatos, a Corte negou a concessão de licença ao empreendimento sob o argumento de que não existia, naquele momento, qualquer instrumento legal ou política urbana lidando com aqueles riscos.

As decisões acima realçam a inconveniência em licenciar empreendimentos em áreas sujeitas a enchentes e inundações na ausência de planejamento urbano lidando com os riscos futuros das mudanças climáticas.

No Brasil, o mesmo tipo de ação coletiva poderia ser manejado em face de empreendimentos desenvolvidos em áreas sujeitas a riscos que podem se agravar ainda mais em razão do aquecimento global, cujas cidades não contêm medidas de prevenção e reação em seus planos diretores, de contingência ou demais instrumentos legais de planejamento do espaço urbano.

⁸⁵ Preston, acima nº 38, 253.

⁸⁶ *Myers v. South Gippsland Shire Council* (n 1) [2009] VCAT 1022 (22 June 2009).

Para levar a efeito tais ações coletivas, os litigantes podem acessar o registro nacional de desastres e verificar se suas cidades se encontram listadas no referido registro. Caso esteja, os litigantes podem formular requerimento às prefeituras municipais sobre o mapeamento das áreas de risco e planos de contingência, já que o livre acesso a informações de natureza pública é garantido pela lei de acesso à informação.⁸⁷

Caso se constate a concessão de licença para empreendimentos em área de risco localizada em cidades desprovidas de planos de contingência, ações coletivas poderiam ser propostas. Como fundamento, poderia ser arguido que a ocorrência de desastres naturais, associados ao possível incremento de sua lesividade em decorrência das mudanças climáticas, poderia pôr em risco a integridade física dos que viessem a habitar naquele local, somente elidindo tal possibilidade a realização de um plano de contingência considerando os riscos futuros do local, levando em consideração o aquecimento global.

Finalmente, os órgãos licenciadores não devem se preocupar apenas com os riscos que as mudanças climáticas podem oferecer aos empreendimentos; é preciso também que se considere como determinados empreendimentos podem contribuir para o incremento de riscos que tendem a agravar-se por si só, tão somente em decorrências das mudanças climáticas.

No caso australiano *Walker v. Minister for Planning*,⁸⁸ a Corte do Estado de Nova Gales do Sul analisou um projeto residencial em uma planície costeira sujeita a inundações. A Corte entendeu que o agente licenciador falhou ao conceder licença para o empreendimento sem antes considerar como aquele projeto poderia agravar a tendência de inundação já existente, que provavelmente já se agravaria tão somente em decorrência do aquecimento global.⁸⁹

De fato, determinados empreendimentos podem agravar riscos de desastres naturais já existentes. Um condomínio residencial, por exemplo, pode provocar alterações no terreno diminuindo sua permeabilidade, incrementando o risco de inundações. Outros projetos podem causar instabilidade em encostas, aumentando o risco de deslizamentos. No caso desses projetos, em associação com os impactos futuros do aquecimento global, aumentarem a suscetibilidade de ocorrência de desastres em determinada área, eles não devem ser aprovados. E se tais riscos não forem levados em consideração por agentes licenciadores, litigantes podem adotar medidas judiciais para garantir que tais ações humanas não sejam levadas a cabo sem que antes sejam realizados estudos adequados demonstrando que, associadas aos impactos futuros das mudanças climáticas, tais ações não irão exacerbar o risco de desastres naturais.

⁸⁷ Lei de acesso à informação, Lei nº 12.257/2011 artigo 7, inciso VI.

⁸⁸ *Walker v. Minister for Planning* (2007) 157 LGERA 124.

⁸⁹ *Idem*, parágrafo Segundo da decisão.

V. Transparência e Acesso à Informação sobre Financiamento Público de Atividades Poluidoras

Outra forma de combater o aquecimento global é garantir o acesso à informação sobre projetos que emitam GEE. Ações coletivas podem ser usadas de forma a revelar publicamente o financiamento de ações que sejam capazes de aumentar a geração de GEE, aumentando a pressão popular sobre tais investimentos. Em 2004, duas organizações não governamentais alemãs ajuizaram uma ação desta natureza em face do Ministro da Economia e do Trabalho.⁹⁰ Nesse caso, os autores solicitaram à Corte que determinasse ao réu que revelasse publicamente as emissões de GEE geradas por projetos financiados pela agência de exportação de crédito Euler Hermes AG. No curso do processo, as partes celebraram acordo e o réu concordou em revelar publicamente diversas informações quanto a projetos financiados pela agência, como produção de energia dos empreendimentos, origem e tipo de combustível utilizado e valor dos créditos concedidos.

No Brasil, esse tipo de litigância poderia ser utilizado, por exemplo, em face do BNDES, o principal órgão de financiamento de empreendimentos públicos e privados. De acordo com a organização não governamental Conectas, o BNDES possui um histórico de negar acesso público a suas operações, escorando-se na Lei 101/2005 e suas provisões sobre sigilo bancário, bem como nas exceções da lei de acesso à informação.⁹¹

A Conectas apontou significativa ausência de informações satisfatórias nos relatórios técnicos do banco sobre a viabilidade, riscos sociais e ambientais dos projetos financiados pela instituição.⁹² Esse tipo de informação é crucial para permitir o controle social de como a instituição está avaliando os impactos sociais e ambientais dos projetos financiados.

No entanto, no fim de 2014, a Justiça Federal determinou ao BNDES que revelasse publicamente informações sobre seus financiamentos de programas, projetos, construções, serviços públicos e privados.⁹³ Essa decisão é extremamente relevante, na medida em que empodera a sociedade civil para avaliar, influenciar e desenhar ações estatais que possam afetar o clima de forma adversa.⁹⁴

Acesso à informação é imprescindível para que a população possa se envolver em discussões dessa natureza. Como estabelecido no art. 10 da Declaração do Rio, as questões ambientais são melhor tratadas com o envolvimento de todos os cidadãos interessados, e no nível nacional, todo cidadão deve ter acesso à informação relacionada ao meio ambiente em poder de autoridades públicas.⁹⁵

⁹⁰ Burns and Osofsky, *above n 7*.

⁹¹ Conectas Direitos Humanos, *Transparência do BNDES – Conectas Human Rights*. <<http://www.conectas.org/en/actions/business-and-human-rights/news/25315-transparency-at-the-bndes>>.

⁹² *Idem*.

⁹³ *Idem*.

⁹⁴ FITZMAURICE, Malgosia. Environmental Degradation. In: MOECKLI, Daniel et al. (Eds.). *International Human Rights Law*. Oxford University Press, 2nd ed., 2014. 603.

⁹⁵ 1992 *Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*, UN Doc. A/CONF.151/26 (vol. I)/ 31 ILM 874 (1992).

Essa decisão bem ilustra uma possível estratégia judicial no campo das mudanças climáticas. Sob tal fundamento, litigantes podem ajuizar ações coletivas em face do BNDES solicitando o acesso público a dados essenciais de projetos financiados, incluindo aqueles dados relacionados a emissões de GEE. Financiamento de termoeletricas e outros projetos danosos ao clima poderiam ser expostos publicamente, fomentando debates sobre energias renováveis e aumentando a pressão para redução de investimentos e subsídios em projetos que contribuam para o aquecimento global e violem as disposições da PNMCM.

VI. Conclusão

A utilização de ações coletivas no campo das mudanças climáticas aumentou drasticamente a partir de 2006, tanto em número, quanto em sofisticação.⁹⁶ Esse artigo explorou possíveis estratégias judiciais para combater o aquecimento global, abordando cursos de ação que permitam ao Judiciário interferir em ações governamentais sem violar o princípio da separação dos poderes.

Três campos para utilização de ações coletivas foram abordados. Eles se referem a medidas de mitigação, adaptação e acesso à informação.

No campo da mitigação, processos judiciais podem servir como um instrumento de pressão sobre agentes públicos, forçando-os a adotar medidas de mitigação das emissões de GEE, sem, contudo, violar a discricionariedade desses poderes para solucionar tais questões. Processos judiciais podem também ser utilizados para combater o desmatamento ilegal e pressionar proprietários rurais a reflorestar suas propriedades. Por fim, ações coletivas podem ser ajuizadas em face de agentes públicos para que levem em consideração as mudanças climáticas ao planejar o ordenamento dos espaços urbanos ou analisar estudos de impacto ambiental de projetos específicos, intervindo inclusive na tecnologia a ser adotada pelos empreendimentos sob análise.

Medidas de adaptação também podem ser adotadas ou aperfeiçoadas por força de intervenções judiciais. Ao obrigar agentes públicos a considerarem os impactos do aquecimento global ao elaborar planos diretores e planos de contingência, ou ao conceder licenças para empreendimentos, o Judiciário contribui para que se aperfeiçoe o debate sobre as medidas necessárias para preparar os sistemas naturais e humanos para os impactos decorrentes do aquecimento global.

Finalmente, o artigo explorou o papel do Judiciário em viabilizar o acesso à informação sobre financiamento público de projetos que contribuam para o aquecimento global, permitindo à sociedade participar do debate sobre tais projetos e permitindo que governos sejam responsabilizados politicamente por suas decisões que afetem adversamente o clima.

As mudanças climáticas configuram uma área complexa do direito, demandando a participação de vários atores para mitigar sua causa e reduzir as consequências danosas

⁹⁶ Butti, acima nº 40, 32.

de seus impactos adversos. Se é verdade que as principais decisões de combate ao aquecimento global devem ser tomadas pelos Poderes Legislativo e Executivo, não é menos verdade que o Judiciário tem um importante papel a desempenhar nesse desafio global. As cortes não devem estabelecer elas próprias as medidas necessárias para equacionar o problema das mudanças climáticas, mas podem pressionar os poderes políticos e o setor privado a adotarem medidas eficazes quando barreiras políticas e econômicas impedirem esses atores de adotarem medidas eficazes de forma voluntária.

Bibliografia

BOEHRINGER, Christoph. Two Decades of European Climate Policy: A Critical Appraisal. (2014) 8(1) *Review of Environmental Economics and Policy* 1.

BURNS, William C.G.; OSOFSKY, Hari M. (Eds.). *Adjudicating Climate Change: State, National, and International Approaches*. Cambridge University Press, 2009. <<http://dx.doi.org.ezp.lib.unimelb.edu.au/10.1017/CBO9780511596766>>.

BUTTI, Luciano. *Tortuous Road to Liability: A Critical Survey on Climate Change Litigation in Europe and North America*, The. (2010) 11 *Sustainable Dev. L. & Pol'y* 32.

FITZMAURICE, Malgosia. Environmental Degradation. In: Daniel Moeckli *et al.* (Eds.). *International Human Rights Law*. Oxford University Press, 2nd ed. 2014.

GRAY, Wayne B.; SHIMSHACK, Jay P. The Effectiveness of Environmental Monitoring and Enforcement: A Review of the Empirical Evidence. (2011) 5(1) *Review of Environmental Economics and Policy* 3.

LIAN, Koh Kheng; BHULLAR, Lovleen. *Governance on Adaptation to Climate Change in the Asean Region*. (2011) 5(1) *Carbon & Climate Law Review* 82.

LOVINS, Amory B. A Farewell to Fossil Fuels: Answering the Energy Challenge. (2012) 91(2) *Foreign Affairs* 134.

MILLNER, Felicity; RUDDOCK, Kirsty. Climate Litigation: Lessons Learned and Future Opportunities. (2011) (1) *Alternative Law Journal* 27.

NEWTON, Peter W. Liveable and Sustainable? Socio-Technical Challenges for Twenty-First-Century Cities. (2012) 19(1) *Journal of Urban Technology* 81.

OSOFSKY, Hari M. Continuing Importance of Climate Change Litigation, The. (2010) 1 *Climate Law* 3.

PARDO, David W. Judiciary and Environmental Public Policies: The “significant Compromise” as a Model of Action. (2013) 72 *Environmental Law Journal* 161.

PEEL, Jacqueline. *Issues in Climate Change Litigation [Article]*. [2011] (1) *Carbon & Climate Law Review* 15.

PEEL, Jacqueline *et al.* *The Influence of Climate Change Litigation on Governments and the Private Sector*. (2011) 2(4) *Climate Law* 485.

PINTO, Vitor. *Urban Law Master Plan and Property Rights*. Thomsom Reuters, 4th ed., 2014.

PRESTON, Brian J. Climate Change Litigation (Part 2) [Article]. [2011] (2) *Carbon & Climate Law Review* 244.

PRESTON, Brian J. The Contribution of the Courts in Tackling Climate Change. (2016) 28(1) *Journal of Environmental Law* 11.

SÁNCHEZ, Luis Enrique. *O Processo de Avaliação de Impacto Ambiental, Seus Papéis e Funções*. A efetividade da avaliação de impacto ambiental no Estado de São Paulo: uma análise a partir de estudos de caso. São Paulo: Secretaria do Meio Ambiente, 13, 1995.

SCHATZ, Julia. Climate Change Litigation in Canada and the USA. (2009) 18(2) *Review of European Community & International Environmental Law* 129.

SEROA DA MOTTA, Ronaldo (Ed.). *Mudança Do Clima No Brasil: Aspectos Econômicos, Sociais e Regulatórios*. Ipea, 2011.

SHELTON, Dinah. State and Local Efforts to Address Climate Change in the United States Federal Systems. In: *Comparative Environmental Law (Direito Ambiental Comparado)*. Editora Fórum, 2008.

STAVINS, R. N. Market-Based Environmental Policies. In: *Public Policies for Environmental Protection (Resources for the Future)*.

Painel Intergovernamental de Mudanças Climáticas das Nações Unidas (IPCC). *Relatório síntese de mudanças climáticas para agentes governamentais*. (quinto relatório de avaliação (AR5), 2014).

WILKINSON, Sara J. *Conceptual Understanding of Sustainability in the Australian Property Sector*. (2013) 31(3) *Property Management* 260.

Adaptation and Mitigation - Responses to Climate Change <http://know.climateofconcern.org/index.php?option=com_content&task=article&id=142>.

Ministério do Meio Ambiente, Planos Setoriais de Mitigação e Adaptação. <<http://www.mma.gov.br/clima/politica-nacional-sobre-mudanca-do-clima/planos-setoriais-de-mitigacao-e-adaptacao>>.

Conectas Direitos Humanos, Transparência no BNDES. <<http://www.conectas.org/en/actions/business-and-human-rights/news/25315-transparency-at-the-bndes>>.

Números Do Cadastro Ambiental Rural – Serviço Florestal Brasileiro – SFB <<http://www.florestal.gov.br/cadastro-ambiental-rural/numeros-do-cadastro-ambiental-rural>>.

Política Nacional Sobre Mudança Do Clima. <<http://www.mma.gov.br/clima/politica-nacional-sobre-mudanca-do-clima>>.

O Protagonismo Judicial e o Superendividamento dos Consumidores no Brasil

Guilherme Magalhães Martins*

Laila Natal Miguel**

Stella de Souza Ribeiro de Araujo***

Sumário

1. Introdução. O Protagonismo Judicial. 2. O Superendividamento dos Consumidores no Brasil. 3. O Projeto de Lei nº 283/2012 e a Regulamentação do Superendividamento no Brasil. 4. Conclusão. Bibliografia.

1. Introdução. O Protagonismo Judicial

A inércia legislativa na concretização dos valores fundamentais abraçados pela Constituição da República enseja o protagonismo judicial, numa situação de aparente conflito com o princípio da separação de poderes, principalmente quando busca fazer valer a supremacia de princípios constitucionais¹.

O protagonismo judicial vem sendo relacionado à realidade brasileira em razão da dificuldade na efetivação dos direitos fundamentais.² O Judiciário tem decidido sobre temas em constante evolução³, exercendo uma atividade criativa e construtiva, abordada pela doutrina do ponto de vista interpretativo⁴.

* Doutor em Direito Civil pela UERJ. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Professor adjunto de Direito Civil da Faculdade Nacional de Direito - UFRJ. Diretor do Instituto Brasilcon.

** Bacharel em Direito pela Faculdade Nacional de Direito - UFRJ. Advogada.

*** Bacharel em Direito pela Faculdade Nacional de Direito - UFRJ. Advogada.

¹ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Consultor Jurídico, 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=5>. Acesso em: 19 nov. 2015.

² Como ensina Pérez Luño, "*los derechos fundamentales son parte del núcleo definitorio de la propia Constitución, cuya permanencia se hace necesaria para mantener y salvaguardar la propia identidad del texto constitucional*". PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 10ª ed. Madrid: Tecnos, 2011. p. 64.

³ Relevante tema tratado no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF) diz respeito ao conteúdo e eficácia da decisão no Mandado de Injunção, cabendo a indagação se seria papel da Corte Suprema apenas proferir decisão no sentido de determinar que a lacuna normativa seja sanada pelo poder omissivo; ou se seria o caso de permitir ao Judiciário suprir imediatamente a omissão. Os que se filiam à segunda posição afirmam que o art. 5º, LXXI da CF/1988, permite que se garantam diretamente os direitos omitidos. Contudo, a posição que prevaleceu foi a de que haveria apenas uma eficácia mandamental com base nos princípios da legalidade e da separação de poderes. Não obstante, em julgados a partir de 2007, o STF passou a fornecer maior eficácia à garantia processual, mudando de posição, inclusive formulando diretamente a norma faltante reclamada. Em: NAVARRO PEREZ, Carlos. *Relação Entre o Ativismo Judicial e a Atuação deficiente do Poder Legislativo – Altruísmo a Desserviço da Democracia*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. vol. 78, 2012.

⁴ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo Direito e Justiça Distributiva*: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

Diversas questões de grande repercussão política e social vêm sendo enfrentadas pelo Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais, Legislativo e Executivo. Entre elas, demandas que envolvem pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3.150), a descriminalização da maconha (RE 635659), aborto de feto anencéfalo (ADPF 54), e o fornecimento de medicamentos pelo Sistema Único de Saúde (AgRg no Ag nº 553.712/RS).

Nos casos de omissão ou inércia do legislador, principalmente, parece não haver outro caminho que não uma postura ativa do juiz quando se defronta com estes "*hard cases*"⁵, visto que a espera por uma posição legislativa para solução do caso pode ser danosa à sociedade⁶.

O suprimimento da omissão legislativa por meio da criação jurisprudencial da norma faltante, com ênfase no caso de superendividamento do consumidor, é o objetivo do presente estudo.

Para Mauro Cappelletti, não há antinomia entre as atividades de legislar e de julgar, visto que se cria em função da necessidade de preencher lacunas derivadas do processo legislativo por meio da interpretação⁷.

Ademais, para além da manutenção da segurança jurídica, compreender as atribuições do juiz hodiernamente, em uma sociedade pós-moderna e envolta pelo hiperconsumo, é de grande importância para se definir o tipo de sociedade que desejamos construir a partir da que já possuímos.

Em face de um Estado que frequentemente não cumpre suas responsabilidades, para Hirschl, "a judicialização da política é recurso cada vez mais utilizado por tribunais para o enfrentamento de importantes dilemas morais, questões de política pública e controvérsias políticas"⁸.

No Estado Democrático de Direito o Judiciário encontra-se constitucionalmente vinculado à política estatal. Quando este é convocado para exercer o controle de uma política pública, considera-se que está exercendo o controle constitucional com base no artigo 3º da Constituição Federal, incidindo sobre a realidade social⁹.

Luís Roberto Barroso destaca, após a Segunda Grande Guerra, em considerável parte dos países ocidentais, o importante papel desempenhado pela justiça constitucional em face do tradicional espaço dedicado à política no âmbito dos poderes Legislativo

⁵ Para Ronald Dworkin, os "*Hard Cases*" ou casos difíceis são aqueles em que não há decisões judiciais ou práticas sociais inequívocas sobre determinado tema. Nesse caso, o autor argumenta que ainda assim o juiz tem o dever de analisar e descobrir os direitos das partes, o que não quer dizer que exista um método mecânico para atingi-lo. Sua teoria da decisão, portanto, se basearia em identificar uma moralidade comunitária formada pela moralidade política que as leis e as instituições da comunidade pressupõe. Em: DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 197.

⁶ CARVALHO FARIAS, Rachel Nunes. O Ativismo Judicial e a Ingerência do Poder Judiciário na Escolha de Políticas Públicas. *Revista dos Tribunais Nordeste*. RTNE, 2014. p. 127-150.

⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993. p. 21.

⁸ HIRSCHL, Ran. *The Judicialization of Politics*, Oxford, 2009. p. 140.

⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle de Políticas Públicas Pelo Poder Judiciário. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, ano 33, nº 164, out. 2008. p. 13-14.

e Executivo. Os textos constitucionais notadamente principiológicos albergam uma nova perspectiva do direito. Entende-se, portanto, que a interpretação do direito legislativo pelo Judiciário possui algum grau de criatividade. Isto ocorre tendo em vista que a atividade legislativa constantemente apresenta certas lacunas que permitem ambiguidades que devem ser completadas pelo juiz¹⁰.

Desta forma, para que o Judiciário seja capaz de cumprir com seu papel de garantidor de direitos, ao juiz compete muitas das vezes impreterível constitucionalização a partir da aplicação direta dos princípios, buscando garantir a própria força normativa da Constituição. Sendo assim, na concretização de direitos fundamentais, o juiz deve apresentar soluções à altura da complexidade dos fatos.

O texto constitucional se dirige à realização da personalidade e à tutela da dignidade da pessoa humana através de uma ótica extrapatrimonial nas relações privadas, o legislador em muitos casos deve, portanto, funcionalizar a proteção de situações jurídicas tradicionalmente disciplinadas sob uma ótica exclusivamente patrimonial aos valores existenciais consagrados na Constituição da República.¹¹

Se o ordenamento jurídico transmuda-se para colocar no ser humano a sua motivação, significa que os três pilares do Direito Civil, a família, a propriedade e o contrato, devem ser examinados à luz dos dispositivos constitucionais, tendo sempre a dignidade da pessoa humana como norte, para que esta não se torne mercadoria.

É notável o déficit, sofrido pela maioria da população brasileira, entre direito posto e efetivo, sob o ponto de vista do exercício de uma existência digna. Quando os textos constitucionais incorporam princípios e objetivos, abrem espaço para a construção no plano normativo de interpretações construtivistas judiciais, justificando-se, portanto, o próprio protagonismo da instituição, principalmente nos casos de omissão legislativa.

O objetivo do protagonismo não é o fomento de uma supremacia institucional, mas a efetivação de direitos fundamentais constitucionalmente resguardados.

2. O Superendividamento dos Consumidores no Brasil

No caso em destaque, o superendividamento dos consumidores é um fenômeno econômico-social, endêmico à sociedade de consumo, que atinge a pessoa física que de boa-fé contraiu crédito. Trata-se de uma situação em que o consumidor encontra-se de tal forma endividado, que não conseguiria pagar as prestações sem comprometer o mínimo existencial necessário ao seu sustento e de sua família¹².

A oferta desmedida de crédito, aliada às peculiaridades da sociedade moderna, à atordoante velocidade dos meios de transmissão de informações, à rápida evolução

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Consultor Jurídico, 2008b. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 19 nov. 2015.

¹¹ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 10.

¹² CARPENA, Heloisa. Contornos atuais do superendividamento. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.). *Temas de Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 232.

tecnológica e aos métodos invasivos e agressivos de publicidade vem compelindo o consumidor a consumir cada vez mais, em ritmo veloz, de forma que seus rendimentos não são mais suficientes para manter o ciclo de compra e descarte. Assim, passa a adquirir crédito de forma não sustentável, até atingir a situação de superendividamento.

As instituições financeiras, por sua vez, violam os deveres anexos de conduta da boa-fé objetiva, oferecendo crédito “sem burocracia” e sem consulta prévia aos órgãos de proteção ao crédito a consumidores que não têm condição efetiva de adimplir com suas obrigações (*subprime market*). A rentabilidade desse tipo de operação é garantida pelas altas taxas de juros cobradas do consumidor e pelo baixo risco do empréstimo consignado com desconto em folha de pagamento.

O ordenamento jurídico brasileiro hoje não possui legislação específica para tratar e prevenir o superendividamento, embora o Judiciário venha aplicando as normas gerais do Código de Defesa do Consumidor relativas à boa-fé objetiva e ao equilíbrio contratual. No entanto, por ocasião da apresentação deste trabalho, foi aprovado pelo Plenário do Senado Federal o Projeto de Lei nº 283/2012, que visa a atualizar o Código de Defesa do Consumidor, dispondo sobre o superendividamento.

Sob a ótica dos consumidores, o crédito pode ser a representação da inclusão social, da oportunidade de investimento, da organização da economia familiar, do acesso a bens indicadores de qualidade de vida, da autonomia financeira e do perfil empreendedor dos indivíduos, valioso instrumento de combate à desigualdade e à pobreza, e mesmo de incentivo à emancipação feminina, como demonstrado pela experiência de Muhammad Yunus com o *Grameen Bank*, e também por outras iniciativas nacionais, como o Banco Pérola¹³.

Igualmente, o crédito, do ponto de vista macroeconômico, traz diversos benefícios. Ao propiciar a expansão do consumo, o crédito obriga as empresas a produzir em maior escala e a empregar mais, aumentando o poder de compra da população e gerando crescimento. Em algumas das economias mais pujantes do planeta, o valor dos empréstimos ultrapassa o PIB, relação que impulsiona a atividade produtiva, gerando renda e progresso¹⁴.

Claudia Lima Marques, professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e expoente brasileiro no tema, aponta que endividar-se, isto é, ter uma dívida frente a um fornecedor, é um fato inerente à vida na sociedade de consumo, faz parte da liberdade das pessoas no mercado, integra o “ser consumidor” em todas as classes sociais.¹⁵

¹³ Criado em outubro de 2009 na cidade de Sorocaba/SP por Alessandra França, o Banco Pérola é uma Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) sem fins lucrativos, voltada para a concessão de Microcrédito Produtivo Orientado (MPO) a jovens empreendedores que não conseguiriam empréstimo no sistema financeiro tradicional. Em janeiro de 2013, o Pérola apoiava 341 negócios e emprestava valor superior a um milhão de reais. Cf. <<http://www.bancoperola.org.br/site>>. Acesso em: 05 jun. 2015.

¹⁴ Em 2005, a relação empréstimos/PIB dos Estados Unidos era de 260%. Outros países de forte economia seguem a mesma tendência, valendo citar o Reino Unido, com 166%, a Alemanha, com 112%, o Japão, com 99% e a França, com 94%. Nesse mesmo ano, a relação no Brasil foi de 31%.

Cf. SOARES, Marden Marques; MELO SOBRINHO, Abelardo Duarte de. *Microfinanças: o papel do Banco Central do Brasil e a importância do cooperativismo de crédito*. Brasília: Banco Central do Brasil, 2008.

¹⁵ MARQUES, Claudia Lima. Fundamentos científicos da prevenção e tratamento do superendividamento. In: BRASIL, Ministério da Justiça. *Prevenção e tratamento do superendividamento* – caderno de investigações

Para a mesma autora, o Brasil, na condição de economia de mercado em desenvolvimento, é uma economia de endividamento, e não de poupança. Esse perfil tem como característica o alto gasto do consumidor com despesas básicas (moradia, alimentação, fornecimento de água e energia, transporte, vestimentas), necessitando de crédito para adquirir bens de maior valor. Numa economia voltada à poupança, por sua vez, o consumidor não gasta todo seu orçamento familiar com despesas de subsistência, e pode então reservar uma quantia, planejar-se, e esperar até que o valor investido seja retirado para consumir os bens e serviços que deseja¹⁶.

Em que pesem as mencionadas vantagens do crédito, este, tal como Jano, o deus romano de dois rostos, pode apresentar uma outra face oposta à primeira, obscura sob a sombra da exclusão social, da miserabilidade, do excesso de dívidas e da estagnação econômica. É a tênue linha que separa o endividamento do superendividamento, o empreendedorismo da servidão, o crescimento econômico da quebra financeira.

Metáfora proposta por Claudia Lima Marques, endividamento e crédito são duas faces de uma mesma moeda, que só é produtiva (só “sorri”) quando está na vertical e em movimento, girando e mostrando ao mesmo tempo as duas caras. Esse movimento perpétuo, no entanto, exige um equilíbrio difícil de conseguir, tombando a moeda e deixando apenas a face do endividamento para cima: o consumidor cai no inadimplimento individual, refletindo no orçamento de sua família. Quando, porém, muitas moedas caem ao mesmo tempo, desencadeiam uma crise na sociedade, desacelerando a economia¹⁷.

Clarissa Costa de Lima, seguindo a mesma linha, expõe as duas faces do superendividamento:

No plano jurídico, o endividamento é constituído pelo conjunto do passivo, ou seja, o saldo devedor de uma família com origem apenas em uma dívida ou mais do que uma dívida simultaneamente, denominando-se, neste último caso, de multiendividamento. O endividamento não é um problema em si mesmo, quando ocorre num ambiente favorável de crescimento econômico, queda de juros e, sobretudo, se não atingir camadas sociais com rendimentos próximos do limiar da pobreza. Todavia, o endividamento assume uma dimensão patológica, com repercussões econômicas, sociais, psicológicas e até médicas, quando o rendimento familiar não é mais capaz de suportar o cumprimento dos compromissos financeiros.

científicas. Brasília: Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor/Secretaria de Direito Econômico, 2010. p. 17-37. Disponível em: <http://www.vidaedinheiro.gov.br/docs/Caderno_Superendividamento.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2015.

¹⁶ MARQUES, Claudia Lima. *Fundamentos científicos da prevenção e tratamento do superendividamento*, op.cit., p. 17.

¹⁷ MARQUES, Claudia Lima. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In: MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI; Rosângela Lunardelli (Coord.). *Direitos do consumidorendividado: Superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Nesse caso, o endividamento é identificado no direito comparado como superendividamento, falência ou insolvência dos consumidores¹⁸.

Nos casos mais graves, as dívidas superam o patrimônio do devedor¹⁹, impossibilitando o pagamento. O superendividado passa a carregar o estigma do “devedor”, enfrentando dificuldades para se reinserir no mercado de trabalho, numa rotina de marginalização e punição. Incluído nos cadastros de restrição ao crédito, não consegue celebrar novos contratos. A situação extrapola a pessoa do consumidor, se tornando fonte de tensões na família e acarretando defasagem na educação dos filhos, das crises conjugais, dos problemas de saúde, da baixa produtividade no trabalho. Anulado pelo mercado e transformado em “refugio humano²⁰”, gera alto custo social e demanda dos poderes públicos uma solução a fim de contornar a miserabilidade completa.

Estimulados a consumir cada vez mais e a contratar sempre mais crédito, muitos consumidores fatalmente irão depositar mais confiança do que deveriam na prosperidade econômica e na garantia de seu trabalho, comprometendo-se demasiadamente. Quando, porém, a saúde, o mercado de trabalho, a psique e a economia do país não se encontram na mais perfeita ordem, as quantias generosamente emprestadas pelos bancos já não podem ser devolvidas nos termos iniciais.

É então que a sociedade de consumo, antes acolhedora, prestativa e calorosa, vira as costas ao consumidor, que falhou na missão que lhe foi confiada. Não dispõe mais de poder de compra para manter o ritmo de vida capitalista, seu trabalho não é suficiente para quitar seus débitos, não pode mais comprar. A face do mercado o contempla cruel, reprovadora, inquisitiva. Os outros consumidores o enxergam como um infeliz que não soube administrar suas finanças, um exemplo do que devem temer e evitar, à sua semelhança ou não.

Introduzido na academia brasileira a partir dos anos 90, com os estudos norteados no direito comparado conduzidos por Claudia Lima Marques²¹, José Reinaldo de Lima

¹⁸ LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. *Superendividamento aplicado: aspectos doutrinários e experiências no Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 26-28.

¹⁹ Sophie Gjídara, citada por Clarissa Costa de Lima, aponta que a visão tradicional da gestão do patrimônio referia-se quase sempre aos bens da família, sendo compreendidos como uma estratégia de investimento. Após a banalização do crédito, no entanto, a gestão patrimonial tornou-se global e evolutiva, integrando não apenas o ativo mas também o passivo. A partir de então, o patrimônio ultrapassa largamente o conceito de economia, para se adaptar à situação financeira de seu detentor. Cf. GJIDARA, Sophie. *L'endettement et le droit privé*. Paris: LGDJ, 1999. p. 143. *Apud* LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. *Superendividamento aplicado: aspectos doutrinários e experiências no Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 14.

²⁰ BAUMAN, Zygmunt. *Vida a crédito*. Tradução de Alexandre Werneck. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

²¹ MARQUES, Claudia Lima. Os contratos de crédito na legislação brasileira de proteção ao consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 18, p. 53 e ss., abr.-jun. 1996.

Lopes²², Márcio Mello Casado²³ e Geraldo de Faria Martins da Costa²⁴, o fenômeno do superendividamento dos consumidores, a despeito da multiplicação de casos levados ao Judiciário e da atenção dedicada pela doutrina, ainda não recebeu a atenção devida pelo legislador, carecendo a matéria de regulação efetiva.

Pouco depois da entrada em vigor da Lei nº 8.078/1990, nascia na doutrina nacional a preocupação de que o Código não conseguisse abranger a escalada crescente do potencial danoso da sociedade de mercado, impulsionada pelo desenvolvimento acelerado da produção e venda em massa e das tecnologias.²⁵

Inspirada pela doutrina francesa, Claudia Lima Marques considera o superendividamento como fenômeno social e jurídico, que “pode ser definido como a impossibilidade global do devedor pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com o Fisco, oriundas de delitos e de alimentos)²⁶”.

Muitos são os fatores que contribuem para a verdadeira epidemia de casos de consumidores superendividados em todo o mundo, valendo citar o desejo construído pelo *marketing*, que alimenta o consumo-distração e o consumo-sedução, oferecendo ao consumidor uma “válvula de escape” das tensões do dia a dia²⁷; a lógica-moda e a hipersegmentação do mercado, produzindo produtos cada vez mais específicos para cada nicho de consumo e promovendo a rápida sucessão dos objetos, que têm sua durabilidade (tanto física como estética) diminuída, alimentando a corrida inovacionista e o ciclo crescente de necessidades²⁸; a “cultura do agora²⁹”, que estimula a vida plena no

²² LOPES, José Reinaldo de Lima. Crédito ao consumidor e superendividamento – uma problemática geral. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 17, p. 57-64, jan.-mar. 1996.

²³ CASADO, Márcio Mello. Os princípios fundamentais como ponto de partida para uma primeira análise do sobre-endividamento no Brasil. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 33, p. 130-142, jan.-mar. 2002.

²⁴ COSTA, Geraldo de Faria Martins da. *Superendividamento*. A proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

²⁵ É nesse contexto que José Reinaldo de Lima Lopes traz a lume a discussão sobre os problemas do crédito e do superendividamento que, embora já regulados com legislação específica nos Estados Unidos e em diversos países da Europa, ainda não haviam sido estudados a fundo no Brasil. Em janeiro de 1996, a Revista de Direito do Consumidor publica seu primeiro artigo dedicado ao tema, que traz o conceito de superendividamento e faz ponderações sobre a ausência de positivação do fenômeno no Brasil. Nas palavras do autor, “trata-se do fenômeno social (e não apenas pessoal) da inadimplência dos consumidores por ultrapassarem sua capacidade de consumo a crédito. Em geral, a questão, do ponto de vista do direito, é tratada como um problema pessoal (moral, muitas vezes) cuja solução passa apenas pela execução pura e simples do devedor. Esquece-se que o endividamento depende de que o consumidor tenha tido acesso ao crédito (responsabilidade do credor), que tenha sido estimulado e incentivado a consumir e a consumir a crédito, que tenha sido vítima, em certos casos, de uma força maior social, qual seja uma recessão, uma onda de desemprego (hoje em dia desemprego *estrutural* crescente, dado o *jobless growth*”. LOPES, José Reinaldo de Lima. Crédito ao consumidor e superendividamento – uma problemática geral. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 17, p. 57-64, jan.-mar. 1996. p. 59.

²⁶ MARQUES, Claudia Lima. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In: MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). *Direitos do consumidor endividado: Superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

²⁷ LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal* – Ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. Tradução de Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

²⁸ *Idem*, *Ibid*.

²⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

momento presente, um *carpe diem* pós-moderno que rejeita os hábitos de economia e poupança; a popularização do crédito e do acesso à Internet, possibilitando ao consumidor comprar em qualquer lugar e a qualquer hora, mesmo sem dinheiro e sem contato direto com os produtos; a necessidade de aceitação e integração social, o desejo de pertencer a um grupo, a construção da identidade pelos signos do consumo; o medo do ostracismo, da marginalização e do ridículo³⁰; e também a alienação entre o *eu comprador* e o *eu pagador* na compra a crédito, dissociando o prazer da compra do sacrifício do pagamento³¹.

O panorama da economia nacional em 2015 também pode fornecer pistas para a compreensão da multiplicação de casos de superendividamento: os fatores conjunturais, como o desemprego e o aumento da inflação e do custo de vida apresentam significativo impacto no orçamento das famílias, que – muitas vezes já vivendo no limite de seus rendimentos – veem como única alternativa a contratação não planejada de crédito.

Contrariamente à tendência de queda na inadimplência consolidada desde 2009³², o cenário em 2015 se mostra bem diferente da evolução até então registrada. A inadimplência aumentou substancialmente, constando nos indicadores do Serviço de Proteção ao Crédito (SPC Brasil) que, em abril deste ano, a lista de devedores negativados contava 55,3 milhões de consumidores, número equivalente a quase um quarto (37,9%) da população economicamente ativa (entre 18 e 95 anos). O segmento “Bancos” detém quase a metade das dívidas, com 48,43% da participação, seguido do “Comércio”, com 20,1% e “Comunicação”, com 15,23%³³. O número total de dívidas também aumentou, com alta de 5,02% em relação a 2014, estabelecida a média em mais de duas dívidas (2,11) para cada devedor, maior patamar dos últimos três anos³⁴.

Esse aumento na inadimplência pode ser atribuído a uma série de causas que, consideradas em conjunto, mostram a face periclitante da concessão e contratação desordenadas de crédito: aumento da inflação, que em abril de 2015 havia crescido 8,34% nos últimos 12 meses, encarecendo os produtos de consumo do dia a dia,

³⁰ _____. *Vida a crédito*. Tradução de Alexandre Werneck. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

³¹ BAUDRILLARD, Jean. *O sistema dos objetos*. Tradução de Zulmira Ribeiro Tavares. 5ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2012. Clarissa Costa de Lima aponta outras razões para a incidência do superendividamento: a desregulamentação dos mercados de crédito mediante redução dos mecanismos de controle pelos bancos centrais e abolição do teto de juros; redução do estado de bem-estar social, onerando o orçamento das pessoas físicas com despesas em educação e assistência médica; excesso de crédito disponível e sua concessão irresponsável; a tendência ao consumo impulsivo sem planejamento racional para o futuro; a desconsideração dos riscos e superestimação das chances de sucesso pelos consumidores, que tendem a tomar decisões acreditando que permanecerão no emprego, que terão o salário garantido e que a economia permanecerá estável; o déficit de informação e educação financeira; e a diversificação constante das modalidades de crédito. LIMA, Clarissa Costa de. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomendar dos consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 35-36.

³² BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Relatório de economia bancária e crédito 2012*. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pec/depep/spread/rebc_2012.pdf>. Acesso em: 29 maio 2015.

³³ CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE DIRIGENTES LOJISTAS. Número de dívidas em atraso sobe 2,83% e tem a maior alta para abril desde 2010, indica SPC Brasil. Assessoria de imprensa, 12/05/2015. Disponível em: <<http://www.cndl.org.br/noticia/abril-2015/>>. Acesso em: 29 maio 2015.

³⁴ *Ibid.*

com destaque para o setor de “Saúde e cuidados pessoais”, que apresentou a maior alta³⁵; e o desemprego, que em abril de 2015 atingiu 7,9%, um aumento de 12,6% em relação ao primeiro trimestre do ano anterior³⁶.

O crescimento da inadimplência, impulsionado pelos indicadores da inflação e do desemprego, tem como consequência o aumento do *spread* bancário, causando juros mais altos, que aumentam o custo dos empréstimos e afastam o consumidor médio. Segundo o levantamento realizado pela Associação Nacional dos Executivos de Finanças, Administração e Contabilidade (ANEFAC) com os trinta maiores bancos do país, as taxas de juros das operações de crédito tiveram, em abril de 2015, a quarta elevação do ano, sétima consecutiva. Das seis linhas de crédito para pessoa física pesquisadas, todas tiveram suas taxas de juros elevadas no mês (juros do comércio, cartão de crédito rotativo, cheque especial, CDC-bancos-financiamento de veículos, empréstimo pessoal-bancos e empréstimo pessoal-financeiras)³⁷.

No mês de abril de 2015, a taxa de juros anual do cartão de crédito atingiu 295,48%. Os números do cheque especial são igualmente alarmantes, contabilizando juros de 205,06% ao ano. O empréstimo pessoal foi a modalidade que alcançou a maior alta, apresentando, no mês pesquisado, taxa de juros média de 60,10% ao ano, quando contratado com bancos, e de 139,24%, nas financeiras³⁸.

Paralelamente, o consumo médio das famílias caiu no primeiro trimestre de 2015, apresentando a maior queda desde 2003. A coordenadora de contas nacionais do IBGE, Rebeca de La Rocque Palis, em entrevista ao canal de notícias G1, afirmou que a demanda interna caiu tanto no consumo das famílias como nos investimentos, analisando que o crescimento nominal de 5,2% do saldo de operações de crédito do sistema financeiro nacional para pessoas físicas não foi suficiente para impactar positivamente o consumo das famílias, pois o crescimento está bem abaixo da inflação, representando uma queda em termos reais³⁹.

Dessa forma, completa-se o círculo vicioso da retração da economia: a inflação e o desemprego diminuem o poder de compra do consumidor, que não consegue arcar com as obrigações assumidas e torna-se inadimplente, afastando-se do mercado. A queda do consumo desacelera a economia e acarreta mais desemprego. Faz-se

³⁵ Segundo o cálculo do Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), auferido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística desde 1980. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/precos/inpc_ipca/ipca-inpc_201504_1.shtm>. Acesso em: 29/05/2015.

³⁶ Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua), pesquisa por amostra probabilística de domicílios, de abrangência nacional, por esquema de rotação de domicílios, conduzida pelo IBGE. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua*. Divulgação 07/05/2015. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/pesquisas/pesquisa_resultados.php?id_pesquisa=149>. Acesso em: 30 maio 2015.

³⁷ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS EXECUTIVOS DE FINANÇAS, ADMINISTRAÇÃO E CONTABILIDADE – ANEFAC. *Pesquisa de juros* – abril de 2015. Disponível em: <<http://www.anefac.com.br/uploads/arquivos/2015512124511379.pdf>>. Acesso em: 30/05/2015.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ CONSUMO das famílias registra maior queda desde 2003, diz IBGE. G1 Notícias (Cristiane Caoli). Rio de Janeiro, 29/05/2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2015/05/consumo-das-familias-registra-maior-queda-desde-2003-diz-ibge.html>>. Acesso em: 30 maio 2015.

preciso contrair mais empréstimos para saldar as dívidas já existentes, mas a própria inadimplência faz crescer os custos do crédito, aumentando os juros e diminuindo a oferta. O resultado é a estagnação.

A crise, no entanto, parece não atingir o setor bancário, que, ao revés, apresenta lucros crescentes e expansão dos negócios no primeiro trimestre de 2015. Os três maiores bancos privados do país, Itaú, Bradesco e Santander, registraram ganhos superiores ao mesmo período do ano passado, respectivamente, em 26,8%, 23,3% e 32%⁴⁰. Tal expansão se deve ao aumento dos juros e encargos, bem como da carteira de crédito consignado, que tem baixas taxas de inadimplência. O Banco do Brasil marca resultado ainda mais assombroso, com aumento do lucro líquido em 117,3%, alavancado pela parceria com a operadora de cartões de crédito Cielo, estimada em 3,2 bilhões de reais⁴¹.

A ausência de um marco regulatório acerca do tema promove uma relação de interdependência entre tribunais e doutrina: ao tempo em que os julgadores buscam, na (agora farta) produção acadêmica sobre o superendividamento, possíveis soluções para a tutela da figura do consumidor, também o Legislativo e a doutrina bebem na fonte da praxis judiciária, aproveitando na redação do projeto de lei nº 283/2012 o resultado de práticas inovadoras conduzidas por juízes e tribunais no Brasil, valendo apresentar como exemplo o Projeto Piloto de tratamento do superendividamento conduzido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Idealizado pelas magistradas Káren Rick Danilevicz Bertoncello e Clarissa Costa de Lima, o Projeto Piloto foi instaurado nas comarcas de Charqueadas e Sapucaia do Sul, e conta com a atuação conjunta dos profissionais do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor e do PROCON/RS, bem como de profissionais da assistência social, saúde e economia. O Projeto viabilizou a realização de trabalhos de experimentação na busca de soluções práticas para os problemas decorrentes do superendividamento dos indivíduos e seus núcleos familiares⁴².

Tendo como principal objetivo a reinserção social do consumidor superendividado, os magistrados promovem conciliação judicial ou extrajudicial, em audiências de renegociação com a totalidade dos credores, propondo a renegociação com cada credor, na mesma solenidade, a partir das condições pessoais do superendividado e respeitando a preservação de seu mínimo vital⁴³.

⁴⁰ BANCOS privados aumentam o lucro com juros maiores e calote estável. Folha de São Paulo (Toni Sciarretta). São Paulo, 06/05/2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/05/1625227-bancos-privados-aumentam-lucro-com-juros-maiores-e-calote-estavel.shtml>>. Acesso em: 30 maio 2015.

⁴¹ LUCRO do Banco do Brasil cresce 117% no primeiro trimestre, para R\$ 5,82 bilhões. Folha de São Paulo: São Paulo, 14/05/2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/05/1628889-lucro-do-banco-do-brasil-cresce-1173-no-trimestre-para-r-581-bilhoes.shtml>>. Acesso em: 30 maio 2015.

⁴² BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz; LIMA, Clarissa Costa de. Relatório do superendividamento no Sul do Brasil: estudo de caso, perfil, estatísticas e a experiência da conciliação (2007-2008). In: LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. *Superendividamento aplicado: aspectos doutrinários e experiências no Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

⁴³ _____; _____. Adesão ao Projeto Conciliar é Legal – CNJ: Projeto Piloto “Tratamento das situações de superendividamento do consumidor”. Porto Alegre: Poder Judiciário do Rio Grande do Sul. Disponível em: <https://www1.tjrs.jus.br/export/processos/conciliacao/doc/projeto_superendividamento.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2015.

Para garantir efetividade aos princípios reguladores do Código de Defesa do Consumidor, a jurisprudência brasileira vem encontrando caminhos através das normas axiológicas tanto da Lei nº 8.078/1990, como do Código Civil e da Constituição da República, como a boa-fé objetiva, o dever geral de informação por parte do fornecedor, a razoabilidade e a solidariedade social⁴⁴. Assim, é possível encontrar decisões vanguardistas reconhecendo a abusividade da instituição financeira, e mesmo a ocorrência de lesão, decorrente do descumprimento do dever de informar.

O Código de Defesa do Consumidor conta com dois artigos que visam à proteção específica do consumidor inadimplente, pela vedação de sua exposição ao ridículo ou a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça na cobrança das dívidas, e também garantindo o seu acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele. Tais são as normas dos artigos 42 e 43, que vedam, ainda, o fornecimento pelos Sistemas de Proteção ao Crédito de quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores após a consumação da prescrição relativa à cobrança dos débitos.

Também não silenciou a legislação protetiva do consumidor quanto à possibilidade de interferência dos magistrados no contrato entre as partes, de maneira a rever parcelamentos e prestações, expurgando os encargos abusivos, em ações judiciais com pedidos de revisão⁴⁵. A outorga de tais poderes é garantida pelo artigo 6º, inciso V do CDC, que estabelece como direito básico do consumidor a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas. Tampouco a pactuação de obrigações iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor

⁴⁴ CARPENA, Heloísa. Contornos atuais do superendividamento. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.). *Temas de Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010. p. 232. A autora aponta a primeira decisão brasileira pesquisada a reconhecer o superendividamento, cuja ementa é a seguinte: “Apelação cível. Direito civil e do consumidor. Responsabilidade civil. Danos morais. Cliente de banco que, movido por inexperiência, desempregado, de baixa classe social e reduzido poder aquisitivo, faz uso de elevado crédito, inexplicavelmente disponibilizado por banco, em flagrante lesão. Obrigações contraídas se evidenciam desproporcionais ao seu próprio proveito, passando os anos seguintes a celebrar novações e dilapidando o patrimônio da família para fazer frente à obrigação assumida, que alcança três vezes o valor original, em lucro exorbitante para o credor (art. 157 do CC). Débitos que eram sempre apresentados de modo a não poderem ser quitados. Negativação do nome do autor no SPC, depois que, contraindo dívidas com outras financeiras para saldar a prestação com o réu, este, debitando os encargos contratuais, faz com que o valor restante se torne insuficiente para o pagamento, quando já havia pagado o dobro do montante creditório originariamente contraído. Violação, pelo banco, dos princípios da justiça social (art. 170 da CF), da solidariedade social e da boa-fé, que informam o ordenamento jurídico civil brasileiro. Contrato celebrado com indiscutível lesão ao autor, que, além de inexperiência, não foi informado das condições do crédito. Violação a seus direitos básicos, enquanto consumidor, à informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços e à educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações (art. 6º do CDC). Abuso de direito da negativação do nome do autor. Sentença condenatória em danos morais, no valor de 50 salários mínimos, equivalente a R\$ 12.000,00, nesta data, que se confirma. Recurso improvido” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 15ª Câmara Cível. Apelação cível nº 2003.001.02181. Apelante: Unibanco União de Bancos Brasileiros S. A. Apelado: Melchiadés Monteiro de Maris. Relator: Des. José Pimentel Marques. Rio de Janeiro, 25/06/2003. TJRJ – Divisão de registro de acórdãos. Registrado em: 11/09/2003. Inteiro teor disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003D66284E37B5C39EBF5AA285B8631DB92E647C3174327>>. Acesso em: 20 jun. 2015).

⁴⁵ GAULLIA, Cristina Tereza. O abuso na concessão de crédito: o risco do empreendimento financeiro na era do hiperconsumo. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 71. p. 34-64. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-set. 2009.

em desvantagem exagerada ou que sejam incompatíveis com a boa-fé e a equidade, encontra guarida, sendo cláusulas desse tipo nulas de pleno direito, nos termos do artigo 51, inciso IV.

A jurisprudência, no entanto, não responde uníssona à questão do superendividamento, especialmente no que tange ao crédito consignado. As decisões judiciais em primeiro e segundo graus, e também na Justiça Especial, vêm oscilando, sendo comum em ações com pedido de revisão do contrato de crédito a extinção sem apreciação do mérito, por impossibilidade jurídica do pedido, ou o proferimento de sentença de improcedência, fundada nos princípios clássicos do *pacta sunt servanda* e da autonomia da vontade⁴⁶.

O superendividamento, como fenômeno endêmico à sociedade de consumo, demanda soluções que o considerem como um fato social, e não como um conjunto de casos isolados. Urge a aprovação de legislação específica para prevenir e tratar o superendividamento, solucionando divergências jurisprudenciais, garantindo a segurança jurídica e reabilitando os consumidores em penúria financeira.

3. O Projeto de Lei nº 283/2012 e a Regulamentação do Superendividamento no Brasil

O Projeto de Lei nº 283/2012 materializa a voz uníssona da doutrina, ao apresentar soluções para prevenir e tratar o superendividamento. Produzido com base no relatório da Comissão de Juristas presidida pelo Ministro Antonio Herman Benjamin, o projeto, aprovado pelo Plenário do Senado Federal, inclui nos incisos do artigo 5º do Código de Defesa do Consumidor a “instituição de mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento e de proteção ao consumidor pessoa física, visando a garantir o mínimo existencial e a dignidade humana”⁴⁷.

⁴⁶ *Ibid.* São especialmente representativas desse entendimento as seguintes ementas: “Ordinária. Ação de nulidade de cláusula contratual c/c revisional de obrigação creditícia e indenizatória. Cartão de crédito. Inadimplência comprovada. Não cabe ao Poder Judiciário intervir nas cláusulas contratuais, salvo quando ofendem a lei. Princípio da intangibilidade dos contratos. Contrato de adesão firmado voluntariamente. Pacta sunt servanda. Financiamento. Assunção do custo. Pagamento da dívida extingue a obrigação. Extinção do contrato. Sentença de improcedência mantida por seus próprios fundamentos. Desprovemento do recurso (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 11ª Câmara Cível. Apelação cível nº 2006.001.15329. Apelante: Carmen Pires de Souza. Apelado: Diner's Club International Administradora de Cartões de Crédito Credicard S/A. Relator: Des. Paulo Sérgio Prestes dos Santos. Rio de Janeiro, 10/05/2006)”. Civil. Contrato de auxílio financeiro. Desconto em folha de pagamento. Cláusula inerente à espécie contratual. Inocorrência de abusividade. Penhora sobre remuneração não configurada. Supressão unilateral da cláusula de consignação pelo devedor. Impossibilidade. É válida a cláusula que autoriza o desconto, na folha de pagamento do empregado ou servidor, da prestação do empréstimo contratado, a qual não pode ser suprimida por vontade unilateral do devedor, eis que da essência da avença celebrada em condições de juros e prazo vantajosos para o mutuário. Recurso especial conhecido e provido (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Recurso Especial nº 728.563/RS. Recorrente: Cooperativa de Economia e Crédito Mútuo dos Servidores Públicos Municipais de Porto Alegre – COOPERPOA. Recorrido: Paulo Ricardo do Amaral Elias. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. Brasília, 08/06/2005).

⁴⁷ PL 283/2012.

Art. 1º – A Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 5º (...)

Ainda em seu artigo 1º, acrescenta ao artigo 6º o inciso XI, que pretende garantir como direito básico do consumidor “a garantia de práticas de crédito responsável, de educação financeira, de prevenção e tratamento das situações de superendividamento, preservando o mínimo existencial, por meio da revisão e repactuação da dívida, entre outras medidas”. Ambos os acréscimos traduzem a preocupação do legislador com a tutela da dignidade humana e do mínimo existencial. Ademais, expressam também a opção pelo modelo da reeducação, estimulando o crédito responsável e a educação financeira, e prevendo a revisão e repactuação da dívida como principais medidas.

O projeto vem preencher a significativa lacuna legislativa da prevenção e tratamento do superendividamento. Quanto aos aspectos relativos à prevenção, apresenta-se detalhado e eficaz, prevendo sanções inovadoras, como a perda dos juros para a instituição credora em caso de abuso, e também regulando a publicidade. A valorização do binômio educação financeira do consumidor e concessão responsável de crédito pelo credor é o ponto alto do projeto, que não se apresenta de forma paternalista, pois sempre coloca o consumidor como protagonista e sujeito responsável por suas escolhas, e no entanto o resguarda de práticas abusivas e contrárias à boa-fé objetiva.

Ao optar pelo acesso ao crédito responsável como finalidade, o projeto demonstra que a prevenção do superendividamento, longe de estar caracterizada por uma postura proibitiva ou desencorajadora do crédito, perpassa primeiramente pela concessão responsável, avaliando as reais possibilidades econômicas do mutuante, e também pela educação financeira, que visa a garantir autonomia decisória aos consumidores, que se tornam menos influenciáveis pelas táticas publicitárias. Educação financeira ajuda a prevenir contratações impulsivas de crédito, e também o desaconselhável hábito de comprar a crédito sem levar em conta o valor do produto, mas sim o valor da parcela. Contabilizar despesas e renda, a famosa “ponta do lápis”, é um costume distante da realidade de uma grande massa de brasileiros, tornando-se a educação financeira a forma de instruir os consumidores a fazerem escolhas responsáveis e livres.

Concessão responsável de crédito e educação financeira constituem uma via de mão dupla. Mesmo a mais sofisticada educação financeira não é capaz de suprimir a vulnerabilidade técnica do consumidor diante da instituição de crédito. Assim, regular a concessão de crédito previne práticas abusivas – capazes de driblar o mais instruído consumidor – garantindo efetividade na tutela de seus direitos. Por outro lado, apenas a regulação do crédito, quando não aliada a uma eficaz educação para o consumo, se torna uma atitude paternalista, que trata o consumidor como uma peça desprovida de pensamento crítico e autonomia, sujeita aos caprichos da boa-vontade das instituições financeiras. Estimular os consumidores a assumirem a condição de protagonistas de seu patrimônio promove a transformação do consumidor infantilizado e hipersuscetível

VI – instituição de mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento e de proteção ao consumidor pessoa física, visando a garantir o mínimo existencial e a dignidade humana.” “Art. 6º (...)

XI – a garantia de práticas de crédito responsável, de educação financeira, de prevenção e tratamento das situações de superendividamento, preservando o mínimo existencial, por meio da revisão e repactuação da dívida, entre outras medidas.”

às práticas abusivas em alguém consciente dos seus gastos, capaz de fazer escolhas, espalhando, assim, o senso de responsabilidade.

O diálogo do legislador com as decisões jurisprudenciais também se manifesta na redação do artigo 54-D do projeto, que visa a proteger o mínimo existencial por meio da reserva de desconto em folha limitada a 30% dos vencimentos líquidos do devedor para pagamento de parcelas por empréstimo, enfatizando a responsabilidade dos fornecedores pelo crédito, pois uma vez ultrapassado o valor máximo previsto, torna-se causa imediata para a revisão ou renegociação do contrato pelo juiz.

A limitação dos descontos em folha, antes regulada apenas nos empréstimos contraídos por servidores públicos, por meio do Decreto nº 6386/2008⁴⁸, passaria, nos termos do projeto de lei, a valer para todos os empréstimos consignados. Trata-se de consolidação da tendência, uníssona na jurisprudência, limitando a margem em 30% da remuneração do trabalhador para desconto em folha.⁴⁹

Num país de tão profundas desigualdades sociais e precária distribuição de renda, porém, a fixação de um percentual uniforme de 70% da remuneração para todos os consumidores como o necessário para a manutenção do mínimo existencial pode se transformar em uma faca de dois gumes. Por um lado, trabalhadores bem

⁴⁸ Decreto nº 8386/2008.

Art. 8º – A soma mensal das consignações facultativas de cada consignado não excederá a trinta por cento da respectiva remuneração, excluído do cálculo o valor pago a título de contribuição para serviços de saúde patrocinados por órgãos ou entidades públicas, na forma prevista nos incisos I e II do art. 4º.

⁴⁹ Nesse sentido se orienta a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO – LIMITAÇÃO EM 30% DA REMUNERAÇÃO RECEBIDA – POSSIBILIDADE – RECURSO IMPROVIDO.” (AgRg no REsp 1174333/RS, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, Terceira Turma, DJ de 12.05.2010) (...)

“CIVIL. AÇÃO REVISIONAL. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. LICITUDE DA COBRANÇA. SÚMULA Nº 294 DO STJ. DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO. SUPRESSÃO UNILATERAL. IMPOSSIBILIDADE. LIMITE DE 30% DOS VENCIMENTOS. 1. *Omissis*. 2. Cláusula contratual que autoriza desconto em folha de pagamento de prestação de empréstimo contratado não pode ser suprimida por vontade unilateral do devedor, uma vez que é circunstância facilitadora para obtenção de crédito em condições de juros e prazos mais vantajosos para o mutuário; todavia, deve ser limitada a 30% dos vencimentos. 3. Agravo regimental parcialmente provido.” (AgRg no REsp 959.612/MG, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Quarta Turma, DJ de 03.05.2010) (...) “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EMPRÉSTIMO BANCÁRIO – DESCONTO EM CONTA CORRENTE DE PERCENTUAL SUPERIOR A 30% DOS VENCIMENTOS DO CORRENTISTA – IMPOSSIBILIDADE. 1. A jurisprudência desta Casa consolidou-se no sentido de que os descontos de empréstimos na folha de pagamento devem ser limitados a 30% da remuneração, tendo em vista o caráter alimentar dos vencimentos. Precedentes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1226659/RS, Rel. Min. MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, DJe 08/04/2011) (...) RECURSO ESPECIAL – NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL – ALEGAÇÃO GENÉRICA – APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DA SÚMULA Nº 284/STF – EMPRÉSTIMO – DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO/CONSIGNADO – LIMITAÇÃO EM 30% DA REMUNERAÇÃO RECEBIDA – RECURSO PROVIDO. 1. A admissibilidade do recurso especial exige a clara indicação dos dispositivos supostamente violados, assim como em que medida teria o acórdão recorrido afrontado a cada um dos artigos impugnados. 2. Ante a natureza alimentar do salário e do princípio da razoabilidade, os empréstimos com desconto em folha de pagamento (consignação facultativa/voluntária) devem limitar-se a 30% (trinta por cento) dos vencimentos do trabalhador. 3. Recurso provido. (REsp 1186965/RS, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, DJe 03/02/2011) (...) AGRAVO REGIMENTAL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – CONTRATO DE MÚTUO BANCÁRIO – DÉBITO EM CONTA CORRENTE – LIMITAÇÃO DO DESCONTO – DECISÃO AGRAVADA MANTIDA – IMPROVIMENTO. I – “Ante a natureza alimentar do salário e do princípio da razoabilidade, os empréstimos com desconto em folha de pagamento (consignação facultativa/voluntária) devem limitar-se a 30% (trinta por cento) dos vencimentos do trabalhador” (REsp 1.186.965/RS, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, DJe 03.02.2011). II – O Agravante não trouxe nenhum argumento capaz de modificar a conclusão do julgado, a qual se mantém por seus próprios fundamentos. Agravo Regimental improvido. (AgRg no Ag 1381307/DF, Rel. Min. SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, DJe 27/04/2011).

remunerados e de situação financeira estável poderiam desejar comprometer uma parte maior de seus vencimentos com empréstimos pessoais, e a limitação pode se tornar uma medida paternalista que os impediria de aproveitar plenamente as oportunidades que o crédito poderia oferecer. Por outro lado, este muito mais grave (e também mais numeroso), muitos consumidores não têm condições de garantir uma vida digna com 70% de sua renda mensal.

Para quem percebe um salário mínimo ou pouco mais que isso (quantia que já demonstrou ser insuficiente para prover às despesas de subsistência de uma família média, tomando-se como exemplo o critério de miserabilidade previsto pela legislação de assistência social, fixado em $\frac{1}{4}$ do salário mínimo *per capita*, e ainda assim sujeito a flexibilização, conforme recente julgado do Supremo Tribunal Federal), sobreviver com 70% desse valor torna-se tarefa hercúlea e quase impossível, sujeitando muitas famílias a condições indignas de habitação e segurança alimentar.

Levando em conta essas especificidades, e a partir do estudo comparativo baseado no Código do Trabalho francês, Clarissa Costa de Lima propõe dois caminhos mais adequados e flexíveis: o primeiro é a fixação do mínimo existencial em percentual variável conforme a faixa de renda do devedor, sendo o percentual maior de subsistência para as rendas mais baixas e menor para as rendas mais altas. A autora exemplifica atribuindo o mínimo existencial para o grupo que recebe até dois salários mínimos em 90% da renda líquida mensal; 80% para o grupo com renda entre dois e quatro salários mínimos; 70% da renda líquida mensal entre cinco a sete salários mínimos; 60% para o grupo que auferir de oito a dez salários mínimos; e assim sucessivamente até os 30% para quem tem renda mensal superior a quatorze salários mínimos⁵⁰.

A segunda alternativa seria, em sede de revisão contratual em juízo, conferir ao juiz o poder discricionário de determinar, levando em conta as características de cada devedor em particular, qual a fração da renda líquida mensal deve ser resguardada para a eficaz preservação do mínimo existencial. Essa proposta, ao tempo em que apresenta a vantagem de permitir um ajuste do valor caso a caso, também tem o inconveniente da possibilidade de soluções diferentes em situações semelhantes, pondo em risco a segurança jurídica.

Em caso de abuso na concessão do crédito consignado, o parágrafo 2º do dispositivo prescreve o dever de revisão ou renegociação do contrato, podendo o juiz, nos moldes da sanção civil de perda dos juros prevista no artigo 54-C § 2º, adotar a dilação do prazo de pagamento, sem acréscimo nas obrigações do consumidor; a redução dos encargos da dívida e da remuneração do fornecedor; e a constituição, consolidação ou substituição de garantias. O artigo acrescenta, ainda, a expressão “entre outras” às medidas descritas nos incisos. Essa previsão possibilita ao juiz analisar caso a caso as situações concretas de revisão e renegociação sujeitas a sua apreciação, podendo propor diversas medidas não estipuladas no artigo, de forma a garantir a reparação do abuso na concessão de crédito consignado.

⁵⁰ LIMA, Clarissa Costa de. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 164.

Da mesma forma, a redação proposta para o artigo 54-F inciso I⁵¹, que visa a proteger o consumidor proprietário de cartão de crédito contra fraudes ou extravios vem a positivar entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça, que entende serem nulas as cláusulas contratuais que impõem exclusivamente ao consumidor a responsabilidade por compras realizadas com cartão de crédito extraviado, embasado na interpretação dos artigos 14 e 18 do Código de Defesa do Consumidor⁵². Confira-se a ementa do *leading case*, de 2006:

CONSUMIDOR – CARTÃO DE CRÉDITO – FURTO – RESPONSABILIDADE PELO USO – CLÁUSULA QUE IMPÕE A COMUNICAÇÃO – NULIDADE – CDC/ART. 51, IV. – São nulas as cláusulas contratuais que impõem ao consumidor a responsabilidade absoluta por compras realizadas com cartão de crédito furtado até o momento (data e hora) da comunicação do furto. Tais avenças de adesão colocam o consumidor em desvantagem exagerada e militam contra a boa-fé e a equidade, pois as administradoras e os vendedores têm o dever de apurar a regularidade no uso dos cartões⁵³.

Encerradas as disposições sobre a prevenção do superendividamento, o projeto traz também a proposta de inclusão ao CDC de um quinto capítulo no Título III (Da proteção ao consumidor em juízo), capítulo esse que passará a consistir no artigo 104-A, que dispõe sobre a conciliação no superendividamento. A preferência do legislador pelos aspectos da prevenção fica expressa pela escolha em abordar os aspectos judiciais do tratamento do fenômeno em um único artigo.

Diferentemente do anteprojeto formulado por Claudia Lima Marques, Clarissa Costa de Lima e Káren Bertoncello a partir das experiências com projetos-piloto no âmbito do Poder Judiciário⁵⁴, o legislador optou por não criar uma lei própria para cuidar de todos os aspectos do superendividamento, inclusive os processuais, inserindo as alterações no próprio Código de Defesa do Consumidor. Ao tempo em que essa escolha pode ser benéfica, facilitando ao consumidor leigo perceber no CDC um panorama completo de seus direitos, também peca ao não estabelecer normas específicas para a tutela do consumidor superendividado em juízo.

⁵¹ Art. 54-F – Sem prejuízo do disposto no art. 39 deste Código e da legislação aplicável à matéria, é vedado ao fornecedor de produtos e serviços que envolvam crédito, entre outras condutas:

I – realizar ou proceder à cobrança ou ao débito em conta de qualquer quantia que houver sido contestada pelo consumidor em compras realizadas com cartão de crédito ou meio similar, enquanto não for adequadamente solucionada a controvérsia, desde que o consumidor haja notificado a administradora do cartão com antecedência de pelo menos três dias da data de vencimento da fatura, vedada a manutenção do valor na fatura seguinte; (...).

⁵² BANCO deve responder solidariamente por extravio de cartão de crédito. Notícias do STJ (Coordenadoria de Editoria e Imprensa). Brasília, 12/12/2012. Disponível em: <http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=104141>. Acesso em: 22 jun. 2015.

⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 348343/SP. Recorrente: Banco do Estado de São Paulo – BANESPA S/A. Recorrido: Constantinos Joannis Athanassakis. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Brasília, 4 de fevereiro de 2006. DJ 26/06/2006, p. 130.

⁵⁴ MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de; BETRONCELLO, Káren. Anteprojeto de lei dispendo sobre a prevenção e o tratamento das situações de superendividamento de consumidores pessoas físicas de boa-fé. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 73, p. 345-367, jan.-mar. 2010.

A forma de tratamento proposta pelo artigo 104-A é a repactuação da dívida a partir da elaboração de plano de pagamento com prazo máximo de cinco anos. Não apenas nos aspectos da prevenção, como também no tratamento, o legislador optou pelo modelo da reeducação já consagrado pela França. O plano de pagamento suspende ou extingue as ações judiciais de cobrança já em curso, exclui o consumidor dos bancos de dados e cadastros de inadimplentes, e também estabelece ao endividado o dever de abster-se de condutas que agravem sua situação. O pedido de repactuação não importa em declaração de insolvência civil, e somente poderá ser repetido após decorridos dois anos da liquidação das obrigações.

O artigo prevê a realização de audiência conciliatória, em que o devedor apresentará aos credores seu plano de pagamento, observado o mínimo existencial. Os efeitos da revelia estão previstos no § 2º, acarretando o não comparecimento do credor em suspensão da exigibilidade do débito e interrupção dos encargos da mora. No caso de conciliação, a sentença homologatória tem eficácia de título executivo e força de coisa julgada.

O Projeto de Lei, que data do ano de 2012, também não acompanhou os avanços na hibridização do modelo francês, que buscou formas de reinserir na sociedade e no mercado os consumidores que não teriam condições financeiras para arcar com um plano de pagamento, encontrando-se em situação de miséria tal, que qualquer comprometimento de sua renda configuraria afronta direta ao mínimo existencial, tirando-lhe a dignidade.

Trata-se de casos como o da consumidora Goretti, atendida pelo projeto-piloto de conciliação do superendividamento, do Poder Judiciário do Rio Grande do Sul⁵⁵. Goretti trabalhava como catadora de papel, e recebia o benefício assistencial do Bolsa Família. Ao precisar arcar com diversas despesas médicas para o tratamento de saúde de sua mãe, contraiu empréstimo pessoal, que deveria ser pago em 12 parcelas de R\$270,00. Ocorre que a consumidora não tinha emprego formal e sua única renda fixa, o benefício assistencial, era de apenas R\$230,00. Como sua renda era absolutamente insuficiente para o pagamento do empréstimo, passou a trabalhar em dois turnos, durante o dia e à noite, como recicladora, para tentar adimplir sua dívida. Recorreu ao projeto antes de vencer a dívida, quando percebeu que mesmo com o esforço incessante de seu trabalho, não conseguiria pagar.

Goretti foi reduzida a uma situação de moderna escravidão por dívidas. Sua renda, já insuficiente para a manutenção de despesas básicas, a ponto de precisar contrair empréstimos para gastos do dia a dia, não comportaria nenhum plano de pagamento. Trata-se de um círculo sem fim em que mais dívidas se alimentam a si mesmas, ainda que diante do trabalho redobrado.

Casos como esse demonstram que, diante das práticas irresponsáveis dos fornecedores de crédito, que chegam ao ponto de conceder empréstimos a pessoas

⁵⁵ LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. Conciliação aplicada ao superendividamento: estudo de casos. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 71. p. 106-141, jul.-set. 2008. p. 116.

que logram sobreviver com valores muito abaixo do salário mínimo, ou sem renda fixa, mesmo o conjunto de medidas previstas no artigo 104-A e 54-D §2º não é capaz de garantir a restauração da dignidade e do mínimo existencial desse contingente de pessoas sem bens e sem renda.

Clarissa Costa de Lima aponta o perdão como um direito especial e social do consumidor sem bens e sem renda, ressaltando que a ausência de um regime especial para esses devedores deixaria os mais pobres, desempregados, aqueles que recebem benefícios sociais, à mercê de seus credores, ou mesmo levando-os a aceitar planos de pagamento absolutamente incompatíveis com a sua realidade financeira, entrando pela “porta giratória”⁵⁶. A autora propõe um acréscimo ao projeto de um artigo 104-B, tratando especificamente dos casos em que a conciliação resta infrutífera, instaurando-se o processo de superendividamento. Confira-se excerto da redação sugerida:

§3º Nos casos em que se constatar que o devedor não tem bens disponíveis e nem renda que exceda o mínimo existencial para o pagamento dos credores, o juiz poderá declarar a remissão das dívidas remanescentes mediante condições que poderão ser exigidas do devedor, isolada ou cumulativamente:

- a) não ocultar ou dissimular os rendimentos que receba a qualquer título, devendo apresentar relatórios sobre seus esforços de recuperação financeira sempre que for requisitado;
- b) exercer uma profissão remunerada, não a abandonando sem motivo legítimo, e a procurar diligentemente tal profissão quando desempregado, não recusando injustificadamente algum emprego para o qual seja apto;
- c) informar o juiz e o administrador de qualquer mudança de domicílio ou de condições de emprego, no prazo de 10 dias após a respectiva ocorrência;
- d) entregar ao administrador, a parte dos rendimentos disponíveis, quando houver, para rateio entre os credores;
- e) não fazer quaisquer pagamentos diretamente a credores a não ser por meio do administrador e não criar qualquer vantagem especial para algum desses credores;
- f) frequentar curso de educação financeira ou similar.

§4º O juiz fixará o prazo de cumprimento das condições, que não poderá exceder a dois anos, tendo em consideração, especialmente,

⁵⁶ LIMA, Clarissa Costa de. O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2014.

as características pessoais do devedor, o grau de superendividamento, bem como os motivos que o levaram ao superendividamento.

§5º O juiz poderá declarar a remissão imediata das dívidas quando verificar que o crédito foi concedido de forma irresponsável ou sem a observância dos deveres de informação e conselho pelo fornecedor.

§6º A remissão das dívidas não abrange as dívidas alimentícias, as indenizações devidas por atos ilícitos praticados pelo devedor, as multas administrativas, sanções criminais e os créditos tributários⁵⁷.

Diante do aumento crescente dos índices de desemprego e da inflação, aliados à desigualdade estrutural de renda, que mantém um enorme contingente de cidadãos incapazes de manter o mínimo de subsistência à massa definida por Bauman como “refugo humano”, abordada no primeiro capítulo, a inclusão da possibilidade do perdão da dívida no projeto se apresentaria como a forma mais eficaz de restaurar a dignidade dos consumidores superendividados sem bens e sem renda.

4. Conclusão

Por todo o exposto, conclui-se que, a efetivação de direitos fundamentais constitucionalmente resguardados inúmeras vezes levará à aplicação direta dos princípios constitucionais pelo juiz. Sendo assim, este deverá apresentar soluções à altura da complexidade dos fatos, o que não significa o incentivo a uma supremacia institucional.

Atualmente não há no ordenamento jurídico brasileiro legislação específica para tratar e prevenir o superendividamento, nem mesmo jurisprudência consolidada sobre o tema. A fim de reinserir socialmente o consumidor superendividado, o Projeto de Lei nº 283/2012 em conformidade com grande parte da doutrina, apresenta soluções com o intuito de preencher esta lacuna.

Não obstante, certo é que, para o estabelecimento de uma real tutela da dignidade humana e do mínimo existencial, ainda se faz necessário que se estabeleçam normas processuais específicas para a tutela do consumidor superendividado em juízo, além de levar em consideração as profundas desigualdades sociais e a precária distribuição de renda nacional. Por conseguinte, diante dos casos concretos, ainda não há opção que não o suprimento da omissão legislativa por meio da criação jurisprudencial da norma faltante.

Bibliografia

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Consultor Jurídico, 2008b. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 174-175.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida a crédito*. Tradução de Alexandre Werneck. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BAUDRILLARD, Jean. *O sistema dos objetos*. Tradução de Zulmira Ribeiro Tavares. 5ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2012.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.). *Temas de Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO FARIAS, Rachel Nunes. O Ativismo Judicial e a Ingerência do Poder Judiciário na Escolha de Políticas Públicas. *Revista dos Tribunais Nordeste*. RTNE, 2014.

CASADO, Márcio Mello. Os princípios fundamentais como ponto de partida para uma primeira análise do sobre-endividamento no Brasil. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 33, jan.-mar. 2002.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo Direito e Justiça Distributiva*: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

COSTA, Geraldo de Faria Martins da. *Superendividamento*. A proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GAULIA, Cristina Tereza. O abuso na concessão de crédito: o risco do empreendimento financeiro na era do hiperconsumo. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 71, p. 34-64. jul.-set. 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle de Políticas Públicas Pelo Poder Judiciário. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, ano 33, nº 164, out. 2008.

HIRSCHL, Ran. *The Judicialization of Politics*. Oxford: 2009.

LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. *Superendividamento aplicado: aspectos doutrinários e experiências no Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

LIMA, Clarissa Costa de. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomendar dos consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal* – Ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. Tradução de Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Crédito ao consumidor e superendividamento – uma problemática geral. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 17, jan.-mar. 1996.

MARQUES, Claudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). *Direitos do consumidor endividado: Superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Claudia Lima. Fundamentos científicos da prevenção e tratamento do superendividamento. In: BRASIL, Ministério da Justiça. *Prevenção e tratamento do*

superendividamento – caderno de investigações científicas. Brasília: Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor/Secretaria de Direito Econômico, 2010. Disponível em: <http://www.vidaedinheiro.gov.br/docs/Caderno_Superendividamento.pdf>.

MARQUES, Claudia Lima. Os contratos de crédito na legislação brasileira de proteção ao consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 18, p. 53 e ss., abr.-jun. 1996.

NAVARRO PEREZ, Carlos. Relação Entre o Ativismo Judicial e a Atuação deficiente do Poder Legislativo – Altruísmo a Desserviço da Democracia. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Vol. 78, 2012.

PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 10ª ed. Madrid: Tecnos, 2011.

SOARES, Marden Marques; MELO SOBRINHO, Abelardo Duarte de. *Microfinanças: o papel do Banco Central do Brasil e a importância do cooperativismo de crédito*. Brasília: Banco Central do Brasil, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.



Detalhe da imagem da capa

Observatório Jurídico



O Exercício do Poder e a Necessidade de Limites¹

Ives Gandra da Silva Martins*

Montesquieu, ao escrever o seu “Do Espírito das Leis”, introduziu, de forma científica, a tripartição dos poderes, acrescentando à observação inglesa e aos estudos de Locke o Poder Judiciário, como poder independente. Ele intuiu a importância de tal independência, na medida em que a natureza humana é fraca e a fraqueza a serviço da força do poder provoca, decorrencialmente, a prática de uma justiça injusta.

A necessidade, portanto, de o poder controlar o poder, fê-lo separar o exercício da feitura das leis (Poder Legislativo) de execução das normas (Poder Executivo) e de interpretação oficial do Direito e aplicação da Justiça (Poder Judiciário). Ao dizer: “Acontece sempre que todos os homens, quando têm poder, se inclinam a seu abuso, até encontrar limites” e ao concluir que necessário seria que o “poder constitua um freio para o poder”, sintetizou sua praticidade a partir da descrença na natureza humana.

Dentro desta lógica, não tenho dúvidas de que a operação Lava Jato representou um marco na história política brasileira. Alguns aspectos do prolongado processo restaram evidentes e foram, indiscutivelmente, positivos no estabelecer um novo padrão moral de comportamento para os futuros políticos nacionais.

Permitiu à sociedade tomar conhecimento de que a corrupção tolerada como forma de manutenção do poder é chaga que deve, pelo menos, ser reduzida às suas mínimas proporções. Como demonstrei no meu livro “Uma breve teoria do poder”, o exercício do poder está sempre infiltrado por corrupção endêmica, em todos os períodos históricos e espaços geográficos, cabendo ao povo, nas verdadeiras democracias, seu combate através de agentes não contaminados dos governos, sob pressão da opinião pública.

Neste particular, o Juiz Sérgio Moro, a Polícia Federal e o Ministério Público, no episódio que desventrou a podridão dos porões de Brasília, estão de parabéns.

Nem por isto se pode aplaudir tudo o que propuseram. As chamadas “10 medidas de combate à corrupção” – algumas boas e outras nitidamente de perfil autoritário – precisavam ser examinadas com cautela pelo Congresso. Provas ilícitas tornam quem as obtenha também um criminoso. Não há boa fé possível na sua obtenção, até porque, cabendo o ônus da prova ao acusado, este nunca conseguirá

¹ Artigo publicado na Revista Conceito Jurídico (nº 2) em fev./2017.

* Doutor *Honoris Causa* das Universidades de Craiova (Romênia) e PUC-Paraná. Professor emérito das Universidades Mackenzie, UNIP; UNIFIEO; UNIFMU; do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO; das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército (ECEME); Superior de Guerra (ESG), e da Magistratura do TRF-1ª Região. Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martín de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia). Catedrático da Universidade do Minho (Portugal). Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO-SP. Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária (CEU)/ Instituto Internacional de Ciências Sociais (IICS).

provar má-fé. Li o artigo do bom amigo e brilhante jurista Fábio Medina Osório, no jornal “A Folha de São Paulo”, em que se refere a situações em que a prova obtida não é ilícita, como, de resto, ocorreu em gravação, no período em que a jurisdição do caso estava ainda em 1ª instância, envolvendo a Presidente Dilma. O problema é que, no projeto, não houve pormenorização das hipóteses.

Criação de “órgãos corruptores” para aferir o nível de moralidade dos funcionários, a fim de condená-los, não passava de expediente próprio das ditaduras, em seus serviços secretos. Medidas como essa deveriam ser rejeitadas de plano.

Foi o que o Congresso, consciente da relevância da Polícia Federal e do Ministério Público, entendeu, todavia, que o direito de defesa numa democracia é o grande diferencial das ditaduras, onde inexistente. Tais instituições não estão acima das demais e, apesar de relevantes, devem atuar nos limites da Constituição e dos demais organismos vinculados à Justiça.

Por esta razão, o exame das propostas do *Parquet* necessitava ser realizado com cautela e paralelamente ao projeto de lei de 2009, que visava punir abusos de autoridades que, no afã de obter provas, ultrapassavam os limites das garantias individuais do cidadão. É, pois, um bom momento para a sociedade posicionar-se e procurar o justo equilíbrio entre a luta contra corrupção e os direitos da cidadania, no regime democrático. Por melhor que seja, nenhuma autoridade pode estar acima da lei. Deve também ser punida, sempre que abusar do *status* privilegiado que possui.

Nada obstante a decisão do Ministro Fux, anulando a deliberação da Câmara que aprovara um projeto em que parte das 10 medidas e parte do projeto de lei de abuso contra autoridade que, todavia, dependerá de decisão do Plenário, entendo, como escrevi com Antonio Claudio Mariz de Oliveira, Hamilton Dias de Souza e Renato de Mello Jorge Silveira (no Jornal “O Estado de S. Paulo” – 09/12/2016 – A2 Espaço Aberto - “A verdade sobre as 10 medidas”), que o texto aprovado foi bom.

Espero, portanto, que o Senado Federal, que representa 200 milhões de brasileiros, seja da situação, seja da oposição, discuta com serenidade todos os pontos do projeto aprovado, objetivando-se, dentro da lei e, principalmente, da Constituição, buscar instrumentos para punir a corrupção, sem que haja qualquer abuso de autoridade e sem que se outorgue a qualquer instituição o direito de se tornar o Supremo Poder da República.

Ora, uma democracia só se torna forte quando o povo discute amplamente com os poderes as leis que deseja, quando estas leis, para serem cumpridas, sejam claras e quando o poder controle o poder, visto que, como demonstrou Montesquieu, a natureza humana não é “confiável”.

Comitê de Acionistas

Jorge Lobo*

Os acionistas de companhias em regime de “Recuperação Judicial” podem participar da *discussão* e *elaboração* do “Plano de Reestruturação”?

Os comercialistas brasileiros não estudaram a matéria, ainda. Os Tribunais de Justiça do país não foram instados a decidi-la, por enquanto. A Lei nº 11.101/05 (LRFE) é *omissa* e *omissas*, também, são as legislações da “família” romano-germânica (cf. *El Fallimento nel Mondo*, Padova, Tip. Leonelli, 1988, Coord. Prof. Piero Pajardi).

Para preencher o “espaço jurídico vazio” da LRFE, é imperioso, parafraseando Gilles Deleuze, inovar, ousar, o que não se faz senão no embate, no confronto (*Critique et Clinique*, Les Éditions de Minuit, 1993, p. 11); para suprir a *lacuna técnica ou real* do art. 53 da LRFE, é indispensável apelar para os processos, na terminologia de Canelutti, de *heterointegração* e de *autointegração*.

A heterointegração “consiste na integração operada através do recurso a ordenamentos diversos (...), a ordenamentos vigentes contemporâneos” (Norberto Bobbio, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, Edipro, 2016, p. 138).

O direito americano (*U.S. Code*), mais uma vez, e sua doutrina (Mark Steven Summers, *Bankruptcy Explained*, NY, John Wiley & Sons Ed., p. 989), sempre pragmática, oferecem-nos a solução para esse importantíssimo problema: a instalação do “Comitê de Acionistas”, que lhes permitirá participar, *indiretamente*, mas com eficácia, da discussão e formulação do “*plan*” (*U.S. Code*, Seção 1.121).

O Código de Falências dos EUA, no Capítulo 11, prevê a criação, além do “comitê de credores”, do “comitê de acionistas” (Seção 1.102, (a) (1), para garantir uma “representação adequada” dos “detentores de capital próprio” na reorganização da empresa, entendendo-se por “representação adequada”, segundo as Cortes de Justiça, (1) o número de acionistas, (2) a complexidade do caso, (3) a solvência do devedor, (4) se os interesses dos acionistas já estão sendo defendidos no processo etc.

Na Seção 1.103, o *U.S. Code* elenca os “poderes e deveres” (*powers and duties*) do “comitê de acionistas”, entre os quais se destacam: “participar da formulação do plano e aconselhar os representantes de cada comitê sobre as propostas contidas no plano (1103, (c), (3));” pedir “informações sobre as atividades sociais” (1103, (c) (1) e “investigar atos, conduta, ativos, passivos e as condições financeiras do devedor, o funcionamento dos seus negócios e qualquer outra matéria relevante, ou para a preparação do plano” (1103, (c) (2).

Observe-se, por oportuno, que os opositores à ideia do “comitê de acionistas” sustentam que a sua existência só se justifica quando a empresa tem “probabilidade

* Mestre em Direito da Empresa da UFRJ. Doutor e Livre-Docente em Direito Comercial da UERJ.

substancial de recuperação”, argumento que não encontra guarida na jurisprudência americana após o julgamento do caso *Williams Communications Group* em 2002.

O método de autointegração visa eliminar a *deficiência* da lei por meio dos *princípios gerais do direito* e da *analogia* (LICC, art. 4º).

Os princípios gerais do direito são “normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, que regulam um comportamento não regulado” (Bobbio, *Teoria cit.*, p. 148).

A Lei francesa nº 98, de 25.01.85, na qual, em grande parte, se inspirou a LRFE e o Código Civil francês de 2003, que a incorporou, também *silencia* sobre a atuação dos acionistas na preparação do “*projet de plan de continuation*”.

Todavia, segundo Christine Lebel, embora “*silenciem*”, não há “nenhum texto que vede essa possibilidade aos associados” (*L’élaboration du plan de continuation de l’entreprise en redressement judiciaire*, Presses Universitaires D’Aix-Marseille, 2000, p. 263).

A eminente Professora da Faculdade de Direito e Ciências Econômicas de Nancy II valeu-se do que os juristas modernos chamam “princípio ou norma de liberdade”, perpetuado pelos jurisconsultos romanos no axioma “*permittitur quod non prohibetur*” (“tudo o que não é proibido, presume-se (juridicamente) permitido”), e do “princípio do terceiro excluído”, pois, ou há proibição, ou há absoluta liberdade (*tertium non datur*).

Da *interpretação* do art. 53, conclui-se que os acionistas podem – e devem – tomar parte ativa, quicá decisiva, ainda que *indiretamente*, no enfrentamento da crise da empresa, porquanto a LRFE não *proíbe*, nem *expressa*, nem *implicitamente*, que eles *discutam* e *participem* da *elaboração* do “Plano de Reestruturação e Reerguimento” e, portanto, no momento, no país, da *discussão* e *elaboração* do “Plano” de dezenas de companhias de capital aberto de grande porte em “Recuperação Judicial”, com passivos bilionários e centenas de milhares de acionistas, denominados “minoritários”, mas que, em verdade, possuem *juntos* a maioria do capital social.

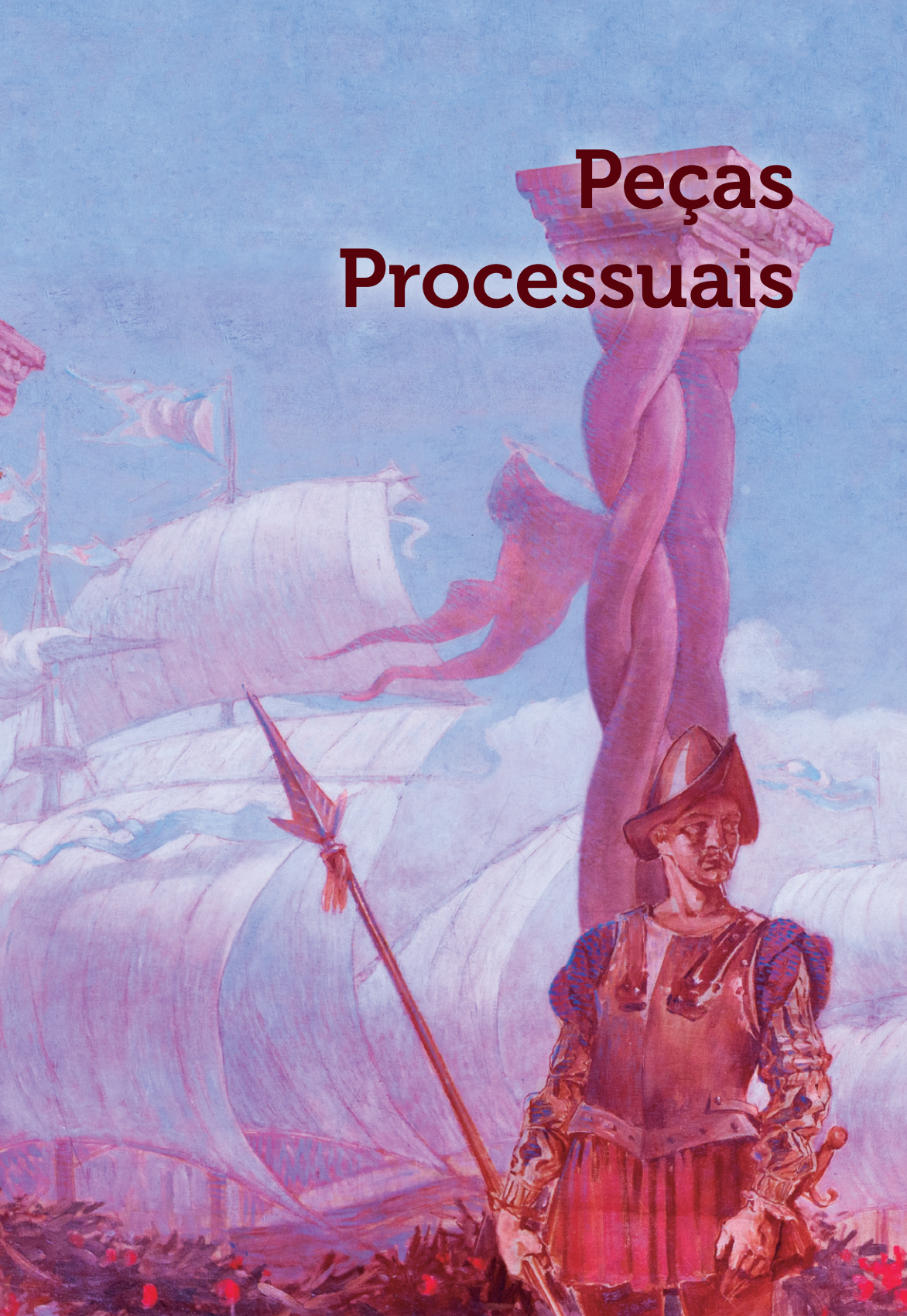
A analogia aplica normas que regem matérias semelhantes, para preencher o “espaço jurídico vazio”; *in casu*, as normas que comandam a instalação do conselho fiscal das anônimas (art. 161,§4º, (a) da LSA) e regem a eleição dos membros do conselho de administração, quando adotado o “processo do voto múltiplo” (art. 141, *caput*, da LSA).

Em resumo e em conclusão: a *omissão* do art. 53 da LRFE deve ser suprida com o recurso (a) ao Direito Comparado, que prevê a criação do “comitê de acionistas”, (b) ao *princípio geral do direito*, segundo o qual “tudo o que não é proibido, presume-se (juridicamente) permitido”, e (c) à *analogia*, aplicando-se, por inferência, as normas de constituição e funcionamento do conselho fiscal e de eleição dos membros do conselho de administração das companhias, quando adotado o “processo do voto múltiplo”.



Detalhe da imagem da capa

Peças Processuais



Pareceres

• • •

Processo Judicial. Parecer do Ministério Público. Sétima Câmara Criminal. Correição Parcial ajuizada pelo Ministério Público contra despacho irrecorrível que indeferiu o pleito ministerial de baixa de inquérito à Delegacia de Polícia para cumprimento de diligências.

Sétima Câmara Criminal

Correição Parcial nº 0014661-23.2016.8.19.0000

Reclamante: Ministério Público

Reclamado: Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias –
Magistrada: Daniela Barbosa Assumpção de Souza

Relatora: Des. Márcia Perrini Bodart

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Egrégia Câmara Criminal,

Cuida-se de medida de correição parcial ajuizada pelo Ministério Público contra despacho irrecorrível (fls. 76/78 do IP nº 0040079-65.2014.8.19.0021 – e-doc 106 do anexo I), que indeferiu o pleito ministerial de baixa dos autos do supramencionado inquérito à Delegacia de Polícia para cumprimento de diligências, sendo, ainda, determinado ao *Parquet* que, no prazo de 05 dias, oferecesse denúncia ou promovesse arquivamento, sendo encaminhado ofício ao Procurador Geral de Justiça.

Inconformado, interpôs o Ministério Público a presente correição parcial, na forma do artigo 219 e seguintes do CODJERJ, requerendo a anulação dos efeitos da decisão reclamada.

Em suas razões de fls. 02/14 (e-doc 02), requer o Ministério Público, em síntese, a anulação do *r. decisum* ora vergastado por ser inconstitucional e ilegal, tendo em vista ter sido emitido com abuso de poder e com subversão da ordem legal do Processo Penal, bem como seja determinado a l. Magistrada que observe seus deveres legais previstos no artigo 35, incisos I e IV, da LC 35/79.

Informações do Juízo de piso (e-doc 36).

Ao cabo da leitura atenta dos autos, temos assistir inteira razão ao Ministério Público em sua irrisignação, senão vejamos.

Trata-se de APF lavrado pela prática de crime previsto no artigo 56, da Lei nº 9.605/98, ante a apreensão de oito botijões de gás GLP na caçamba do veículo do acusado, sem que este possuísse licença para tal. O Ministério Público, então, requereu realização de prova pericial nos botijões GLP a fim de que fosse informado se os mesmos eram “produtos tóxicos, perigosos ou nocivos à saúde humana ou ao meio ambiente, bem como

se eram transportados em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos, indicando quais normas foram infringidas”, conforme fls. 21/22 dos autos.

Ocorre que tal pleito restou indeferido sob o argumento de que o requerimento de novas diligências poderia ocorrer durante a instrução criminal, após o oferecimento da denúncia, uma vez que, via de regra, a lavratura do APF encerra a prova da materialidade e os indícios de autoria suficientes à deflagração da ação penal.

Com efeito, o texto constitucional previsto no art. 129, VI, da CRFB, na verdade, recepcionou o art. 47 do CPP, que prevê a iniciativa de requisição direta pelo Ministério Público de documentos necessários e complementares àqueles constantes do inquérito policial para a formação de sua *opinio delicti*. Após tal momento, cabe ao Judiciário, na condução da persecução penal, expedir os ofícios aos órgãos públicos para a sua ultimação. O indeferimento da diligência requerida pelo Ministério Público sob o argumento invocado pela julgadora configura, de acordo com a mais abalizada doutrina, cerceamento da atividade acusatória, gerando tumulto processual sanável pela Correição Parcial/Reclamação.

Ressalte-se que o Ministério Público possui a prerrogativa de requisitar diligências e informações necessárias para o cumprimento de suas atribuições por expressa previsão constitucional. Entretanto, há diversos precedentes do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o poder requisitório conferido ao Ministério Público não impede o requerimento de diligências ao Poder Judiciário, desde que demonstrada a incapacidade de sua realização por meios próprios. *In casu*, o recorrente requereu diversas diligências à autoridade policial, consoante se observa às fls. 74/75, restando todas infrutíferas.

Destaca-se, por oportuno, que a Magistrada não está obrigada a deferir todas as diligências requeridas pelas partes, devendo, para tanto, verificar o seu cabimento, indeferindo as que se fizerem desnecessárias e irrelevantes, sem que isso configure cerceamento de defesa. Efetivamente, no caso em tela, há que se considerar o interesse público no deferimento das diligências requeridas, vez que as informações solicitadas para embasar a exordial acusatória não são de interesse apenas do Ministério Público, mas sim do próprio Estado, o qual tem interesse na efetivação da justiça.

Frisa-se, ainda, que o objetivo do processo é a busca da verdade real, em que se apresentam como interessados tanto o Ministério Público quanto o Juiz. Ademais, temos que a juntada nos autos das diligências requeridas pelo *Parquet* se mostram de suma relevância para a continuidade do processo, não podendo a Magistrada se eximir de tal responsabilidade, notadamente quando a diligência não representa ato protelatório ou desnecessário ao deslinde da causa.

Isto posto, opina esta Procuradoria no sentido de dar-se *provimento* a reclamação oferecida para que sejam imediatamente atendidas as diligências requeridas pelo *Parquet*, na forma deste Parecer.

Rio de Janeiro, 22 de junho de 2016.

CARLOS ANTONIO NAVEGA

Procurador de Justiça

Processo Administrativo. Consultoria Jurídica da Procuradoria-Geral de Justiça. Consulta formulada a respeito da possibilidade de transformação de cargos de Promotor de Justiça Substituto em cargos de Promotor de Justiça.

CONSULTORIA JURÍDICA DA PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA

Origem: Chefia Institucional.

Assunto: transformação de órgãos de execução.

Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça,

I

1. Trata-se de consulta formulada por Vossa Excelência a respeito da possibilidade de transformação de 84 (oitenta e quatro) cargos de Promotor de Justiça Substituto em 80 (oitenta) cargos de Promotor de Justiça, os quais seriam alocados em Promotorias de Justiça com funções de substituição e auxílio na integralidade do Estado do Rio de Janeiro. Após a transformação, ainda remanesceriam 20 (vinte) cargos de Promotor de Justiça Substituto. Solicita, por fim, considerando o que dispõe o art. 53 da Lei Complementar nº 106/2003, seja emitido pronunciamento a respeito da existência de exclusividade, ou não, no exercício de funções de substituição exclusivamente pelos Promotores de Justiça Substitutos.

2. A solicitação inaugural é acompanhada de considerações a respeito da existência de 155 (cento e cinquenta e cinco) Procuradorias de Justiça Especializadas, com atuação em distintas áreas temáticas e órgãos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, e de 43 (quarenta e três) Procuradorias de Justiça de Região Especial, com atribuições de substituição e auxílio a qualquer uma das Procuradorias especializadas, ressaltando-se que todas integram a mesma classe e possuem a mesma remuneração.

3. Ainda é mencionado que, quando da publicação da Lei Complementar nº 106/2003, atual Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, existiam 95 (noventa e cinco) Promotorias de Justiça, órgãos na classe intermediária da carreira, com funções exclusivas de substituição. Esses órgãos eram distribuídos entre os Centros Regionais de Apoio Administrativo e Institucional.

II

4. Os órgãos, como se sabe, são centros de competência (*rectius*: atribuição), ocupados por agentes estatais, que se destinam ao cumprimento das atividades finalísticas do Estado. A competência, como reflexo da própria concepção de Estado de Direito, consiste na existência de autorização legal para a prática de determinado ato. A conduta dos agentes estatais, o que inclui os membros do Ministério Público, há de ter ressonância em uma atribuição correlata, prevista em lei ou em ato regulamentar

(v.g.: resolução), que, mantendo-se adstrita ao espaço de conformação oferecido pela norma de maior hierarquia, discipline a matéria.

5. Especificamente em relação ao quantitativo de órgãos de execução, cumpre lembrar a necessidade de serem proporcionais à efetiva demanda e à respectiva população da localidade, exigência que, embora subjacente ao bom senso, tornou-se expressa por força do art. 129, § 4º, c.c o art. 93, XIII, ambos da Constituição da República, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Qualquer *plus* mostrar-se-á lesivo aos cofres públicos, já que o quantitativo mobilizado em determinada atividade é desnecessário, e qualquer *minus* deixará de atender aos anseios da população, afastando-se do princípio da eficiência.

6. O Ministério Público brasileiro, por imperativo constitucional, é organizado em carreira, entendendo-se como tal o conjunto de classes, que congregam vários cargos, estruturado de modo a permitir a progressão funcional consoante critérios previstos na ordem jurídica. Os cargos que integram as classes são considerados cargos de carreira. Cargos isolados, por sua vez, somente possíveis em relação aos serviços auxiliares e em situações excepcionais, são aqueles que fazem parte do quadro, mas não possibilitam a progressão funcional.

7. Os membros do Ministério Público estadual ocupam cargos de carreira: Promotor de Justiça e Procurador de Justiça. Enquanto esse último cargo costuma apresentar feições unitárias, aquele está sujeito a inúmeras subdivisões. Daí se falar em Promotor de Justiça substituto ou titular; de 1ª, 2ª, 3ª entrância ou de entrância especial etc. Com a inatividade, os membros do Ministério Público deixam de integrar a carreira, isso porque não mais ocupam o cargo para o qual foram nomeados. Em consequência, será possível que outro agente venha a ingressar na carreira ou, mesmo, ocupar o antigo cargo do inativo.

8. As duas principais características da carreira são a mobilidade e a verticalidade. Não há carreira estática, ao menos no plano idealístico-formal, e muito menos carreira sem escalonamento orgânico-funcional.

9. Enquanto o provimento dos cargos iniciais da carreira é necessariamente antecedido pela aprovação em concurso público de provas e títulos, cada uma das classes subsequentes é acessada por provimento derivado, baseando-se o critério de decisão, alternadamente, na antiguidade ou no merecimento.

10. Na sistemática adotada pela Lei Orgânica Nacional, são órgãos de execução do Ministério Público estadual, entre outros, os Procuradores de Justiça e os Promotores de Justiça, sendo esses agentes alocados, respectivamente, em Procuradorias de Justiça e em Promotorias de Justiça, órgãos administrativos que contam com serviços auxiliares e ao menos um órgão de execução. É plenamente factível, desse modo, que cada Procuradoria ou Promotoria de Justiça absorva dezenas de Procuradores ou Promotores de Justiça.

11. Por força da necessária vinculação entre os planos funcional e administrativo, sempre que o membro do Ministério Público ingressa ou é promovido na carreira,

mudando de cargo, ele é alocado em um órgão administrativo, Procuradoria ou Promotoria de Justiça, correspondente à respectiva classe. O referencial de carreira, tanto no plano jurígeno como no axiológico, torna imperativo que as distintas classes sejam acomodadas de cima para baixo, o que busca assegurar a completude das classes superiores e oferecer espaço nas classes inferiores, permitindo, inclusive, que novos agentes sejam recrutados para a carreira do Ministério Público.

12. À luz dessas constatações, pode-se concluir que, se o Ministério Público é organizado em carreira, é factível que a mobilidade se inicie na própria classe e se estenda à classe inferior, não sendo lógico ou razoável que o acesso a escalões mais elevados da carreira coloque o respectivo agente em pior situação jurídica, sendo preterido por aqueles situados em classe inferior. Nessa linha, a única interpretação que se mostra compatível com a Constituição é aquela que apregoa a necessidade de, uma vez identificada a vacância de uma Procuradoria ou Promotoria de Justiça, ser ela oferecida àqueles que já se encontram na respectiva classe. Não ocorrendo interessados, abre-se o órgão à promoção daqueles que se encontram na classe imediatamente inferior. Somente assim será possível falar em uma verdadeira organização em carreira.

13. Com os olhos voltados à estrutura do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, observa-se que a Instituição, por força do art. 50 da Lei Complementar Estadual nº 106/2003, é constituída de um quadro único, estruturado em carreira e escalonado em cargos de Procurador de Justiça, de Promotor de Justiça e de Promotor de Justiça Substituto. Apesar da previsão, nos incisos III e IV do art. 7º desse diploma normativo, no sentido de que Procuradores de Justiça e Promotores de Justiça são “órgãos de execução”, o que estaria em perfeita harmonia com a sistemática da Lei nº 8.625/1993, os arts. 51 a 54, ao tratarem “do preenchimento dos órgãos de execução”, encampam perspectiva diversa, que tem se mostrado tradicional no Rio de Janeiro: De modo mais preciso: as Procuradorias e Promotorias de Justiça, ao invés de serem tratadas como órgãos administrativos, que receberiam os órgãos de execução e os serviços auxiliares, estes últimos também órgãos administrativos, foram consideradas órgãos de execução. Esses preceitos, portanto, dispõem sobre a forma de provimento, pelos ocupantes dos cargos de Procurador de Justiça, Promotor de Justiça e Promotor de Justiça Substituto, dos órgãos de execução homônimos, vale dizer, das Procuradorias de Justiça, das Promotorias de Justiça e das Promotorias de Justiça de Substituição. Eis o que dispõem o art. 52 e o *caput* do art. 53, *verbis*: “Art. 52 - Aos Procuradores de Justiça cabe a titularidade, por lotação, das Procuradorias de Justiça”. “Art. 53 - Os Promotores de Justiça serão lotados, como titulares, em Promotorias de Justiça e os Promotores de Justiça Substitutos em Promotorias de Justiça de substituição”.

14. A diferença técnica identificada entre a Lei nº 8.625/1993 e a Lei Complementar Estadual nº 106/2003, longe de configurar mera sutileza acadêmica, possui reflexos diretos na estruturação do sistema de atribuições.

15. Como se sabe, o órgão possui duas características essenciais: a institucional (*institutionelle*), indicando a sua integração à estrutura administrativa, e a funcional

(*funktionelle*), apontando para as competências que está legalmente autorizado a exercer.¹ Não pode haver conduta estatal sem competência. Estrutura orgânica e competência são como o corpo e a alma, não sendo possível conceber a existência de um desacompanhado do outro. Competência, assim, não é um mero fator agregado e secundário ao órgão, mas a sua própria identidade. Num Estado de Direito, a competência há de encontrar sustentação no referencial mais amplo de juridicidade, não podendo ser colhida no imaginário, individual ou coletivo.

16. Se adotarmos a premissa, consagrada na Lei nº 8.625/1993, de que Procuradores e Promotores de Justiça são órgãos de execução, seria necessário agregar-lhes as respectivas atribuições, o que significa dizer a esfera territorial e temática em que devem atuar. Nesse caso, quem proporia uma ação ou interviria em um processo seria o Procurador ou o Promotor de Justiça. Se, ao revés, adotarmos a premissa há muito consagrada no Rio de Janeiro e, em especial, na Lei Complementar nº 106/2003, as atribuições teriam que ser agregadas às Procuradorias e Promotorias de Justiça. Com isso, quem atuaria seria a Procuradoria ou a Promotoria de Justiça.

17. Não é necessário um profundo exercício de divagação teórica para se constatar que a sistemática da Lei nº 8.625/1993 é de difícil, senão impossível implementação em sua pureza conceitual. Afinal, é factível que provimento do cargo e alocação do agente no setor em que irá atuar configurem momentos distintos e sucessivos. O mesmo, aliás, ocorre na magistratura, em que o Juiz de Direito é empossado e, ato contínuo, tem sua competência fixada, a qual, frise-se, pode sofrer inúmeras alterações, voluntárias, ou não, no decorrer de sua carreira.

18. Mesmo os Ministérios Públicos Estaduais, como o de São Paulo, que historicamente se ajustam ao modelo da Lei nº 8.625/1993, vinculam as atribuições às Procuradorias e Promotorias de Justiça, que seriam meros órgãos administrativos, não órgãos de execução.

19. Avançando na sistemática da Lei Complementar Estadual nº 106/2003, é possível afirmar que, quando o seu art. 50 dispõe que cada classe da carreira agrupará “cargos da mesma denominação e equivalentes atribuições e responsabilidades”, a referência a *atribuições* diz respeito, apenas, ao seu enquadramento no regime jurídico próprio. Em um segundo momento, quando os ocupantes desses cargos forem lotados nos órgãos de execução, que são as Procuradorias de Justiça, Promotorias de Justiça ou Promotorias de Justiça de Substituição, passarão a exercer um rol de atribuições específicas, afetas a estas estruturas orgânicas.

20. Diversamente ao que se verificava na sistemática da Lei Complementar Estadual nº 28/1982, que foi expressamente revogada pelo art. 176 da Lei Complementar nº 106/2003, as atribuições dos órgãos de execução não foram detalhadas pela legislação, o que é mais que justificável em razão da necessidade de a Instituição ajustar-se de maneira célere e eficaz às demandas sociais. Doravante, passarão a sê-lo por meio de resolução. Apesar disso, o art. 175 da Lei Complementar nº 106/2003 estabeleceu uma

¹ Cfr. MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 17ª ed., München: Verlag C. H. Beck, 2009, p. 527-528.

ressalva, *verbis*: “Art. 175 – Os artigos da Lei Complementar n.º 28, de 21 de maio de 1982, que cuidam das atribuições dos órgãos de execução do Ministério Público, permanecerão em vigor até a edição das Resoluções que dispuserem sobre as novas atribuições”.

21. A Lei Complementar n.º 106/2003, portanto, não incursionou na definição das atribuições dos órgãos de execução. Como vimos, apenas dispôs sobre a vinculação, a título de lotação, designação ou convocação, dos ocupantes dos cargos aos órgãos de execução.

22. A designação é marcada pela provisoriedade, já que o ocupante não é definitivamente vinculado a um órgão de execução. Essa afirmação, aparentemente simples, exige algumas reflexões complementares. Em primeiro lugar, observa-se que todos os membros do Ministério Público são lotados em órgãos de execução, o que denota a permanência do vínculo, logo, são titulares: os Procuradores nas Procuradorias de Justiça, os Promotores de Justiça nas Promotorias de Justiça e os Promotores de Justiça Substitutos nas Promotorias de Justiça de Substituição. Em segundo lugar, observa-se ser plenamente factível termos órgãos de execução com funções específicas de substituição ou auxílio na mesma classe em que se encontrem órgãos com atuação setorial, de natureza territorial ou temática. Na atualidade, temos os Procuradores de Justiça da Região Especial, Promotores de Justiça com atribuição específica de substituição e Promotores de Justiça Substitutos – os quais somente atuam em auxílio ou em substituição às Promotorias de Justiça. Com isso, os agentes lotados nesses órgãos de execução serão designados para atuar junto a outros órgãos de execução. A três, a grande *summa divisio* existente em relação à designação diz respeito à primeira e à segunda instância, já que os Procuradores de Justiça somente podem atuar perante o Tribunal de Justiça, por força do que dispõe o art. 42 da Lei Complementar n.º 106/2003, enquanto Promotores de Justiça e Promotores de Justiça Substitutos podem exercer idênticas atribuições em primeira instância e, os últimos, como veremos, em segunda instância.

23. Também merece menção a denominada substituição por convocação. Trata-se de forma de provimento derivado, por meio do qual um membro do Ministério Público é designado, pelo Procurador-Geral de Justiça (art. 10, VI, da Lei n.º 8.625/1993), para exercer funções afetas a outro órgão, nos casos de licença ou de afastamento do titular. A substituição por convocação pressupõe a existência de previsão específica na lei orgânica estadual (art. 65).

24. Conforme o art. 15, §2º, da Lei n.º 8.625/1993, a convocação depende de prévia manifestação escrita do interessado, que deverá formular requerimento nesse sentido ao Conselho Superior, órgão que detém a atribuição de indicar ao Procurador-Geral, Promotores de Justiça para substituição por convocação (art. 15, V).

25. Não obstante os amplos termos do art. 65, que faz menção aos “membros do Ministério Público”, o sistema da Lei n.º 8.625/1993 somente prevê a possibilidade de os Promotores de Justiça serem convocados, podendo exercer suas funções junto a Promotorias ou a Procuradorias de Justiça. Além do disposto no art. 15, V, essa conclusão é corroborada pela regra do art. 22, III (“A Procuradoria de Justiça compete, na forma da Lei Orgânica, entre outras atribuições: (...) III – solicitar ao Procurador-Geral de Justiça,

em caso de licença de Procurador de Justiça ou afastamento de suas funções junto à Procuradoria de Justiça, que convoque Promotor de Justiça da mais elevada entrância ou categoria para substituí-lo"). Nada impede, no entanto, que a lei estadual disponha, expressamente, sobre a possibilidade de convocação de Procuradores de Justiça.

26. O membro do Ministério Público convocado terá direito à percepção da diferença de vencimento entre o seu cargo e o que ocupar (art. 45). A convocação, é importante frisar, não se confunde com a designação para assegurar a continuidade do serviço (art. 10, IX, f, da Lei nº 8.625/1993). Na convocação, um membro do Ministério Público que é titular de um órgão de execução é afastado de suas funções, com sua concordância, para exercer atribuições afetas a outro. Na designação, ao revés, o membro do Ministério Público que seja titular de um órgão continua a exercer as suas atribuições regulares e, paralelamente, acumula as funções de outro órgão. Em não sendo titular ou, ainda que o seja, caso o seu órgão se destine à substituição, somente exercerá as funções afetas ao órgão para o qual foi designado.

27. Essas breves reflexões em torno da lotação, da designação e da convocação apresentam singular relevância para a compreensão sistêmica do sopro anímico do exercício das atribuições afetas ao Ministério Público. Em outras palavras, nem o sistema da Lei nº 8.625/1993 nem o da Lei Complementar Estadual nº 106/2003 dispõem que certas atribuições deverão ser exercidas, com exclusividade, pelos ocupantes de certa classe. Há, apenas, vedações pontuais, como a impossibilidade de os Procuradores de Justiça atuarem em primeira instância ou de os Promotores de Justiça Substitutos serem convocados para atuar perante o Tribunal. Esta última vedação, aliás, permite seja alcançada a natural inferência lógica de que o sistema privilegia a posição do agente na carreira, no delineamento de suas atribuições.

28. Em razão de sua absoluta coerência sistêmica, não há qualquer óbice à implementação da proposta de criação de Promotorias de Justiça com atribuição específica de substituição. Note-se que, além de as atribuições dos órgãos de execução serem definidas em resolução, não se identifica afronta à legislação de regência. Afinal, por imposição sistêmica, Promotores de Justiça e Promotores de Justiça Substitutos exercem rigorosamente as mesmas atribuições.

29. Além da ausência de óbice jurídico, há um argumento de grande relevância pragmática. Afinal, é sabido que a carreira do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro apresenta pouca mobilidade em razão do reduzido número de cargos vagos, o que faz que os Promotores de Justiça Substitutos, quando promovidos a Promotores de Justiça, sejam lotados, por longos anos, no interior do Estado. Enquanto isso, aqueles que permanecem como Promotores de Justiça Substitutos, normalmente com menos tempo na carreira, são designados, em caso de necessidade do serviço, para atuar na Capital, o que tem perdurado por longos anos, isso em razão da impossibilidade de serem promovidos em razão da ausência de órgãos de execução vagos.

30. O surgimento dessa estranha lógica institucional fez que o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro passasse a ser representado, ocasionalmente, na Capital e na respectiva região metropolitana, por membros indiscutivelmente valorosos, mas

que ainda não amalharam grande experiência institucional. A criação de Promotorias de Justiça com atribuição de substituição tende a amenizar esse quadro, já que abrirá a oportunidade de remoção para os Promotores de Justiça mais antigos, que estão no interior, e permitirá que os Promotores de Justiça Substitutos venham a amalhar mais experiência em Comarcas onde a complexidade social ainda não atingiu patamares idênticos àqueles da Capital.

31. Note-se que o fato de os Promotores de Justiça com atribuição de substituição virem a desempenhar as mesmas tarefas hoje desempenhadas pelos Promotores de Justiça Substitutos, longe de configurar um atentado à eficiência, em razão da maior remuneração que recebem, nela converge. Assim ocorre porque os Promotores de Justiça estão numa classe superior da carreira, à qual foram alçados por critérios de antiguidade ou merecimento, o que certamente concorre para a conclusão de que a sua atuação mostra-se diferenciada em relação àqueles que estão no limiar da carreira. Além disso, prestigia padrões mínimos de justiça e razoabilidade, permitindo que os mais antigos tenham preferência na escolha do seu local de atuação quando cotejados com os mais novíços.

32. Para o surgimento das Promotorias de Justiça com atribuição de substituição, como informado por Vossa Excelência, será necessária a transformação de cargos de Promotores de Justiça Substitutos em Promotores de Justiça. Como a retribuição estipendial destes últimos é 5% mais elevada, será natural a perda quantitativa de cargos. Daí a informação, apresentada por Vossa Excelência, no sentido de que serão necessários 84 (oitenta e quatro) cargos de Promotor de Justiça Substituto para que sejam obtidos 80 (oitenta) cargos de Promotor de Justiça. Não há, aqui, qualquer afronta à lógica ou à razão, pois cabe à Instituição definir o quantitativo de cargos de que necessita para a satisfação do interesse público. Por fim, ainda merece menção o fato de que tal não acarretará qualquer aumento de despesa, já que, com a transformação alvitrada, 4 (quatro) cargos de Promotor de Justiça Substituto deixarão de existir.

33. Note-se que a possibilidade de transformação de um cargo em outro, já existente na respectiva estrutura, teve sua juridicidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

Ações diretas de inconstitucionalidade. Medidas cautelares. Provimento nº 747/2000, do Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo, com as alterações introduzidas pelo Provimento nº 750/2001. Reorganização das delegações de registro e de notas do interior do Estado. Atos normativos abstratos e genéricos. Cabimento. Legitimidade ativa. Entidade de classe de âmbito nacional. Reconhecimento. Organização do serviço notarial e de registro. Competência dos Tribunais. Art. 96, I, b da CF. Ausência de plausibilidade da alegação de violação ao princípio da reserva legal. 1. Evidenciada a presença de comandos que dispõem genericamente e para o futuro sobre todas as serventias de notas

e registros do interior paulista, possui o Provimento impugnado, a característica de ato normativo passível de exame no controle concentrado de constitucionalidade. 2. A legitimidade ativa da ANOREG – associação cujo enquadramento na hipótese prevista do art. 103, IX, 2ª parte da CF já foi confirmado por este Tribunal – não pode ser afastada por mera manifestação em sentido contrário promovida por seccional de outra entidade similar. 3. Não se tratando da criação de novos cargos públicos, possuem os Tribunais de Justiça estaduais competência para delegar, acumular e desmembrar serviços auxiliares dos juízos, ainda que prestados por particulares, como os desempenhados pelas serventias extrajudiciais. 4. Medida cautelar indeferida, por maioria, pela ausência de conveniência na suspensão dos Provimentos impugnados e de plausibilidade dos fundamentos da inicial (STF, Pleno, ADI-MC nº 2.415/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 13/12/2001, DJ de 20/02/2004).

34. O importante é que, por ocasião da transformação, os cargos de Promotor de Justiça Substituto estejam vagos, isso sob pena de burla ao sistema de remoção.

III

35. É o que esta Consultoria Jurídica tem a dizer.

Rio de Janeiro, 9 de março de 2017.

EMERSON GARCIA

Consultor Jurídico

Processo Judicial. Parecer do Ministério Público. 1ª Promotoria de Justiça Cível e de Família da Ilha do Governador. Notícia de prática de abuso sexual que não deixa vestígios físicos e Síndrome da Alienação Parental. Regulamentação de convivência.

EMENTA: Notícia de prática de abuso sexual que não deixa vestígios físicos e Síndrome da Alienação Parental: reflexões. Litígio severo entre o ex-casal. Tentativa de evitar estereótipos da mãe alienadora e do pai abusador. Análise a respeito da conduta materna ao longo do trâmite processual: descumprimento reiterado, por parte da genitora, da decisão de regulamentação de convivência provisória estabelecida pelo Juízo. Mãe que afirma preparar um futuro para a filha sem o pai e que diz para ela que ele viajou. Proteção ou abuso de direito? Necessária escuta do pai em sede de estudos técnicos, já de início, para análise da questão do alegado abuso. Perfil de processos judiciais que tratam de hipóteses semelhantes em que a criança conta com algo em torno de 3 anos de idade ou menos. Questionamento a respeito da utilização dos bonecos anatômicos. Como será o desenvolvimento da prole sem a presença paterna? O dever de franquear aos filhos o contato com a linhagem materna e paterna. Acompanhamento psicológico do pai. Convivência assistida e em local público: hoje a filha já é adolescente.

2ª Vara de Família da Ilha do Governador – Comarca da Capital

1ª Promotoria de Justiça Cível e de Família da Ilha do Governador

PARECER FINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

MM. Dr. Juiz:

RELATÓRIO DOS AUTOS DO PROCESSO Nº (...)

Trata-se de ação de regulamentação de convivência proposta por XXX em face de YYY.

Alega o Autor que a Ré impede a sua convivência com a filha ****, que contava com 3 anos e 10 meses à época do ajuizamento do feito.

Afirma o Autor que a filha sempre foi muito apegada à família paterna, aos avós ----- aos primos -----, além da tia -----, eis que todos residiam juntos.

Isso porque, desde o nascimento, **** foi praticamente criada no ambiente familiar do Autor, até os 2 anos de idade.

Quando da separação das partes, elas haviam estabelecido, de maneira informal, livre sistema de convivência, inclusive com pernoite na família paterna.

Aduz o Autor que a Ré estabeleceu novo relacionamento, o que teria acarretado a diminuição do contato do Autor e sua família com ****.

Argumenta o Autor que **** sofre influência negativa da Ré que a coloca em uma situação de dilema de lealdade entre os pais.

Segundo o Autor, a Ré enfrentou o fim da conjugalidade com reflexos na parentalidade. A ausência paterna imposta pela genitora poderá, pois, ter consequências psicológicas para ****.

Para o Autor, se faz necessário fortalecer e estreitar os laços entre ele e a filha a fim de evitar a substituição da figura paterna.

Alega o Autor que passou a ser representado pela figura de mero provedor, pois o único papel que lhe cabe, com relação à filha, é o pagamento dos alimentos.

Com efeito, requer o Autor *initio litis* a convivência no festejo de Natal e, ao final, a regulamentação da sua convivência nos moldes preconizados no item 6 de fl. 07, da forma usualmente praticada nos Juízos de Família.

A petição inicial veio acompanhada dos documentos de fls. 09/15 merecendo destaque a certidão de nascimento da menina que, hoje, é uma adolescente (fl. 12).

Manifestação do MP à fl. 17 contrária ao pleito formulado *initio litis*, em sede de plantão Judiciário.

O Juízo de plantão, onde a ação foi proposta, remeteu a petição inicial à livre distribuição com a sua apreciação pelo Juízo com competência para tanto (fl. 18).

Novo pedido formulado *initio litis* para a festa de Ano Novo à fl. 21.

Outro pedido formulado *initio litis* para que o Autor possa ter a filha em sua companhia no aniversário dela à fl. 23.

Manifestação favorável do MP à fl. 23v.

Decisão à fl. 24 com o deferimento da tutela *initio litis*, em finais de semanas alternados, das 9h de sábado às 18h de domingo, com pernoite.

Agravo de Instrumento interposto pela Ré conforme fls. 26/33 acompanhado dos documentos de fls. 34/54, em face da decisão de fl. 24.

Pedido de aditamento à petição inicial às fls. 57/60, com a juntada dos documentos de fls. 61/64.

À fl. 65 requer o Autor a regulamentação da convivência provisória inclusive com relação ao aniversário de **** e na creche onde ela estudava. Documentos juntados às fls. 66/69.

Decisão à fl. 72, em sede de juízo de retratação, em que é reconsiderada a decisão da fl. 24 para indeferir a convivência provisória paterna.

Documentos acostados às fls. 74/78.

Contestação às fls. 81/85 em que a Ré alega que somente passou a impedir a convivência paterna quando tomou ciência de fatos abusivos perpetrados pelo Autor em face da filha.

Afirma a Ré que restou confirmada a suspeita de abuso sexual do Autor em face de ****, o que foi objeto de registro junto à DCAV que deu origem ao inquérito policial nº 508/05, atualmente em trâmite junto à 25ª Promotoria de Investigação Penal.

Aduz a Ré que, no caso de sobrevir sentença penal condenatória, entre os efeitos secundários da condenação está a incapacidade para o exercício do poder familiar.

Ao final, requer a Ré a improcedência do pedido.

Juntada de documentos às fls. 97/98.

Agravo de Instrumento interposto pelo Autor às fls. 102/114 em face da decisão da fl. 72.

Juntada de documentos às fls. 117/119.

Decisão em sede de 2º Grau às fls. 121/122 no sentido de não conhecer o Agravo de Instrumento que foi interposto pela Ré às fls. 26/33.

Negado seguimento ao Agravo de Instrumento interposto pela Ré (fls. 26/33) à fl. 123.

Assentada de audiência realizada perante o JIC à fl. 127 em que a parte Autora não estava presente, como justificado às fls. 128/129.

Decisão de 2º Grau às fls. 132/135 de provimento parcial do Agravo de Instrumento interposto pelo Autor (fls. 102/104) no sentido de que a convivência deveria ser acompanhada por terceiro indicado de comum acordo pelos genitores ou por designação do Juiz.

Manifestação do Autor às fls. 140 e 141 no sentido de indicar pessoas para acompanhar a sua convivência com a filha.

Nova audiência perante o JIC à fl. 143 em que a Ré não compareceu, não obstante a intimação pela imprensa oficial à fl. 130.

Manifestação da Ré a respeito da decisão de fls. 132/135 às fls. 144/147 acompanhada do documento da fl. 148.

Manifestação do Autor às fls. 152/154 a respeito do descumprimento pela Ré da decisão de fls. 132/135 acompanhada do documento da fl. 155.

Manifestação da Ré às fls. 165/167 a respeito das pessoas indicadas pelo Autor para acompanhar a convivência às fls. 140/141 com a juntada dos documentos de fls. 168/173.

Realizada audiência perante o Juízo e o órgão ministerial à fl. 177 em que ficou determinada a convivência semanal no Fórum Regional da Ilha do Governador, no Setor do Serviço Social do Juízo.

Ali também foi determinada a realização de estudo psicológico imediato e de estudo social decorridos 2 meses após a convivência paterna acompanhada pela equipe técnica do Juízo.

Decisão à fl. 180 em que foi ampliada a convivência paterna para também se dar aos sábados, quinzenalmente, das 14h às 18h, acompanhada da avó materna.

Pedido formulado pelo Autor à fl. 181 de indicação de Assistentes Técnicos.

Decisão do Juízo à fl. 182 de indeferimento do pedido de indicação de Assistente Técnico formulado pelo Autor.

Decisão de 2º Grau às fls. 184/186 em que, mais uma vez, foi ampliada a convivência paterna, para as quintas-feiras, entre 16h e 18h, no mesmo local designado pelo Juízo de 1º Grau.

Agravo de Instrumento interposto pelo Autor às fls. 189/202 em face da decisão da fl. 177.

Parecer elaborado por psicóloga de confiança do Autor apresentado por ele às fls. 203/217.

Mantida a decisão da fl. 177 em sede de juízo de retratação à fl. 219.

Informações prestadas pelo Juízo de 1º Grau em sede de AI (fls. 189/202) às fls. 220/222.

Pedido do Autor de acompanhamento da convivência do pai pela avó paterna, o que foi objeto de apreciação pelo Juízo à fl. 223.

Pedido do Autor de intimação da avó materna, assim como da Ré para dar cumprimento à decisão de fls. 180, o que foi deferido pelo Juízo à fl. 224.

Mandado de intimação da avó materna a respeito da necessidade de cumprimento da decisão da fl. 180 às fls. 230/231.

Manifestação do Autor às fls. 232/237 em que requer que a Ré seja advertida da necessidade de cumprimento dos horários fixados, com a autorização de compensação do tempo de atraso no próprio dia de convivência, bem como para que seja intimada a Ré para fornecer o endereço da creche onde **** então estava matriculada.

Ali requer ainda o Autor a juntada do parecer elaborado por psicóloga de sua confiança. Por fim, requer, ainda a convivência, nos dias de semana, acompanhada pela psicóloga do Juízo e pela avó paterna, enquanto pendente de julgamento Agravo de Instrumento por ele interposto.

Manifestação do Autor às fls. 238/239 a respeito do laudo por ele apresentado, com a juntada dos documentos de fls. 240/249.

Manifestação da Assistente Social do Juízo às fls. 251/252 a respeito das alegações do Autor de fls. 232/237.

Pedido de compensação da convivência formulado pelo Autor à fl. 253 acompanhado do documento de fls. 254/255.

Manifestação da psicóloga e da assistente social do Juízo à fl. 259.

Ofício do CT Ramos à fl. 260.

Manifestação da Ré às fls. 262/268 a respeito de fls. 250 e 256.

Manifestação do MP à fl. 272.

Manifestação do Autor às fls. 273/275 em que requer a designação de outra assistente social para a realização de estudo social.

Laudo psicossocial às fls. 277/288.

Decisão de 2º Grau às fls. 291/294.

Outra assistente social designada para acompanhar a convivência à fl. 295. Diante das conclusões do laudo psicossocial, o Juízo requereu que as partes informassem a respeito de pessoa da confiança de ambos para fazer o acompanhamento da convivência.

O Autor indica a avó paterna para acompanhamento da convivência à fl. 298.

Manifestação do Autor em que requer seja indagado à Ré onde se situa a creche em que, então, **** estava matriculada.

Manifestação do Autor a respeito do estudo psicossocial às fls. 314/324, com a juntada do parecer elaborado por psicóloga de sua confiança às fls. 325/335.

Manifestação da Ré a respeito do estudo psicossocial às fls. 336/347.

Manifestação do MP à fl. 348.

Manifestação do Autor às fls. 349/350 a respeito do atraso da Ré no cumprimento da convivência.

Petição apresentada pela Abrapia às fls. 351/355 através da psicóloga que subscreveu o laudo inicialmente apresentado nos autos às fls. 42/43.

Manifestação do Autor à fl. 358 no sentido de que a Ré não levou **** para cumprimento da convivência paterna por 2 dias.

Outra assistente social designada pelo Juízo à fl. 364 para acompanhar a convivência. O Juízo, mais uma vez, indagou as partes a respeito da indicação de pessoa da confiança de ambas para acompanhar a convivência.

Informação prestada pela equipe técnica do Juízo às fls. 366/367.

Manifestação da Ré a respeito da fl. 364 às fls. 370/372 acompanhada dos documentos de fls. 373/374.

Manifestação do Autor à fl. 376 a respeito da falta de comparecimento e do atraso da Ré na realização da convivência paterna. Ele requer a regulamentação da convivência no Natal e no Ano Novo.

Determinação do Juízo à fl. 377 no sentido de intimar a avó materna para se disponibilizar em colaborar com o Juízo em mais um dia da semana para viabilizar a convivência paterna.

Mandado de intimação positivo da avó materna às fls. 379/380.

Decisão às fls. 381/383 em que fica permitida a convivência às quintas-feiras, na residência da avó materna, entre 17h e 18h, diante da concordância dela.

Manifestação da Ré a respeito de depoimento prestado pela psicóloga que subscreveu o laudo de fls. 42/43 junto à 8ª Promotoria de Justiça acompanhada dos documentos de fls. 388/389.

Manifestação do MP à fl. 390.

Decisão do Juízo à fl. 391 em que indefere a convivência no Natal e no Ano Novo.

Decisão de 2º Grau às fls. 394/396 em que suspende a convivência ampliada pela decisão de fls. 381/383 do Juízo de 1º Grau.

Informações prestadas pelo Juízo em sede de AI interposto pela Ré em face da decisão de fls. 381/383 às fls. 399/401.

Agravo de Instrumento interposto pela Ré em face da decisão de fls. 381/383 às fls. 403/420.

Manifestação do Autor em provas à fl. 424.

Manifestação da Ré em provas à fl. 425.

Manifestação do Autor às fls. 426/427 em que requer a reposição de horas da convivência descumpridas pela Ré com a juntada dos documentos de fls. 428/431.

Decisão à fl. 433 que indefere o pedido de reposição de horas, com a determinação de intimação da Ré para dar cumprimento à decisão de 2º Grau de fls. 304/307, sob pena de fixação de multa pelo descumprimento.

Manifestação do Autor às fls. 437/438 em que noticia o descumprimento da convivência pela Ré e requer a regulamentação na data de aniversário de ****. Acompanham os documentos de fls. 439/440.

Ofício encaminhado pela 8ª Promotoria de Justiça da Infância e Juventude da Comarca da Capital às fls. 441/442.

Agravo de Instrumento interposto pelo Autor em face da decisão de fl. 433 às fls. 448/457.

Manifestação da Ré às fls. 458/460 a respeito da intimação para dar cumprimento à convivência e a respeito do aniversário de **** com a juntada do documento da fl. 461.

Manifestação do MP à fl. 462 em que oficia pela manutenção do regime de convivência já estabelecido e requer a realização de perícia psiquiátrica com a avaliação dos genitores.

Decisão às fls. 463/464 em que foi determinado que se aguardasse a comprovação da intimação da Ré para cumprir a convivência estabelecida, sob pena de multa para, diante de eventual notícia por parte do Autor, de novo descumprimento, se impor a medida coercitiva.

Ali também foi indeferido o pedido de convivência durante o aniversário de ****. Tendo em vista o severo litígio entre as partes, o Juízo não designou audiência com base no art. 331 do CPC e proferiu decisão saneadora, com a apreciação do pedido de provas formulado pelas partes e pelo MP.

Mandado de intimação positivo da parte Ré às fls. 470/471.

Assistentes técnicos indicados pelo Autor para a realização da prova pericial com a apresentação de quesitos às fls. 472/474 e com a juntada dos documentos de fls. 476/489.

Decisão de 2º Grau às fls. 493/494 a respeito da suspensão da decisão de fls. 381/383.

Agravo de Instrumento interposto pelo Autor às fls. 495/505 em face da decisão de fls. 463/464.

Mantida a decisão de fls. 463/464 em sede de juízo de retratação à fl. 508.

Informações prestadas pelo Juízo de 1º Grau à fl. 509.

Manifestação da Ré às fls. 511/512 em atenção aos documentos juntados pela parte Autora de fls. 476/489 com a juntada dos documentos de fls. 513/520.

Manifestação da Ré às fls. 523/524 de impugnação à assistente técnica indicada pelo Autor com a apresentação dos quesitos de fls. 525/526.

Juntada de documentos oriundos da 8ª Promotoria da Infância e Juventude da Capital às fls. 528/533.

Relato elaborado pelas assistentes sociais do Juízo às fls. 534/536.

Decisão de 2º Grau às fls. 539/542 que inadmitiu o Agravo de Instrumento interposto pelo Autor.

Manifestação do MP às fls. 546/550 em que se requer a suspensão da convivência paterna.

Decisão às fls. 552/556 de suspensão da convivência paterna.

Manifestação do Autor às fls. 559/565 em que apresenta julgado do STJ acompanhada dos documentos de fls. 566/579.

Agravo de Instrumento interposto pelo Autor às fls. 583/623 em face da decisão de fls. 552/556.

Informações do Juízo em sede de Agravo de Instrumento às fls. 627/630.

Quesitos oferecidos pelo MP às fls. 631/632.

Decisão às fls. 633/634 que indefere um dos assistentes técnicos indicados pelo Autor e que indefere os quesitos: 3º, 6º, 8º e 9º quesitos apresentados pelo Autor às fls. 473/474 e o 7º quesito apresentado pela Ré às fls. 525/526.

Decisão de 2º Grau às fls. 637/640 em sede de AI interposto em face da decisão de fls. 463/464 que a mantém.

Manifestação do Autor à fl. 646 de substituição do assistente técnico.

Decisão de 2º Grau às fls. 649/654 em sede de AI interposto em face da decisão de fls. 552/556 que a mantém.

Pedido de convivência paterna no dia do aniversário de **** à fl. 657.

Manifestação contrária do MP ao pedido de fl. 657 às fls. 658/658v.

Decisão do Juízo à fl. 659 que indefere o pedido da fl. 657.

Decisão de 2º Grau à fl. 662 em que se mantém a decisão da fl. 657.

Manifestação do Autor às fls. 667/668 com pedido de convivência no Natal e no Ano Novo.

Manifestação do MP de indeferimento do pedido de fls. 667/668 às fls. 669/669v.

Decisão do Juízo à fl. 670 de indeferimento do pedido formulado às fls. 667/668.

Manifestação do Autor às fls. 675/683 com a juntada dos documentos de fls. 684/693 com o pedido de revisão do sistema de convivência; com pedido da possibilidade de convivência no aniversário de **** ou autorização para entrega pessoal dos presentes comprados pelo pai ao longo dos anos; e com pedido de intimação da Ré para informar ao Juízo sobre as atividades escolares de ****, com a comprovação das respectivas avaliações e manter o Juízo informado sobre qualquer alteração acerca da formação acadêmica de ****.

Manifestação do MP às fls. 694v/695 pela manutenção da decisão de fls. 552/556, mas pelo deferimento do que diz respeito à informação das atividades escolares.

Decisão do Juízo às fls. 711/711v de indeferimento do pedido de revisão do sistema de convivência que está suspensa com o deferimento do que diz respeito à informação das atividades escolares. Com relação à entrega dos presentes, o Juízo determinou a indicação de pessoa de confiança do Autor para acompanhar a entrega na residência materna, no caso de concordância da genitora.

Decisão de 2º Grau à fl. 721 que nega seguimento ao AI interposto em face da decisão de fls. 711/711v.

Manifestação da Ré às fls. 722/724 em que requer a expedição de ofício à escola onde a menina estuda para que a diretora informe o fato estranho ocorrido com uma mulher que teria tentado buscar ****; e requer a entrega dos presentes na sala da Assistente Social do Juízo para que a menina não tenha contato com o Autor.

Manifestação da Ré às fls. 737/738 em que se opõe à entrega dos presentes por meio da avó paterna sugerida no despacho da fl. 725.

Manifestação do Autor às fls. 739/740 com o pedido de que os presentes sejam entregues diretamente pelo pai, sem prejuízo do comparecimento de toda a família paterna.

Agravo de Instrumento interposto pelo Autor às fls. 742/753 em face da decisão de fls. 711/711v.

Decisão às fls. 754/755v que manteve a decisão recorrida, considerou que a juntada da cópia do recurso foi intempestiva e não acolheu o pedido de entrega dos presentes em mãos.

Informações do Juízo em sede de Agravo de Instrumento às fls. 762/763.

Exame pericial com a Ré às fls. 769/771.

Agravo de Instrumento interposto pelo Autor às fls. 776/781 em face da decisão de fls. 754/755v.

Informações do Juízo em sede de Agravo de Instrumento às fls. 784/785.

Manifestação do Autor à fl. 791 com pedido de declaração de nulidade da perícia realizada às fls. 769/771.

Manifestação da Ré às fls. 792/793 em que requer a expedição de ofícios ao CACAV e à 25ª PIP da 1ª Central de Inquéritos.

Decisão à fl. 794 que determinou o refazimento da prova pericial deferida às fls. 463/464, item 4, A.

Parecer do Ministério Público às fls. 798/801 pelo não provimento do AI interposto em face da decisão de fls. 711/711v.

Acórdão às fls. 803/806 que não proveu o AI interposto em face da decisão da fl. 17.

Decisão às fls. 808 acerca da não participação dos assistentes técnicos no refazimento da perícia, a não ser quanto às entrevistas posteriores de cada parte separadamente.

Parecer do Ministério Público às fls. 802/815 pelo não provimento do AI interposto em face da decisão de fls. 711/711v.

Decisão de 2º Grau às fls. 817/819 que mantém a decisão de fls. 711/711v.

Pedido do Autor à fl. 823 de regulamentação da convivência com a filha no Natal e no Ano Novo.

Manifestação do MP à fl. 824v pelo indeferimento do pedido da fl. 823, que foi acolhida na decisão de fl. 826.

Pedido do Autor à fl. 827 de regulamentação da convivência com a filha no aniversário dela.

À fl. 829 o MP opina pelo indeferimento do pedido da fl. 827 e à fl. 830 o Juízo acolhe o parecer ministerial.

Decisão de 2º Grau à fl. 834 que negou seguimento ao AI interposto em face da decisão da fl. 826, em razão da perda do objeto.

Manifestação do Autor às fls. 837/838 em que discute o afastamento gerado em relação à filha e os eventos decorrentes do dia dos pais para, ao final, requerer a regulamentação da convivência com a família paterna.

Manifestação da Ré à fl. 844 em que não concorda com o pedido de reencontro do Autor com a menina ****.

Manifestação do MP às fls. 847/847v em que opina pelo indeferimento dos pedidos de reencontro do genitor com a menina.

Decisão à fl. 848 que acolheu a promoção ministerial de fls. 847/847v.

Exame pericial com Autor e Ré às fls. 855/863, seguido das respostas aos quesitos às fls. 865/866.

A Ré se manifestou a respeito do laudo pericial às fls. 873/875. Assim também procedeu o Autor à fl. 876, que adicionalmente requereu a apreciação dos quesitos do MP apresentados à fl. 632 e a entrevista das partes, separadamente, pelos Assistentes Técnicos, em atenção à decisão da fl. 808.

Manifestação do MP às fls. 878/879 em que requer a realização de nova perícia que tenha como foco a questão de eventual transtorno sexual ou, subsidiariamente, a devolução dos autos ao Perito para que responda aos quesitos da fl. 632 apresentados pelo *Parquet*.

Às fls. 882/885 o Perito apresentou as respostas aos quesitos da fl. 632 e complementou o laudo pericial para dizer que não tem como afirmar sobre desvios de conduta e de sexualidade no Autor e que nenhuma das partes tem personalidade psicopática.

Manifestação do Autor às fls. 890/891, seguida dos documentos de fls. 892/898, em que requer a designação de audiência especial em busca de uma reaproximação com **** ou, subsidiariamente, a regulamentação da convivência com a abrangência dos períodos de férias escolares, Natal, Ano Novo e aniversário da menina.

Audiência especial às fls. 906/907.

Manifestação do MP às fls. 908/912 com pedido de realização de estudos social e psicológico e acerca de demais provas a serem produzidas.

Às fls. 914/916 o Autor acostou aos autos a cópia da decisão do Conselho Regional de Psicologia do Rio de Janeiro que aplicou a pena de cassação do registro profissional de Daisy Veiga Carvalho.

Manifestação da Ré às fls. 922/925 a respeito da decisão da fl. 902, que designou audiência especial.

Embargos de declaração interpostos às fls. 927/928 em face do conteúdo decisório constante da fl. 907, item 2.

Decisão à fl. 930 que não acolheu os embargos de declaração.

Manifestação do MP à fl. 936 em que direciona os esclarecimentos a serem feitos pela Perita a ser nomeada pelo Juízo.

Quesitos apresentados pelo Autor e indicação de assistente técnico à fl. 949.

À fl. 969 o MP reconsiderou a promoção de fls. 908/912 quanto à realização da perícia e estudos, mas reiterou os demais pedidos de provas formulados naquela oportunidade.

Manifestação do Autor às fls. 1.024/1.025 com pedido de regulamentação da convivência do genitor com ****.

Audiência às fls. 1.035/1.053 em que foram colhidos os depoimentos das partes, de três testemunhas do Autor, de uma testemunha da Ré e de uma informante.

Documentos juntados pelo Autor às fls. 1.057/1.060 e 1.062/1.141.

Alegações finais do Autor às fls. 1.145/1.164.

Manifestação do MP às fls. 1.166/1.168.

É o relato dos autos do Processo nº (...)

RELATÓRIO DOS AUTOS DO PROCESSO Nº (...)

Trata-se de ação de regulamentação de convivência proposta por ----- e ----- em face de YYY.

Alegam os Autores que sempre trataram a Ré com afeto, desde a época em que apenas namorava o filho deles, XXX, e que os vínculos de afetividade somente aumentaram após a notícia da gravidez dela, quando passaram a lhe direcionar ainda mais cuidado.

Sustentam que a menina **** demonstra muito afeto na relação com a família paterna, isto é, com o pai, os avós – ora Autores –, os tios e os primos, apesar do exercício arbitrário e abusivo do poder familiar pela Ré.

Argumentam os Autores que a Ré comete sérios atentados ao direito fundamental de **** conviver com seus familiares paternos, como quando não permitiu que o pai levasse a menina a uma festa junina da creche em que ela estuda.

Afirmam que a Ré omite de todos os familiares paternos o nome e o endereço da creche com o intuito de impedir o acesso à **** e que o desequilíbrio psicológico e a forte influência negativa da genitora são prejudiciais e altamente nocivos ao crescimento sadio da menina.

Com efeito, requerem os Autores *initio litis* a convivência no período de férias escolares de julho de 2006 e, ao final, a regulamentação da sua convivência nos termos do item 4 de fl. 09.

A petição inicial veio acompanhada da documentação de fls. 11/32.

Citação à fl. 50.

A parte Ré ofereceu contestação às fls. 51/61, por meio da qual suscita preliminar de inépcia da inicial e de carência da ação por inexistência de interesse de agir.

No mérito, ressalta a Ré a notícia de abuso sexual praticado pelo genitor.

Aduz que os Autores não foram capazes de proteger o desenvolvimento emocional e psicológico do próprio filho, o que enseja dúvida quanto à obtenção de êxito com a progressão da neta.

Indica a Ré que os Autores faltam com a verdade quando dizem que seu filho XXX reside em local diverso do endereço deles.

Aponta que não há prova de que a Ré viola qualquer direito da menina e requer, ao final, a improcedência dos pedidos dos Autores.

A peça de defesa veio acompanhada dos documentos de fls. 62/100.

Réplica às fls. 103/105.

Manifestação do MP às fls. 106/106v em que se opõe ao pedido de tutela antecipada, requer a expedição de ofício ao Juízo da 2ª Vara de Família e a manifestação das partes em provas, bem como opina pela rejeição das preliminares suscitadas pela Ré.

Decisão à fl. 107 que rejeitou as preliminares e deu outras providências.

Manifestação das partes, em provas, às fls. 110/112 e 115.

Informação do Serviço de Assistência Social à fl. 141.

Manifestação da Ré às fls. 145/149 em que reitera o pedido de improcedência do pleito autoral.

Manifestação dos Autores às fls. 151/161 em que defendem a integridade do filho e requerem a desconsideração da informação de fl. 141, ante a suspeita atuação das Assistentes Sociais, bem como a realização de estudo social.

Manifestação do MP às fls. 216/219 acompanhada dos documentos de fls. 220/230.

Decisão às fl. 230v que acolheu na íntegra a promoção de fls. 216/219 para indeferir o pedido de tutela antecipada e a oitiva da menina.

Agravo de Instrumento interposto pela parte Autora às fls. 274/310 em face da decisão de fl. 230v.

Decisão de 2º Grau às fls. 324/326 que negou provimento ao AI de fls. 274/310.

Pedido dos Autores à fl. 331 no sentido de que seja regulamentada a convivência no dia do aniversário da menina, ao que se opôs o MP às fls. 332/332v e o Juízo indeferiu às fls. 334/334v.

Às fls. 341/342 os Autores requereram a regulamentação da convivência com a neta no período de festas de fim de ano.

Às fls. 343/343v o MP se opôs ao pedido de fls. 341/342, que restou indeferido pela decisão de fl. 344.

Audiência especial às fls. 363/364.

Veio a notícia do óbito do 1º Autor por meio da certidão de fl. 365.

Informação do Serviço de Assistência Social à fl. 375.

Laudo do estudo social com a Autora à fl. 383.

ACIJ às fls. 402 que restou redesignada.

Agravo de Instrumento interposto pela Ré às fls. 418/424 em face da decisão de fl. 380 que indeferiu o pedido de gratuidade de justiça.

À fl. 429 o Juízo reconsiderou a decisão de fl. 380 para conceder o benefício da gratuidade de justiça.

Estudo social às fls. 440/441 realizado com a parte Ré com vistas a complementar o estudo de fls. 383/386.

Manifestação da Ré acerca do estudo social às fls. 467/468, oportunidade em que requer a realização de estudo psicológico.

Manifestação da parte Autora a respeito do estudo social às fls. 469/472, oportunidade em que requer a intimação da Ré para que informe o nome e o endereço da escola de **** e o deferimento do pedido de restabelecimento da convivência.

Manifestação do MP à fl. 472v em que opina pela realização do estudo psicológico e pela designação de audiência especial.

A parte Ré explicou às fls. 478/479 que a psicóloga da menina recomendou que ela não comparecesse à perícia.

Manifestação da Autora às fls. 480/484 em que reitera os pedidos consubstanciados na petição de fls. 469/472.

É o relato dos autos do Processo nº (...)

Autos com vista ao Ministério Público.

Trata-se de ação de regulamentação de convivência proposta por XXX em face de YYY.

Alega o Autor que a Ré impede a sua convivência com a filha ****, que contava com 3 anos e 10 meses à época do ajuizamento do feito.

Afirma o Autor que a filha sempre foi muito apegada à família paterna, aos avós ----, aos primos -----, além da tia paterna, -----, eis que todos residiam juntos.

Isso porque, desde o nascimento, **** foi praticamente criada no ambiente familiar do Autor, até os 2 anos de idade.

Quando da separação das partes, elas haviam estabelecido, de maneira informal, livre sistema de convivência, inclusive com pernoite junto à família paterna.

Aduz o Autor que a Ré estabeleceu novo relacionamento, o que teria acarretado a diminuição do contato dele e de sua família com ****.

Argumenta o Autor que **** sofre influência negativa da Ré, que a coloca em uma situação de dilema de lealdade entre os pais.

Para o Autor, se faz necessário fortalecer e estreitar os laços entre ele e a filha a fim de evitar a substituição da figura paterna.

Em contestação a Ré alega que somente passou a impedir a convivência paterna quando tomou ciência de fatos abusivos perpetrados pelo Autor em face da filha.

Afirma a Ré que restou confirmada a suspeita de abuso sexual do Autor em face de ****, o que foi objeto de registro junto à DCAV que deu origem ao inquérito policial nº 508/05, atualmente em trâmite junto à 25ª Promotoria de Investigação Penal.

Aduz a Ré que, no caso de sobrevir sentença penal condenatória, entre os efeitos secundários da condenação está a incapacidade para o exercício do poder familiar.

À época em que a ação foi proposta, como já foi dito, **** contava com apenas 3 anos de idade. A certidão de nascimento é acostada à fl. 12. Hoje ela já conta com 14 anos.

A questão dos autos se desenvolve a partir do momento em que a Ré se disse surpreendida pela alegada fala da filha no sentido de que seu pai a beijava:

(...); que quando a menor contava com três anos de idade, em uma certa ocasião a depoente e a menor estavam vendo TV no quarto quando surgiu uma cena de beijo na boca; que **** espontaneamente falou para a depoente “meu pai me beija”; que a depoente “gelou” e passou a perguntar para **** o que ocorria durante a visita do pai; que **** falou que o pai a beijava e mostrava as partes do corpo nas quais o pai a beijava, apontando para a boca, peito, olho, barriga, vagina e bumbum:... (fl. 1.037)

Diante disso, a Ré levou **** à pediatra, que procedeu à consulta da menina, nos termos da declaração médica de fl. 98. Também consta dos autos o Relatório Parcial elaborado pela Abrapia, às fls. 42/43. Posteriormente, a mesma psicóloga emitiu o Relatório Conclusivo de fls. 50/52. Tudo no sentido de haver fortíssimos indícios de que a menina sofreu abuso sexual por parte de seu pai.

Vale dizer que, em seguida, toda a prova produzida no processo se desenvolve tendo por base o Relatório Parcial e o Relatório Conclusivo, ambos elaborados pela mesma psicóloga da Abrapia.

A fim de se ater a uma análise mais aprofundada a respeito do que é tratado nos autos, este órgão ministerial teve que recorrer a outras disciplinas, notadamente à Psicologia Jurídica, com o intuito de trazer um novo olhar sobre a questão e tentar dirimi-la com a atenção que ela merece, pois o que está em jogo é o fato de **** ter acesso à sua linhagem paterna, que também faz parte da sua história, não obstante as graves acusações que pendem sobre o seu pai.

No entender deste órgão ministerial, diante do processado, não é o caso de se desqualificar toda a prova produzida até aqui. Mas, é preciso proceder a um exercício de relativização e, ainda, contextualizar que o processo foi ajuizado em 2005 e que ele foi atravessado por uma legislação posterior que traz uma outra visão sobre a questão ventilada nos autos.

Nesse sentido, vieram a lume as Leis nº 11.698/2008; 13.058/2014; e 12.318/2010. As duas primeiras dizem respeito à guarda compartilhada e a última dispôs sobre alienação parental.

Com efeito, no caso em exame, é preciso ressaltar que restou concluído que há fortes indícios de abuso sexual pela pediatra de ****; pela psicóloga da Abrapia; e pela equipe técnica do Juízo que as sucedeu. Mas, em larga medida, há outras injunções no processo que também precisam ser bem analisadas.

Por oportuno, vale dizer que as provas que fundamentam os fortes indícios de abuso sexual já foram debatidas à exaustão e foram muito bem avaliadas na decisão de fls. 552/556, datada de 25/04/2007, que suspendeu a convivência paterna.

Importa agora, pois, se debruçar sobre os autos sob uma outra ótica que também deflui da sua leitura e sobre a legislação positivada em momento posterior ao que a convivência paterna foi suspensa.

Em situações que envolvem notícia de abuso sexual, tal qual se procede neste feito, são comuns alegações sobre a importância da obtenção do testemunho da criança, supostamente vítima, não apenas em nome da sua garantia de direitos, mas também com a necessidade de se identificar e punir quem teria praticado o crime em face dela.

Diante disso, se por um lado se verifica uma notícia de abuso sexual; de outra mão não se pode esquecer que ganhou força nos últimos tempos o argumento da Síndrome da Alienação Parental (SAP), com a possibilidade de o abuso ser falso.

Releva notar que autores do ramo da Psicologia Jurídica revelam que as notícias de abuso sexual e a SAP se encontram relacionadas, especialmente, a situações de litígio conjugal e disputas de guarda de filhos:

De acordo com pesquisas realizadas (Amendola, 2006; Sousa, 2010), as temáticas SAP e falsas denúncias de abuso sexual ganharam vulto no Brasil especialmente a partir do reconhecimento legal da guarda compartilhada, o que ocorreu em 2008 (Lei nº 11.698). Ao longo do tempo, essa modalidade de guarda tem sido apontada na literatura nacional e internacional como importante dispositivo no sentido de afirmar a igualdade de direitos e deveres de pais separados e a manutenção da convivência familiar dos filhos após um desenlace conjugal.

No país, contudo, os debates sobre (des)igualdade parental e aplicação da guarda compartilhada pelo Judiciário parecem ter perdido a força ante a intensa divulgação da SAP e das falsas denúncias de abuso sexual promovida por profissionais de diversas áreas e membros de associações de pais separados. Nesse contexto, com frequência a conjecturada síndrome e as falsas denúncias de abuso foram apresentadas como interligadas (Guazzelli, 2007) ou mesmo tratadas como ideias sinônimas (Calçada, 2005) por parte dos profissionais e por pais que enfrentavam dificuldades na convivência com os filhos após o rompimento conjugal.¹

Contudo, no artigo “Falsas denúncias de abuso sexual infantil e Síndrome da Alienação Parental (SAP): distinções e reflexões necessárias”, as autoras, Analicia Martins de Sousa e Marcia Ferreira Amendola, apresentam dados obtidos em pesquisas de mestrado desenvolvidas por elas junto ao Programa de Pós-Graduação em Psicologia Social do Instituto de Psicologia da UERJ.

Diante disso, segundo as autoras, para avaliação das notícias de abuso sexual infantil e de alegada SAP, não se pode deixar de lado uma análise do contexto de litígio no relacionamento afetivo.

Isso porque, embora tenha ocorrido, de fato, o fim do relacionamento, é difícil para o ex-casal operar a separação emocional na medida em que vivenciam sentimentos de raiva, vingança, traição e decepção com o fim da relação.

E aí, muitas vezes, os filhos se veem envolvidos no conflito, o que contribui para a manutenção do litígio e traz repercussão para as relações parentais.

¹ SOUSA, Analicia Martins de; AMENDOLA, Marcia Ferreira de. Falsas denúncias de abuso sexual infantil e Síndrome de Alienação Parental (SAP): distinções e reflexões necessárias. In: BRITO, Leila Maria Torraca de (Org.). *Escuta de Crianças e de Adolescentes: reflexões, sentidos e práticas*. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2012, p. 88.

Nesse mesmo artigo, importante reproduzir trecho que se assemelha à hipótese dos autos:

Já Amendola (2009) verificou que, em situações como essas, alguns pais apelavam à justiça na tentativa de assegurar o direito de conviver e educar seus filhos. Com frequência, solicitavam a regulamentação de visitas ou, ainda, a inversão da guarda dos filhos, até então exercida pela genitora. Contudo, no decorrer do processo judicial, algumas mães guardiãs acusavam esses pais de terem abusado sexualmente dos filhos, conseguindo afastá-los, por meio de determinação judicial, do convívio com os pequenos. Após as referidas denúncias, tem sido frequente a suspensão do direito à visitação paterna até que sejam realizados a investigação e o esclarecimento do caso. Nesse ínterim, muitos pais acusados alegam, em sua defesa, que as denúncias feitas seriam falsas, motivadas por sentimentos de vingança e raiva por parte de suas ex-mulheres.²

Com efeito, repita-se, sustentam as autoras especializadas que é preciso proceder a uma análise da conjuntura do litígio conjugal e da disputa pela guarda ou pelo direito à convivência, uma vez que ali despontam diversos fatores envolvidos. A notícia de abuso sexual contra crianças que surge nesse momento precisa, pois, ser problematizada no contexto em que elas aparecem.

A grande dificuldade que vem para todos os profissionais que atuam em situações como a presente, seja para os operadores do Direito, seja para a equipe técnica, que tomam contato com hipóteses semelhantes, se concentra na identificação da ocorrência de violência sexual que não deixa vestígios, fato comum nesses casos.

Resulta daí a busca pelo diagnóstico através da manifestação de possíveis sintomas e sinais. A leitura especializada sobre o tema, no entanto, esclarece que é inviável e imprudente a generalização ante a impossibilidade de constatação de um padrão de comportamento e sintomas específicos ao abuso sexual. Segue:

Segundo a experiência de alguns autores (Ceci e Bruck, 2002; De Young, 1986; Green, 1993; Haugaard e Repucci, 1988; Sanderson, 2005), há casos em que crianças abusadas sexualmente não apresentaram alteração aparente de comportamento, enquanto outras, que não foram abusadas, exibiram comportamentos considerados comuns em vítimas de abuso. Isso ocorre porque os indicadores comportamentais e de personalidade raramente diferenciam sintomas ocasionados pelo estresse do abuso sexual de

² *Ibidem*, p. 91.

outros produzidos por diferentes tensores na vida de uma criança, como o falecimento de uma pessoa querida, o nascimento de um irmão ou a separação dos pais.

...

Para Sanderson (2005), é fundamental que os profissionais que atuam em casos envolvendo suspeita de abuso sexual infantil contextualizem a situação, conhecendo a criança, sua família e seu mundo social, assim como os sinais emitidos por esses personagens.

Dessa maneira, evitar-se-iam julgamentos apressados sobre a ocorrência do abuso, haja vista o fato de que um diagnóstico equivocado ou precipitado pode gerar danos tanto à criança quanto à sua família. A violência sexual contra a criança não deve ser entendida como ato isolado, “psicologizado pelo descontrole, pela doença, pela patologia, mas como um desencadeador de relações que envolvem a cultura, o imaginário, as normas, o processo civilizatório de um povo” (Faleiros, 1998, p. 267).³

Porém, na visão das autoras, importa notar que a ocorrência do conflito por parte do ex-casal e a disputa judicial pela guarda dos filhos ou pelo direito à convivência não implica reconhecer que as acusações de abuso sexual em face da criança sejam falsas. E, ainda, sob a ótica das autoras, uma falsa notícia de abuso, nesse contexto, não seria, necessariamente, realizada por má-fé, na intenção de prejudicar o acusado.

O que se quer dizer, repita-se, é que não é o caso de se desqualificar toda a prova produzida até aqui. Mas, é preciso proceder a um exercício de relativização e, ainda, contextualizar a notícia de abuso com o cenário social atual em que se vislumbra a possibilidade de ocorrência de alienação parental que, inclusive, foi positivada por meio da Lei nº 12.318/2010.

De outra mão, o conceito de Síndrome de Alienação Parental foi trazido pelo psiquiatra norte-americano Richard Gardner (1931-2003), mas não se pode adotá-lo sem fazer um exame cuidadoso sobre ele, na medida em que transformou uma questão coletiva e política em um problema de crise pessoal ou psiquiátrico⁴.

Assim é que as dificuldades vivenciadas por muitas famílias em conflito passaram a ser vistas como uma questão de patologia individual. Então, é preciso avaliar os comportamentos vistos como expressão da tal síndrome, de modo que seja possível intervir sobre os diversos fatores sociais, jurídicos, políticos e legislativos que, ao longo do tempo, vêm contribuindo para a ocorrência de tais situações.

O que se quer dizer é que não se pode generalizar e afirmar que as alegações de violência sexual contra crianças no contexto da separação conjugal sejam verdadeiras

³ *Ibidem*, p. 95.

⁴ *Ibidem*, p. 104.

ou falsas. Mas é, sim, necessário que se levem em consideração as relações entre os membros do grupo familiar, bem assim, o contexto sociocultural em que se inserem⁵.

Há casos, pois, em que, mesmo sem a ocorrência do abuso sexual contra a criança, as mães se convencem de que houve o abuso, em razão da leitura equivocada que fazem da interação entre pais e filhos ou filhas. Valem como exemplo situações em que as crianças voltam das visitas paternas sujas, com assaduras, marcas roxas ou avermelhadas e, dependendo da idade e da dificuldade de se expressarem, levam a crer que foram maltratadas por seus pais⁶.

Muito relevante, então, a conclusão das autoras no sentido de que se verifica que a associação entre SAP e falsas denúncias de abuso sexual infantil limitam a problemática em torno da patologização de comportamentos em sede de conflitos familiares. Dessa forma, o cenário ficaria reduzido à acusação de “pais abusadores” e “mães alienadoras”, o que, a toda evidência, não é o que se quer.

Lançar mão de tais argumentos somente fortalece o conflito entre os pais, que precisarão demonstrar a sua inocência e sanidade mental, sendo certo que o resultado final do conflito determinará quem será afastado definitivamente do convívio com a “criança vítima” ou a “criança alienada” como meio de protegê-la⁷. Quanto ao ponto, cumpre transcrever o trecho a seguir, bastante adequado ao caso em exame:

Por sua vez, a divulgação da articulação entre SAP e falsas denúncias de abuso sexual infantil pode exacerbar litígios conjugais, conduzindo os ex-parceiros a acusações mútuas de abuso sexual e de alienação do(s) filho(s). É preciso lembrar ainda que qualquer medida tomada em relação a um dos pais repercutirá nos filhos, que, ao serem avaliados como supostas vítimas de abuso sexual ou alienação, serão afastados de um dos genitores, o que pode destruir os laços parentais que os constituem como sujeitos no mundo.⁸

Da leitura deste processo se extrai, portanto, situação muito nebulosa, em conformidade com o texto que foi acima reproduzido.

Isso porque, de acordo com o que há de escrito especializado sobre o tema, em linha de princípio, tanto no caso de notícia de abuso sexual, quanto no caso de SAP, se faz necessário trazer à tona o litígio que permeia o fim do relacionamento afetivo.

Contudo, é preciso ressaltar que, no caso em exame, tal situação não foi investigada à saciedade nos presentes autos.

O Autor, através de sua assistente técnica, traz relato, à fl. 334, sobre o seu histórico de relacionamento com a Ré. Ali é ventilado que, após o rompimento do relacionamento,

⁵ *Ibidem*, p. 108.

⁶ *Ibidem*, p. 109.

⁷ *Ibidem*, p. 110/111.

⁸ *Ibidem*, p. 112/113.

ele encontra a filha no colo do então namorado da Ré e, no para-brisa do carro em que eles estavam, uma revista pornográfica; além disso, são referidas agressões mútuas em função da convivência com a filha, que, posteriormente, foi interrompida por parte da genitora; depois disso ocorreu a notícia de abuso sexual junto à DCAV.

No depoimento da Ré, à fl. 1034, é relatado:

(...); que na época em que a menor contava com dois anos e meio, o autor presenciou a depoente com o namorado da mesma quando ia pegar a menor para visitar; que o autor teve um sério desentendimento com a depoente e nesta ocasião chegou a agredi-la fisicamente após a saída do namorado da depoente; que fez o registro dessa ocorrência na delegacia, mas na audiência a depoente acabou fazendo uma conciliação, por achar que o autor fosse um bom pai; que até tomar conhecimento do ocorrido permitia que o autor visitasse a filha quinzenalmente, inclusive com pernoite;... (fl. 1.034)

Outrossim, no mesmo depoimento, agora à fl. 1.039, a Ré revela “que não relatou para a psicóloga da ABRAPIA o desentendimento e agressão física sofrida por XXX;...”.

Nesse contexto, resulta muito superficial o que foi ventilado nos autos a respeito do relacionamento afetivo entre as partes que pudesse robustecer, quer a alegação de abuso sexual, quer a alegação de SAP. É, inclusive, o que se verifica dos laudos elaborados pela ABRAPIA, constantes de fls. 42/43 e de fls. 50/52, que deram sustentação ao que se desenvolveu durante o trâmite do processo.

Importa notar que os estudos elaborados às fls. 203/217 e 325/335 pela assistente técnica do Autor pretendem dar suporte à alegação de falsa notícia de abuso sexual e SAP.

A par disso, toda a situação descrita nos autos, embora tenha ocorrido em momento anterior às Leis nº 11.698/2008; 13.058/2014; e 12.318/2010 (as duas primeiras a respeito de guarda compartilhada e a última a respeito de alienação parental); retrata um cenário social que, a toda evidência, já era objeto de estudos antes da edição dos referidos diplomas legais e que, por óbvio, influenciou todo esse trabalho legislativo.

Com efeito, levando-se em conta, ainda, que em sede de matéria de família, mais do que em qualquer outra, todo o trabalho legislativo se desenvolve a partir das práticas sociais, não se pode desprezar, no caso em exame, a legislação posterior, que veio, de certo modo, em linha de princípio, para tentar disciplinar de uma maneira mais eficiente situações como a que se verifica na hipótese dos autos.

Para além de tudo isso, há ainda o princípio da ampla tutela jurisdicional e o dever do Juiz de apreciar todas as questões que defluem dos brocardos da *mihi factum, dabo tibi ius* e *iura novit curia*.

Prosseguindo, a decisão de fls. 552/556 faz uma boa digressão a respeito de como estabeleceu a convivência do pai, a título provisório durante todo o processo.

Assim é que, após a propositura da ação pelo Autor com o objetivo de regulamentar a convivência com a filha, sob a alegação de obstáculo oposto pela genitora, a liminar foi deferida, à fl. 24.

Tal decisão foi objeto de Agravo de Instrumento, por parte da Ré, em que, então, veio a notícia de abuso. Este Agravo não foi conhecido (fls. 121/123). Contudo, com base na documentação acostada às fls. 34/54 foi exercido o direito de retratação e foi indeferida a convivência provisória paterna.

À fl. 102 noticia o Autor a interposição de Agravo de Instrumento da decisão que, em juízo de retratação, indeferiu a sua convivência. A decisão agravada foi mantida (fl. 116) e, às fls. 133/135, consta dos autos liminar parcialmente deferida no recurso interposto pelo Autor com a determinação de uma convivência “acompanhada por terceira pessoa, de comum escolha entre os genitores ou, em se revelando ausência de consenso, a indicação pelo Juiz da causa.”

As partes não apresentaram, de comum acordo, pessoa para acompanhar as visitas e, a pedido do Autor, foi designada audiência especial (fl. 177) para tentativa de conciliação neste ponto, o que não aconteceu. Assim, foi determinada a convivência semanal, às terças-feiras, acompanhada da assistente social do Juízo, nas dependências deste Fórum, com início em 30/05/2006.

Em razão de dúvida quanto à interpretação do acórdão que deferiu ao Agravante a convivência acompanhada, à fl. 180, foi deferida a convivência quinzenal, aos sábados, das 14h às 18h, acompanhada da avó materna.

Contudo, no mesmo dia em que foi estendida a convivência na forma acima referida, o Autor interpôs Agravo de Instrumento da decisão proferida na audiência da fl. 177 e que estabelecia que a convivência se daria às terças-feiras, nas dependências deste Fórum.

Foi concedida liminar parcial (fls. 184/186) e o Desembargador Relator entendeu que a convivência semanal neste Fórum não era suficiente para estimular o contato entre pai e filha. Assim é que foi estendida a convivência para quinta-feira, acompanhada da avó paterna, no mesmo local, ou seja, também no Fórum (fls. 184/186). A decisão definitiva veio às fls. 291/294 e estabeleceu os dias e as formas de convivência no último parágrafo da fl. 293 e nos primeiros da fl. 294.

Ocorre que, quando do julgamento acima referido, a convivência concedida liminarmente foi suprimida, o que passou despercebido pelo Juízo e pela parte Ré e continuou ocorrendo.

Verificado o equívoco, foi proferida a decisão de fls. 381/383 e, com o objetivo de não causar trauma à menor suprimindo, de imediato, as duas horas de convivência de quintas-feiras, com a concordância da avó materna de ****, a convivência foi reduzida para uma hora a ser realizada na residência da avó.

A decisão acima referida foi objeto de Agravo de Instrumento provido que, então, foi suspensa a convivência das quintas-feiras. Enfim, a convivência provisória ficou às terças-feiras no Fórum, acompanhada por assistente social, e aos sábados,

quinzenalmente, entre as 14h e as 18h, sempre acompanhada da avó materna e/ou paterna e/ou tia da menor. Posteriormente, com a referida decisão de fls. 552/556 a convivência provisória foi suspensa.

No caso em exame, agora também se faz necessário atentar para a conduta materna durante todo o trâmite processual. Desde a decisão de fls. 133/135, em que foi determinada uma convivência “acompanhada por terceira pessoa, de comum escolha entre os genitores ou, em se revelando ausência de consenso, a indicação pelo Juiz da causa”, que a genitora é peremptória em não proceder a tal indicação.

Nesse sentido, vale dizer que o pai indica as avós, paterna e materna e, ainda, a tia paterna, conforme fl. 140. A mãe afirma que não possui ninguém para indicar, conforme fls. 144/147 e 371. Ela se escuda no argumento de que familiares e amigos estão todos indignados. Com efeito, ao seu modo, a Ré descumpre a decisão de fls. 133/135 o que acaba por impor, de uma certa maneira, que a convivência seja feita no setor do serviço social do Juízo.

Vale dizer que a conduta da Ré é criticada pelo Juízo de 2º Grau à fl. 185 quando é mencionado que “a agravada não tem o direito de não concordar com uma decisão da qual não recorreu. Não recorrendo, com ela concordou. Tem que cumprir a determinação judicial e contribuir para uma solução viável e não se omitir e faltar às audiências promovidas para tentativa de acordo”.

Com efeito, a audiência designada à fl. 177 ocorreu na tentativa de fazer cumprir a decisão de fls. 133/135. E a Ré, devidamente intimada, não compareceu. Antes disso, vale dizer, às fls. 165/167, a Ré já havia manifestado sua discordância com as pessoas indicadas pelo Autor, repita-se, entre elas, a avó materna da menina.

Na assentada da audiência de fl. 177 restou consignado: “pelo patrono da Ré foi dito que ela não concorda com a indicação de qualquer pessoa para fazer o acompanhamento das visitas.” Outra audiência especial, também com o intuito de composição, foi posteriormente realizada às fls. 906/907 e, da mesma forma, não contou com a presença da Ré e somente o seu advogado se faz presente.

Durante o trâmite processual, o Autor se viu afastado dos assuntos escolares que dizem respeito à filha, conforme fl. 682, alínea d, fls. 695v, 711 e 722. E a convivência provisória determinada, por vezes, restou inviabilizada sob a justificativa de trabalho da genitora (fls. 309/310 e 373/374) e por justificativas relacionadas à saúde da menina (fls. 311/312).

Há ainda atrasos que se reputam à genitora que prejudicam o já restrito tempo de convivência (fls. 356/357). A Ré também não concorda com as visitas no dia de aniversário da filha (fl. 460).

Assim é que, em determinado momento, o Juízo determina a intimação da Ré, por OJA, para dar cumprimento à decisão judicial que estabeleceu a convivência provisória (fl. 433). Aí vem novas justificativas que se ancoram no fato da avó materna ter sofrido acidente doméstico (fls. 458/460). Com efeito, à fl. 463, item 1, há nova determinação do Juízo de que a Ré cumpra a decisão determinada pelo Juízo de 2º Grau.

Para além de tudo isso, muito grave foi o fato de a Ré ter revelado ao médico psiquiatra, perito do Juízo, que ela está preparando o futuro da filha sem o pai (fl. 861). Toda essa conduta deságua no fato de maior gravidade de todos, que foi o de relatar para filha que o pai viajou, conforme depoimento pessoal à fl. 1.038. Não é de se estranhar, portanto, que a Ré sequer considerou a possibilidade do pai ou da avó paterna fazer a entrega dos presentes comprados pela família paterna para a menor (fls. 723 e 737). Por óbvio, porque a mãe havia contado à menina que o pai viajou e não mais manteve contato, o que, em larga proporção, concebe uma ideia de abandono.

Isso tudo revela um ar dominador na postura materna ao longo do processo, o que é corroborado pelo relato de fls. 1.106/1.114, em que deve ser ressaltado que há notícia de que se tentou contato telefônico; contato através do advogado; e por meio de correspondência para a Ré a fim de que ela comparecesse ao setor do serviço social do Juízo para entrevistas junto à ação de regulamentação de visitas proposta pelos avós paternos (fls. 1.109/1.112). O depoimento pessoal da Ré, às fls. 1.039/1.040, também contém, no mesmo sentido, um tom autoritário.

Então é preciso questionar se tais atos se traduzem em medidas de proteção ou em abuso de direito. Cumpre ressaltar que todas as medidas judiciais determinadas no sentido de se tentar preservar algum contato paterno, com todas as cautelas que o caso exige, são entendidas pela mãe como medidas que colocam a filha em situação de risco. Toda e qualquer tentativa de reencontro foi rejeitada pela Ré (fls. 837/838 e 844). Vale reproduzir o trecho a seguir:

Sra. YYY conclui afirmando não ser o momento de a filha ter conhecimento dos motivos pelos quais foi criada sem a presença do pai. Não deseja que ela mantenha contato com a família paterna pelos motivos já expostos na presente ação judicial, e entende que caberá a **** na idade adulta questionar as atitudes do pai e decidir pela reaproximação. Por esta razão não deseja que ela compareça em Juízo, pois não saberia o porquê de estar passando por isso. (fl. 1.114)

Com efeito, a questão que se coloca é a de que todos precisam aguardar a maioria de **** para que ela retome o contato paterno, tudo em conformidade com o voluntarismo da genitora.

Prosseguindo, uma situação que merece destaque é o fato de que a problemática relativa à convivência paterna coincide com a nova relação, à época, constituída pela genitora da menina.

Soma-se a isso que, em sua peça de defesa, aduz a Ré que, no caso de sobrevir sentença penal condenatória em razão da notícia de abuso, entre os efeitos secundários da condenação está a incapacidade para o exercício do poder familiar.

Outrossim, revela o estudo de fl. 1113 que *“**** passou a ter como referência o Sr. -----, com quem a genitora viveu maritalmente por cinco anos. O relacionamento do casal acabou há dois anos, mas a amizade entre eles foi mantida e **** ainda tem contato e carinho pelo Tio -----, como o identifica”*.

A esse respeito, também já se debruçou a literatura acadêmica, no sentido de questionar se é bom ou não para a criança ou adolescente ter ao longo de sua vida tantos “pais” quanto houver sucessivos companheiros de suas genitoras. Vale reproduzir a lição de Leila Maria Torraca de Brito e Solange Diuana na obra *“Adoção por cônjuge – Reais vantagens, quando?”*⁹

Dessa maneira, muitas interrogações nos conduzem à análise do que justificaria a destituição do pátrio poder de um pai que, em algum momento, foi significativo na vida do filho e, mesmo física ou materialmente ausente, representa uma referência para este.

Além de analisar a carga legal e emocional que esse feito traz em si, podemos pensar na confusão de papéis que é capaz de provocar. O pai e o irmão “de sangue” passam a ser “estranhos” legalmente – um “ex-pai” ou “ex-irmão” –, e pessoas que até outro dia eram estranhas tornam-se pai, irmão e avós.

...

A juíza francesa MARIE-CHRISTINE GEORGE (1998, p.27) esclarece que tais casos têm sido frequentemente encaminhados aos tribunais de seu país. Situações que equiparam a “modos de destruição da filiação” quando interpretadas como uma tentativa de descaracterização da história e da identidade de uma criança.

A autora cita como exemplo o caso de uma menina de 11 anos prestes a ter sua identidade alterada pela quinta vez, em função dos casamentos e separações conjugais de sua genitora.

...

Uma análise aprofundada dos casos encaminhados permitiu a observação de que grande parte das motivações presentes nestes processos de adoção por parte do cônjuge surge em decorrência das dificuldades enfrentadas ao longo do rompimento matrimonial. Separações mal resolvidas provocam o desejo de vingança ou a necessidade de “apagar” um passado que, por si só, traz sentimentos e situações que essas mães não gostariam de ter vivenciado. Ultrapassando os limites domésticos, elas buscam auxílio na Justiça para decidir a guarda dos filhos, e, posteriormente, a destituição do pátrio poder, seguida da adoção do filho pelo atual marido.

⁹ BRITO, Leila Maria Torraca; DIUANA, Solange. *Adoção por cônjuge – reais vantagens, quando?*

...

Recomenda-se que, nestes casos, fique claro para as crianças que o novo companheiro da mãe não irá retirar o lugar de seu pai, iniciando-se a distinção, tão necessária atualmente, entre conjugalidade e parentalidade.

Continuando, questões semelhantes à dos autos, de notícia de abuso sexual praticada pelo genitor em face da prole, como já se disse, foram objeto de estudos acadêmicos no âmbito da Psicologia Jurídica, inclusive com uma outra mirada.

Com efeito, mais uma vez se traz a autora Márcia Ferreira Amendola que, no texto: “As falsas denúncias de abuso sexual de pais contra filhos, caminhando na contramão”, integrante de obra “Famílias e Separações – perspectivas da psicologia jurídica”, organizado por Leila Maria Torraca de Brito, traz a lume uma importante análise.

Assim, considerando os profissionais parte dos processos que investigam notícias de abuso sexual de pais contra filhos, ela realizou pesquisa de mestrado – junto ao Programa de Pós-Graduação em Psicologia Social do Instituto de Psicologia da UERJ – com o propósito de compreender como os psicólogos que atuam em instituições de referência na avaliação de casos de suspeita de abuso sexual contra criança desempenham suas atividades.

Para tanto, dois aspectos fundamentais foram levados em consideração: a perspectiva do pai acusado e a possibilidade de existirem falsas denúncias de abuso sexual de pai contra filhos no contexto da separação conjugal.

Segundo a Autora:

De acordo com Green (1986), a maioria dos profissionais não consegue diferenciar os casos de abuso sexual daqueles em que há falsas alegações. Segundo o autor, quando os especialistas não são capazes de chegar a um consenso sobre a existência do abuso, preferem conservar a palavra da mãe e da criança como evidência, a fim de promover o afastamento do pai acusado como medida de proteção à criança.¹⁰

Quanto ao comportamento materno, no sentido do que já foi mais acima analisado, a autora pontuou que, segundo um dos psicólogos entrevistados na sua pesquisa, as mães podem criar uma situação de abuso a partir de fatos como um banho ou uma higienização íntima feita pelos pais, e acrescentar eventos que não existiram, fazendo com que a criança – que mantém uma aliança com a mãe – acredite nisso e passe a relatar ou confirmar a história de abuso sexual contada pela genitora. No caso em exame, foi aventada a questão do banho.

¹⁰ AMENDOLA, Márcia Ferreira de. Falsas denúncias de abuso sexual de pais contra filhos: caminhando na contramão. In: BRITO, Leila Maria Torraca de (Org.). *Famílias e Separações*. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2008, p. 162.

Ainda foi pontuado que, no curso da demanda, em determinados casos, constatou-se a interferência das próprias mães que deixam de levar as crianças para a assistência terapêutica ou para os atendimentos destinados à avaliação psicológica, assim como se ausentam de casa ou fogem das intimações judiciais. Como já foi dito acima, há notícia nos autos de que, a nem todas as entrevistas com os psicólogos do Juízo, **** foi levada pela mãe.

Por fim, também no que diz respeito à conduta materna, verificou-se que, para manter o afastamento paterno, algumas mães associaram a suspensão de visitas a processos outros, tais como destituição do poder familiar e adoção por cônjuge. No caso em apreço, não houve a propositura das ações propriamente ditas. Mas foi, sim, aventada pela genitora a possibilidade de perda do poder familiar paterno, assim como a assunção do papel paterno por parte do posterior companheiro da genitora.

A primeira constatação, contudo, foi que, em alguns casos, os processos foram precedidos de avaliações da criança realizadas em consultórios particulares e/ou escolas por psicólogos, ou educadores, conhecidos da mãe. As mães que noticiam o abuso, munidas dessas avaliações parciais – cujo pai acusado não foi ouvido –, ao ingressarem na Justiça, apresentaram tais laudos como a principal prova da ocorrência do abuso. A história dos presentes se desenvolve a partir da consulta à pediatra de ****. Há também o documento escolar de fl. 45 utilizado pela mãe como meio de prova.

Em outros casos, a avaliação psicológica foi solicitada após relato e notificação de abuso sexual em delegacias e conselhos tutelares, que tendem a encaminhar a mãe, juntamente com a criança, a entidades de referência na avaliação de abuso sexual. Na mesma linha, após a consulta à pediatra de ****, o caso foi levado em sede policial e se procedeu à avaliação pela psicóloga da Abrapia.

No entanto, o encaminhamento da criança para avaliação psicológica em instituições de referência não é garantia de que os pais acusados serão atendidos. Muitos declararam não terem sido convocados a comparecer para uma única entrevista, apesar de solicitarem atendimento, o que não impossibilitou que os profissionais de psicologia elaborassem laudos acusando-os.

Foi exatamente o que ocorreu no caso dos autos. O pai/Autor não foi ouvido pela pediatra particular da menina, que fez o primeiro atendimento dela, nem pela psicóloga da Abrapia, cujo laudo serviu de base para tudo que se seguiu. O Autor foi ouvido, no entanto, no MP (fls. 240/241) e pela equipe técnica do Juízo (fls. 277/287).

Nas palavras da autora:

Nesse sentido, alguns psicólogos relataram que iniciavam seus atendimentos geralmente sem chamar o pai acusado para participar da avaliação psicológica, o que resultava na emissão de parecer psicológico preliminar e unilateral. Para Shine (2003a), este é o cenário mais comum: ver mães solicitarem tais avaliações para

psicólogos, a pedido de seus advogados, com o propósito de subsidiar o início de um litígio processual.

...

Todos os psicólogos que colaboraram com a pesquisa disseram realizar entrevistas com crianças e alguns familiares, normalmente a mãe, privilegiando os atendimentos em que ficam a sós com as supostas vítimas. Apesar de atenderem às mães e ocasionalmente às avós ou tias das crianças, três entrevistados declararam que os atendimentos psicológicos se destinavam, exclusivamente, às crianças vítimas de abuso sexual, sem a participação do provável abusador. Esses atendimentos visavam à avaliação psicológica, tomando por base o modelo da entrevista de revelação, no qual crianças são ouvidas, ora junto às suas mães, ora em separado.

Conforme explicações de um dos psicólogos, o procedimento adotado pela instituição, a partir das informações passadas no programa de treinamento e capacitação de profissionais para a revelação do abuso sexual da criança, era o de não convocar os pais acusados para participar da avaliação, pois poderia ser perigoso para o psicólogo. Tal regra foi estabelecida sem questionamentos por algum tempo, até que um pai acusado pediu para ser atendido. A partir desse episódio, a equipe começou a repensar sua atuação frente aos casos, concluindo que errou ao sustentar essa prática de exclusão. Na percepção desse psicólogo entrevistado, muitos casos tomaram um rumo diferente após a realização de entrevistas com os pais que se apresentavam na instituição.

Segundo Njaine *et al.* (1997), a exclusão do pai acusado torna essa intervenção psicológica propensa a erros de interpretação pelos profissionais, em virtude de restringir o alcance do olhar somente às informações que lhes são prestadas por uma das partes.

Portanto, tal fato determina a emissão de conclusões parciais, mesmo quando o psicólogo entende que a criança revelou o abuso.

...

Para dois psicólogos em particular, a responsabilidade implicada na avaliação de uma suspeita de abuso sexual foi assunto de inquietação, originando uma série de considerações acerca das possíveis repercussões que os laudos poderiam gerar na vida das crianças e dos acusados, especialmente quando o abuso sexual pudesse não ter ocorrido. Cogitaram a possibilidade de serem induzidos ao erro se ficassem restritos às interpretações da palavra

da suposta vítima criança e da mãe denunciante, mas admitiram que incluir o pai acusado no processo de avaliação não fazia parte da rotina de trabalho.¹¹

Em outra obra, a saber, “Crianças no labirinto das acusações: falsas alegações de abuso sexual” a autora traz um bom questionamento a respeito da falta de oitiva do pai/acusado. Reflexões que, de fato, colocam em dúvida se o caminho eleito para a elaboração do laudo pela Abrapia reflete o melhor interesse do menor.

Segundo a autora, ao se tratar de abuso sexual do genitor em face da prole menor de idade, entre os profissionais da saúde e operadores do Direito, vigora uma *lógica interna de acusação*, nos seguintes termos:

... se à mãe, naturalmente predisposta a cuidar da criança, cabe a *verdade* em relação à denúncia de abuso sexual, logo, ao pai, que nega a autoria deste abuso, resta a *mentira*.

A consequência mais provável dessa lógica, fundamentada em paradigmas ou em “*versões canônicas*”, usando a expressão de Cárdenas (2000, p.1), é que o profissional se antecipe às evidências e se abstenha do compromisso de ouvir o pai acusado (ou de ouvi-lo sem tendenciosidade), em um desrespeito aos valores que embasam a Declaração Universal dos Direitos Humanos,...¹²

O que mais adiante conclui a autora é que, quando o genitor suspeito não é atendido e lhe retiram a palavra, também fica de fora da análise “parte que integra o contexto da vida da criança”. E ela prossegue:

Arzeno (1995, p. 13) destacou, ainda, que o “contexto sociocultural e familiar deve ocupar um lugar importante no estudo da personalidade de um indivíduo, já que é de onde ele provém”, de modo que as conclusões alcançadas pelo psicólogo, em seu processo de avaliação da criança, devem ser adaptadas às perspectivas socioeconômica e cultural, assim como a história pessoal e familiar. Para tanto, a autora propõe a realização de uma entrevista familiar diagnóstica em algum momento do processo de avaliação da criança, em que serão ouvidos todos os principais integrantes de sua família, abrindo um leque de histórias e versões para o mesmo fato.¹³

¹¹ *Ibidem*, p. 175, 176 e 179.

¹² AMENDOLA, Marcia Ferreira. *Crianças no labirinto das acusações: falsas alegações de abuso sexual*. Editora Juruá: Curitiba, 2013, p. 109 e 110.

¹³ *Ibidem*, p. 111.

Outro dado relevante que se extrai dos autos, de fls. 285/287, assim como dos depoimentos de fls. 1.048/1.053, é que tanto a pediatra de ****, como a psicóloga da Abrapia, revelam que o discurso da menor, ao ser ouvida por elas, foi tão bem encadeado que ela jamais teria inventado aquilo. Seguem as respectivas transcrições:

Afirmou estar convencida da veracidade de sua história por considerar que aos três anos uma criança não fantasia tantos detalhes, tampouco reproduz com precisão um relato criado por outrem. Ponderou ainda que, se tivesse sido molestada por alguma outra criança, a menina não despreveria uma ejaculação. (fl. 285)

...que ratifica integralmente as declarações prestadas para a equipe psicossocial da equipe do juízo constantes de fl. 287; que inicialmente a menor tentou negar os fatos e até proteger o pai, mas depois acabou revelando fatos que não eram próprios de sua idade e a depoente achou pouco provável que uma criança tão nova pudesse criar os fatos narrados ou mesmo ser induzida por terceiros. (fl. 1053)

Ou seja, todos os argumentos decorrem do fato de uma criança de 3 anos não estar apta a inventar os fatos narrados. Nessa linha, ainda de acordo com Marcia Ferreira Amendola:

Summit (1983) argumentou que as crianças não são capazes de fabricar histórias de abuso sexual e que, portanto, devem receber todo o crédito quando revelam o abuso, mesmo quando as declarações se mostram bizarras e incoerentes.¹⁴

Contudo, posteriormente, outros autores sustentaram a falta de fundamentação técnico-científica do modelo de Summit, em função da ausência de estudos empíricos que distinguissem crianças abusadas daquelas não abusadas.

Em resposta a tais críticas, Summit (1992) admitiu que ele trouxe apenas uma opinião clínica, sem a pretensão de ser um instrumento científico, de modo que, sua aplicação como evidência de abuso sexual, não atende a critérios de confiabilidade técnica necessários para validar um diagnóstico. É preciso, pois, relativizar essa máxima de que *crianças nunca mentem*.¹⁵

De acordo com Foucault, extraído do que foi consignado na obra de Marcia Ferreira Amendola:

¹⁴ *Ibidem*, p. 85.

¹⁵ *Ibidem*, p. 86.

Nesse sentido, a entrevista de revelação seria uma forma de disciplinar a palavra da criança: “um dispositivo que obrigue pelo jogo do olhar; um aparelho onde as técnicas que permitem ver induzam a efeitos de poder; e onde, em troca, os meios de coerção tornem claramente visíveis aqueles sobre quem se aplicam” (FOUCAULT, 2005, p. 143). (...)

Para Foucault (2001), a confissão estabelece uma relação de poder, cujo confesso produz um discurso sobre si, enquanto aquele que ouve interpreta, redime, condena e domina. O autor enfatiza que a confissão está entre os rituais de maior importância à produção de verdade: “emprega-se a maior exatidão para dizer o mais difícil de ser dito; confessa-se em público, em particular, aos pais, aos educadores, ao médico, àqueles a quem se ama;

fazem-se a si próprios... Confessa-se – ou se é forçado a confessar” (p. 59).¹⁶

Prosseguindo, como já foi dito pela assistente técnica do Autor, às fls. 203/217, os recursos empregados nos autos que dizem respeito à entrevista de revelação; o uso de bonecos anatômicos; e/ou desenhos são bastante questionados na literatura especializada. Com efeito, a partir da leitura do “parecer” da assistente técnica, este órgão ministerial pôde, então, buscar mais informação sobre o tema.

A respeito do uso de bonecos, o que se pode dizer, com base na autora pesquisada, é no sentido de que, ainda que haja opiniões diversas, há consenso de que esse mecanismo, assim como qualquer outra forma de testagem psicológica, não traduz técnica cientificamente comprovada para diagnosticar ou validar a ocorrência de abuso sexual contra a criança.

O debate acadêmico a respeito do uso de “bonecos anatomicamente corretos” é extenso. Mas, segundo a autora que está sendo reproduzida, chamou-lhe a atenção uma matéria publicada no Jornal O Globo referente à notícia de fato levada ao MP de Porto Alegre a respeito de uma boneca conhecida pelo nome de “Baby Assadinha”. De acordo com a autora, a reportagem informa que, segundo o MP, a boneca induziria crianças de três a cinco anos de idade a ações eróticas:

As crianças passam água morna nas assaduras da boneca [...] [e] descobriram que, massageando os sensores [na região genital], a boneca ri. De acordo com os professores, as crianças estavam fazendo atos de masturbação com as bonecas” (O GLOBO, 2006, p.14).¹⁷

¹⁶ *Ibidem*, p. 90.

¹⁷ *Ibidem*, p. 100.

Assim, vale a ponderação:

Se a justificativa de pais, professores e finalmente do MP, para que a boneca “Baby Assadinha” não fosse mais comercializada, recaía sobre o fato de que essas bonecas induziam crianças de três a cinco anos a comportamentos masturbatórios, portanto, sexualizados, o que podemos concluir acerca dos bonecos anatômicos? No mínimo, a manipulação pelas crianças dos órgãos genitais dos bonecos anatômicos suscitaria ou induziria, no profissional, a uma leitura que remetesse à possibilidade de abuso sexual.¹⁸

Outrossim, não há menos controvérsias a respeito da técnica de utilização de desenhos. A autora prossegue na crítica:

Ademais, no que diz respeito às interpretações de testes projetivos baseados em desenhos, Campbell (1998) afirma que estas são, substancialmente, influenciadas pela expectativa preexistente de psicólogos avaliadores. Segundo o autor, não há dados disponíveis indicando que dois ou mais psicólogos, analisando o mesmo desenho, concordem com a interpretação sobre os indicativos de abuso sexual. Como resultado, adverte que o uso de desenhos em alegações de abuso sexual é contra-indicado e que os psicólogos que fazem uso deste recurso para atestar uma ocorrência de abuso sexual, acabam por realizar conjecturas irresponsáveis.¹⁹

O que se pretende com a presente análise crítica é mitigar um pouco o que foi traduzido por “verdade real dos fatos” nos presentes autos.

É ir um pouco além no horizonte. É relativizar a condenação de um pai como abusador e de uma filha a não ter mais o direito de qualquer contato com ele, até a maioridade, como sugere o voluntarismo da genitora, mais acima revelado. Nessa linha:

Diante do exposto, ficou evidente que a entrevista de revelação, com o uso de bonecos anatômicos e/ou desenhos permanece como objeto de análise e críticas quanto à sua cientificidade e aplicabilidade, configurando-se em um tema controverso, com propensão para suscitar uma diversidade de opiniões a respeito. Dos autores estudados, verificamos que a maior preocupação refere-se à natureza indutiva desse processo, de modo que é possível concluir que o testemunho da criança geralmente é

¹⁸ *Ibidem*, p. 100.

¹⁹ *Ibidem*, p. 107.

atravessado pelos discursos educacionais, juízos de valor, vontade e intervenção de pais e interpretação de psicólogos que se tornam o “sujeito ético piedoso e compassivo que identifica o sofrimento e age para afastá-lo” (CHAUÍ, 1998).²⁰

Enfim, para além dos questionamentos que foram ventilados acima, vale ressaltar que o que restou colocado no processo é que há fortes indícios de abuso sexual. Mas, como tal não teria deixado vestígios, nenhuma equipe técnica pôde ser categórica e definitiva ao afirmar que o abuso, de fato, ocorreu. Contudo, a toda evidência, essa notícia de abuso permeia e está entranhada nessas relações familiares.

Desse modo, no entender deste órgão ministerial, como a questão foi trazida à apreciação de um Juízo de Família, em sede de ação de regulamentação de visitas, é preciso ir além da responsabilização ou culpabilidade paterna. É preciso, pois, estabelecer se esse pai e essa filha serão condenados a não manterem qualquer contato até que ela atinja a maioridade.

Hoje, a menina já é uma adolescente. No estudo elaborado pela equipe técnica do Juízo, é posto, à fl. 282, que “ao longo das entrevistas realizadas, pudemos perceber que **** desenvolveu fortes vínculos afetivos com o genitor e que ainda os preserva”. Posteriormente, à fl. 283 prosseguem as técnicas do Juízo:

desse modo, levando-se em consideração os fortes vínculos afetivos que ligam **** ao pai, seria extremamente benéfico que o genitor se dispusesse a participar de tratamento psicológico em instituição especializada, visando resgatar uma forma mais saudável de se relacionar com a filha.

Outrossim, vale dizer que as visitas assistidas pela equipe técnica do Juízo tiveram início em maio de 2006, conforme referido pelas assistentes sociais à fl. 532. E no mesmo relato elaborado por elas, contido às fls. 532/536, ou seja, um ano depois, em abril de 2007, vem a notícia de a menina estava infantilizada; com comportamento regredido; com comportamento exibido e, de certa maneira, erotizado. Mas, de fato, é importante arguir se tudo isso viria do contato paterno, tão limitado e assistido.

A perícia realizada pelo médico psiquiatra do Juízo, à fl. 884, também destacou, com relação ao Autor:

Não demonstrou sinais e sintomas de ser portador de Personalidade Psicopática.

(O psicopata é um indivíduo que não leva em conta as circunstâncias sociais, é uma personalidade estranha, separada do seu meio.

²⁰ *Ibidem*, p. 107.

A psicopatia não é, portanto, exógena, sendo sua essência constitucional e inata, no sentido de ser pré-existente e emancipada das vivências.

Não tem afetividade por ninguém. Todos os seus atos visam o seu próprio bem estar e ganhos secundários.

Faz-se notória uma grande inclinação para violação das regras, sem importarem-se com os direitos alheios.

Suas tendências maliciosas resultam em frequentes dificuldades pessoais e familiares, assim como complicações legais.)

O autor trabalha há cerca de quinze anos da Progecon Engenharia, como responsável pelo setor de compras, em geral de toda a empresa.

Seria bastante difícil, mesmo para um portador de Personalidade Psicopática, em função da amoralidade presente nos portadores, manter tal nível de emprego, durante tantos anos seguidos. (fls. 884/885)

Já que se menciona o perito do Juízo, é muito importante reproduzir uma outra colocação dele, agora no que diz respeito ao litígio severo que envolve estes autos:

Tanto o pai, Sr. XXX, quanto a mãe, Sra. YYY, não possuem capacidade cultural, intelectual, psíquica e emocional para terem entendimento consciente dos malefícios que causaram à menor **** e que ainda estão causando. À menor nascida em 2002, atualmente na fase edípica mais desenvolvida, foi-lhe pintado o quadro de que o pai é um monstro e que não o vê e não mantém contato com o mesmo há anos seguidos. Independente se é ou não. Como será que a menor “entende” esta situação hoje. (fl. 863)

Nesse sentido, o desafio que se impõe ao Estado, por meio das instâncias que atuam junto ao Poder Judiciário, é encontrar meios de garantir que a agora adolescente também tenha acesso à sua linhagem paterna, com a garantia dos laços de parentesco dentro da observância dos direitos e deveres próprios ao exercício do poder parental. Com efeito, há todo um trabalho legislativo que traz essa garantia prevista na Constituição da República, na Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Outrossim, não obstante, na origem, as decisões judiciais terem sido proferidas nesse sentido, de proteger o contato paterno, ao longo do processo, não foi o que se mostrou viabilizado. Vale reproduzir os trechos das decisões a seguir:

É de se ter em consideração maior, os interesses da criança. A ausência do pai durante fase de sua vida, ou seja, enquanto durar o processo, certamente produzirá efeitos negativos em sua formação; no entanto, por outro lado, a presença do genitor de forma atormentadora – no caso de se revelarem verdadeiras as imputações contra ele vertidas pela mãe – também fomentará emoções absolutamente destruidoras ao filho.

Deve-se chegar ao termo médio de ambas as extremidades, determinando que a visitação do pai ou da criança ao pai, se faça acompanhada por terceira pessoa, de comum escolha entre os genitores, ou, em se revelando ausência de consenso, a indicação pelo Juiz da causa. (fl. 134)

Nota-se que o recorrente está empenhado em estar mais frequentemente com a filha, até porque indica a avó materna como uma das pessoas a lhe acompanhar na visitação e outras como a av  paterna e uma tia da menor (fl. 69), o que não vejo empecilho, uma vez que a agravada manteve-se silente sobre a escolha.

Também se afigura razoável que tanto parentes da agravada quanto os do recorrente, tenham o direito de ver a criança nestas oportunidades de visitação acompanhando sempre o pai. (fl. 293)

Cumpr  ressaltar que no depoimento pessoal da genitora é mencionado que a adolescente realiza acompanhamento psicológico (fl. 1.039). Há cinco anos ela é acompanhada pela mesma profissional, Dra. -----.

O genitor, por sua vez, declarou ao perito do Juízo que está ciente da dificuldade de retomar a sua relação com a filha, conforme fl. 863. Ele frequentou o CACAV para tratar a respeito do tema dos autos, conforme se depreende de fls. 1.075/1.079.

No mesmo sentido, v o os textos acadêmicos, como reproduzidos a seguir:

Como problematizamos nesta obra, ao afastar para proteger, vive-se uma dicotomia: a garantia e a violação de direitos coexistem na medida de proteção, que também se torna em medida de punição. Não   possível escapar dessa dicotomia enquanto outras opções não forem criadas e adotadas, de modo que nos resta pensar as tensões geradas por essa medida na relação de pais e filhos.

O afastamento, na versão de proteção, visa garantir a segurança da criança durante o período em que se investiga a alegação de abuso sexual, enquanto na versão de punição, pais e filhos têm violados os direitos de convivência e punidos com a separação compulsória de prazo indeterminado.

Uma medida de fácil deliberação e aplicação que, ao visar proteger, impondo o afastamento prolongado, independentemente de condição de culpa ou inocência desses pais, provoca um prejuízo ao desenvolvimento da criança e um sofrimento aos pais.²¹

Repita-se, agora, se trata de uma adolescente. E o Juízo de 2º Grau já havia colocado que, diante do crescimento da menina, seria viável o contato. Segue trecho da decisão: “Outra regulamentação, fica na dependência da situação fática, sobretudo do crescimento da criança e do seu desejo.” (fl. 307)

Tudo ponderado, é importante, então, a retomada do contato paterno. Embora os textos acadêmicos ainda tenham alguma resistência à convivência assistida, no caso em exame, ainda não há outra solução que se mostre mais viável e adequada.

A Ré, genitora, deverá ter 3 meses, a partir da publicação da sentença, para preparar a filha, com o auxílio da psicóloga que a acompanha, para a retomada do contato com o genitor.

A opção se mostra na realização da convivência paterna aos domingos, das 13h às 17h, no Shopping Ilha Plaza, com o acompanhamento da avó materna ou da tia materna. O genitor, por sua vez, poderá se fazer acompanhar da avó paterna da menina, o que também colocará termo aos autos de nº em apenso, que retrata o pedido de visitação dos avós paternos. O avô paterno é falecido.

Corroboram a sugestão do MP a decisão de fl. 180, que já havia determinado o acompanhamento da avó materna; assim como as decisões de 2º Grau de fls. 184/186 e de fls. 291/294. À fl. 273 o Autor relata que a visitação em companhia da avó materna transcorreu em clima de harmonia com os familiares paternos.

Também o estudo psicossocial de fl. 280 denota que: *“com relação ao acompanhamento das visitas aos sábados, avó não apresentou queixas, além do fato de tais visitas estarem interferindo em sua rotina pessoal”*.

À fl. 283 o mesmo estudo realizado pela equipe técnica do Juízo complementa:

sendo assim, como o objetivo primário é a proteção integral da criança, bem como o dever de evitar medidas que a revitimizem, sugerimos, s.m.j., a realização de visitas acompanhadas por familiar que conte com a confiança dos genitores, concomitante a tratamento psicológico especializado a ser realizado pelo Sr. XXX, a partir do encaminhamento do Juízo.

Outrossim, por determinação do Juízo, à fl. 377, a avó materna havia sido intimada anteriormente para acompanhar a visitação com o que manifestou sua concordância, conforme se depreende de fl. 380.

²¹ *Ibidem*, p. 174.

Ante o exposto, oficia o MP no sentido de que a visitação tenha início 3 meses a partir da publicação da sentença, aos domingos, das 13h às 17h, no Shopping Ilha Plaza, com o acompanhamento da avó materna ou da tia materna. O genitor, por sua vez, poderá se fazer acompanhar da avó paterna da menina, o que também colocará termo aos autos de nº em apenso, que retrata o pedido de visitação dos avós paternos. O avô paterno é falecido.

Rio de Janeiro, 15 de julho de 2016.

ERICA ROGAR

Promotora de Justiça | Mat. 2162

Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Sistema Prisional e Direitos Humanos. Pedido de providências. Superlotação carcerária. Interdição funcional de espaços prisionais. Impacto regulatório. Monitoramento e avaliação. Regularização das condições de alocação.

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA DO SISTEMA PRISIONAL E DIREITOS HUMANOS

À Vara de Execuções Penais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Requerente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Sistema Prisional e Direitos Humanos - PJTCSPDH

Interessados: Estado do Rio de Janeiro

Secretaria de Estado de Administração Penitenciária – SEAP-RJ

Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro – DPGE

Ordem dos Advogados do Brasil – RJ

Conselho Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro – CPERJ

Assunto: pedido de providências; superlotação carcerária; sistema prisional fluminense; interdição funcional de espaços prisionais; impacto regulatório; monitoramento e avaliação; tomada de decisões integradas e colegiadas; progressividade; regularização das condições de alocação.

Fundamento: Lei nº 7.210/84; Resolução CNCPD nº 5/2016.

Objetivo: avaliação integrada do estado de superlotação do sistema prisional fluminense, sob a perspectiva da competência de fiscalização e controle das condições de ocupação e funcionamento dos estabelecimentos prisionais, para efetiva e adequada apreciação de requerimentos de interdição funcional de estabelecimentos prisionais formulados com fundamento na superlotação carcerária.

Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ) vem por esta Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Sistema Prisional e Direitos Humanos (PJTCSPDH) submeter ao conhecimento desse douto Juízo, (i) cenário de superlotação dos estabelecimentos prisionais e (ii) relatório sucinto de processos judiciais atinentes à matéria, para requerer providências no sentido da (iii) avaliação do impacto de decisões administrativas e judiciais de gestão operacional de unidades prisionais, de modo a se construir, de forma colegiada, capacidade institucional adequada para o

(iv) monitoramento e tomada de decisões acerca de limites operacionais, em favor da efetiva melhora e regularização das condições de alocação de presos no sistema prisional fluminense.

Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Sistema Prisional e Direitos Humanos

(síntese)

Em sintonia com os fundamentos e iniciativa de constituição do Comitê de Enfrentamento à Superlotação¹, a PJTCSPDH vem requerer à Vara de Execuções Penais (VEP) providências de avaliação integrada do estado de superlotação do sistema prisional fluminense, sob a perspectiva de sua competência de fiscalização e controle das condições de ocupação e funcionamento dos estabelecimentos prisionais², objetivando a efetiva e adequada apreciação de requerimentos de interdição funcional de estabelecimentos prisionais formulados com fundamento na superlotação carcerária.

Requer, assim, a adoção de providências a cargo dessa VEP no sentido de:

1. Reunião para apreciação conjunta de procedimentos especiais³ em curso nessa VEP tendo por objeto requerimentos de interdição funcional de espaços prisionais do Estado do Rio de Janeiro;

2. Proposição de negócio processual⁴ entre as instituições interessadas com definição de procedimentos e prazos que permitam o emprego de técnicas mediação, redução de danos e de decisões estruturantes, prestigiando a celeridade, contraditório, transparência e eficiência do processo que se inicia;

3. Definição de parâmetros e mecanismos de monitoramento da capacidade e taxa de ocupação dos estabelecimentos prisionais fluminenses;

4. Apreciação de requerimentos de urgência sobre limitação operacional de espaço prisional;

¹ Comitê de Enfrentamento à Superlotação Carcerária, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

² Lei nº 7.210/84 - Art. 66. Compete ao Juiz da execução: (*omissis*) VI - zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança; VII - inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade; VIII - interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta Lei.

³ 2015/0190653-9; 2017/0003713-6; 2017/0001978-7; 2017/009575; 2012/0162032-3; 2015/0099253-0; 2015/0045878-9; 2012/0021501-8; 2013/0003146-3; 2013/0190327-2; 2015/00121532; 2016/0041851-9; 2016/0042197-6; 2016/0042198-4; 2016/0046290-5; 2016/0047056-9; 2016/0047735-8; 2016/0050738-6; 2016/0050749-3; 2016/0053155-0; 2016/0053922-3; 2016/00020437

⁴ Novo Código de Processo Civil. Lei nº 13.105/15 - Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

5. Definição de diretrizes, limites operacionais e metas progressivas de redução da taxa de ocupação, como instrumento de regularização progressiva das condições de funcionamento dos estabelecimentos prisionais fluminenses;

6. Adoção de providências outras que venham a ser identificadas no curso dos trabalhos, que se mostrem necessárias, úteis e eficazes na busca de regularização das condições de funcionamento do sistema prisional fluminense diante do cenário atual de superlotação.

Para tanto, passa a PJTCSPDH a expor.

I – CENÁRIOS DE SUPERLOTAÇÃO

Reapresentamos nesta oportunidade o cenário de superlotação do sistema prisional fluminense, com uma taxa de 187% de ocupação em 14.03.2017, somando então 51.063 internos para 27.650 vagas declaradas.

Quadro de Monitoramento da Distribuição do Efetivo Prisional em 14.03.2017

	CÓDIGO	LOCAL	REGIME	SEXO	FACÇÃO	CAPACIDADE	14.03.2017	OCUPAÇÃO	EXCESSO
1	SEAPAT	Gericinó	Fechado	Masculino	CV	960	3061	319%	2101
300%									
1	SEAPJP	São Gonçalo	Provisório	Masculino	Neutro	616	1839	299%	1223
2	SEAPMM	Japeri	Fechado	Masculino	Neutro	884	2515	285%	1631
3	SEAPAF	Água Santa	Diversos	Masculino	CV/ Federais	968	2626	271%	1658
4	SEAPJS	Gericinó	Provisório	Masculino	CV	750	1937	258%	1187
5	SEAPCN	Japeri	Provisório	Masculino	Neutro	750	1828	244%	1078
6	SEAPJFS**	Gericinó	Outros	Feminino	/	18	44	244%	26
7	SEAPTD	São Gonçalo	Provisório	Masculino	Neutro	630	1526	242%	896
8	SEAPJCS	Japeri	Provisório	Masculino	CV	884	2033	230%	1149
9	SEAPPR	Gericinó	Provisório	Masculino	CV	750	1686	225%	936
10	SEAPRN	Magé	Provisório	Masculino	CV	564	1201	213%	637
11	SEAPSR	Gericinó	Fechado	Masculino	CV	750	1580	211%	830
12	SEAPPC	Gericinó	Semiaberto	Masculino	Neu/ ExPol	1699	3570	210%	1871

13	SEAPCF	Campos	Diversos	Masculino	Neu/TC/ ADA	842	1745	207%	903
14	SEAPEC	Niterói	Semiaberto	Masculino	CV	383	769	201%	386
200%									
1	SEAPDC	Campos	Provisório	Masculino	TC	500	990	198%	490
2	SEAPEM	S. Cristóvão	Diversos	Masculino	Neutro	1497	2807	188%	1310
3	SEAPIS	Niterói	Semiaberto	Masculino	ADA	352	645	183%	293
4	SEAPJL	Gericinó	Diversos	Masculino	ADA	1344	2439	181%	1095
5	SEAPPM	Gericinó	Provisório	Masculino	TC	750	1328	177%	578
6	SEAPMS	Gericinó	Diversos	Masculino	CV	1320	2300	174%	980
7	SEAPSN	Gericinó	Fechado	Masculino	CV	668	1114	167%	446
8	SEAPEB	Gericinó	Fechado	Masculino	TC	992	1603	162%	611
9	SEAPJFS	Gericinó	Provisório C	Feminino	/	276	438	159%	162
10	SEAPVM	Itaperuna	Diversos	Masculino	Neutro	466	728	156%	262
11	SEAPNS	Campos	Diversos	Feminino	/	226	336	149%	110
12	SEAPLB	Gericinó	Fechado	Masculino	TC/ExPo /Mil	512	706	138%	194
137,5%									
1	SEAPOS	Benfica	Aberto	Feminino	/	22	30	136%	8
2	SEAPGC	Gericinó	Diversos	Masculino	CV	672	882	131%	210
3	SEAPVP	Gericinó	Semiaberto	Masculino	CV	1564	2022	129%	458
4	SEAPOS	Benfica	Semiaberto	Feminino	/	264	330	125%	66
5	SEAPNH	Gericinó	Diversos	Feminino	/	468	539	115%	71
6	SEAPBM	Gericinó	Semiaberto	Masculino	TC	912	1018	112%	106
7	SEAPTB	Gericinó	Fechado	Feminino	/	362	366	101%	4
8	SEAPHG	Magé	Provisório	Masculino	Neutro	504	510	101%	6
100%									23972
1	SEAPFC	V. Redonda	Provisório	Masculino	TC	302	283	94%	-6
2	SEAPAC	Benfica	Aberto	Masculino		302	246	81%	-56
3	SEAPBS	Gericinó	Fechado	Masculino	Geral	547	394	72%	-158
4	SEAPCK	Niterói	Provisório	Masculino	S.Seg./ ISAP	50	34	68%	-16

5	SEAPLP	Gericinó	Diversos	Masculino	Geral (rrd)	48	31	64%	-15
6	SEAPPO	Gericinó	Provisório	Masculino	Alim/Sup	154	97	63%	-57
7	SEAPAM	Magé	Semiaberto	Masculino	Neutro/TC	140	86	61%	-50
8	SEAPCM	Centro	Semiaberto	Masculino	Neutro/TC	246	135	55%	-112
9	SEAPFS	Niterói	Fechado	Masculino	Neu/+60	180	96	53%	-84
10	SEAPJFS*	Gericinó	Provisório F	Feminino	/	24	12	50%	-12
11	UMI	Gericinó	Fechado	Feminino	/	20	8	40%	-12
12	SEAPFM	Gericinó	Provisório	Masculino	Entrada	518	182	35%	-336
Inativas									-914
X	SEAPBD	Resende	Provisório	Masculino		0	0	0%	0
X	SEAPJB	Gericinó	Provisório	Masculino		0	0	0%	0
49						27650	50695		23058
H	Hospitais						368		
	Total						51.063	187%	

O estado de superlotação pode ser refletido em 3 cenários distintos:

O 1º CENÁRIO se atém à distribuição do efetivo pelos estabelecimentos prisionais, quando se constata uma situação de desequilíbrio e de casos extremos de superlotação, como aquelas unidades que apresentam ocupação acima de 300% de sua capacidade (ex.: SEAPAT com 319% de ocupação), enquanto outras chegam a apresentar vagas ociosas (ex. SEAPBS com 72% de ocupação).

TAXA DE OCUPAÇÃO	UNIDADES	TOTAL
Acima de 300%	1	27
Entre 200% e 300%	14	
Entre 137,5% e 200%	12	
Entre 100% e 137,5%	8	20
Abaixo de 100%	12	
Inativas	2	49

Nestes casos, tanto o Ministério Público como a Defensoria Pública historicamente formulam requerimentos de *interdição funcional* das unidades com excesso de ocupação,

de modo a se *proibir o ingresso de novos presos e/ou ser promovida a transferência de internos para outros estabelecimentos, como forma de se promover a redução gradual ou imediata até o limite de 100% de sua capacidade instalada.*

O 2º CENÁRIO é representado pelos desvios de cumprimento da condenação penal, seja pela constatação de *presos em cumprimento de regimes diversos alocados em um mesmo espaço prisional*, seja pela *ocupação de unidades com instalações físicas inadequadas para o regime prisional a que se destina.*

UNIDADE	REGIMES	GÊNERO	LOCAL
SEAPAF	Fechado e Provisório	Masculino	Água Santa
SEAPEM	Fechado e Provisório	Masculino	São Cristóvão
SEAPGC	Fechado e Provisório	Masculino	Gericinó
SEAPJL	Fechado e Provisório	Masculino	Gericinó
SEAPMS	Fechado e Semiaberto	Masculino	Gericinó
SEAPOS	Semiaberto e Aberto	Feminino	Benfica
SEAPNH	Fechado e Provisório	Feminino	Gericinó
SEAPVM	Fechado, Provisório, Semiaberto e Aberto	Masculino	Itaperuna
SEAPCF	Fechado, Provisório, Semiaberto e Aberto	Masculino	Campos
SEAPNS	Fechado, Provisório, Semiaberto e Aberto	Feminino	Campos

Em casos de tal natureza, são apresentados requerimentos de *interdição funcional* da unidade, agora no sentido de ser impedido o ingresso de novos presos sob regimes incompatíveis com o estabelecimento prisional, ou a transferência imediata de internos para unidades apropriadas ao regime imposto.

Já o 3º CENÁRIO consiste na *ocupação de celas e espaços prisionais considerados inóspitos*. Isto decorre da verificação de um estado de insalubridade, seja por falta de iluminação, conservação, aeração, por sua absoluta inadequação física ou desassistência. Tal situação pode ser verificada no todo ou em parte em determinada unidade, a exemplo da constatação para apenas uma galeria ou cela específica.

Neste terceiro cenário, os requerimentos formulados se dirigem à imediata *interdição* mediante desocupação definitiva do espaço prisional identificado como inóspito, ou a até serem verificadas medidas de reforma e adequação que venham a promover o restabelecimento das condições de ocupação e uso.

É certo que circunstâncias e variáveis podem indicar *outros cenários* a serem objeto de atenção da administração prisional: (i) distanciamento do preso de sua

região de domicílio (ex.: presos da região sul ou noroeste alocados no Complexo de Gericinó); (ii) riscos de instabilidade e à integridade física do preso (ex.: separação de facções criminosas; pedidos de seguro); (iii) restrições aos serviços de assistência ao preso (restrições à capacidade de abastecimento de água, alimentação, assistência à saúde, presos idosos ou com deficiência, parturientes, lactantes, características da ambiência prisional, acesso à educação, trabalho, etc.).

Tais circunstâncias influenciam e devem influenciar sobremaneira os critérios de gestão operacional das unidades prisionais, no árduo desafio de alocação de um efetivo carcerário em números superlativos e incompatíveis com a oferta atual de vagas.

As dificuldades se agravam quando a tomada de decisões é distribuída por órgãos de esferas distintas, desprovidos de articulação, adequação temporal, visão sistêmica ou mesmo jurisdição para o enfrentamento global do problema.

II – PROCESSOS JUDICIAIS

Ao longo dos anos, ao menos *20 ações civis públicas* foram propostas junto às Varas de Fazenda Pública distribuídas pelo Estado do Rio de Janeiro, versando sobre a interdição funcional de unidades prisionais em estado de superlotação.

UNIDADE	AÇÃO CIVIL PÚBLICA	COMARCA
SEAPEB	0017123-96.2006.8.19.0001	Capital
SEAPJP	0044240-58.2003.8.19.0004	São Gonçalo
SEAPTD	0044240-58.2003.8.19.0004	São Gonçalo
SEAPJCS	0000600-10.2013.8.19.0083	Japeri
SEAPCN	0001005-46.2013.8.19.0083	Japeri
SEAPMM	0001642-89.2016.8.19.0083	Japeri
SEAPPM	0003012-63.2013.8.19.0001	Capital
SEAPHG	0010759-77.2013.8.19.0029	Magé
SEAPRN	0010818-65.2013.8.19.0029	Magé
SEAPDC	0059535-27.2011.8.19.0014	Campos
SEAPCF	0064002-49.2011.8.19.0014	Campos
SEAPJS	0070401-07.2009.8.19.0001	Capital
SEAPSN	0073274-77.2009.8.19.0001	Capital
SEAPIS	0096521-79.2012.8.19.0001	Capital
SEAPAF	0144729-05.2009.8.19.0001	Capital
SEAPJL	0154701-52.2016.8.19.0001	Capital
SEAPPC	0252862-39.2012.8.19.0001	Capital
SEAPAT	0297188-50.2013.8.19.0001	Capital

SEAPVP	0358308-65.2011.8.19.0001	Capital
SEAPAC	0473858-69.2015.8.19.0001	Capital
SEAPMS	0495601-43.2012.8.19.0001	Capital

Atualmente, encontram-se sob a vigência de decisões judiciais em ações civis públicas limitadoras de sua ocupação:

SEAPHG (Hélio Gomes)	VFP	100%
SEAPFC (Franz de Castro)	VFP	100%
SEAPVP (Vicente Piragibe)	VFP	137,5%
SEAPMM (Milton Dias Moreira)	VFP	187% (média global de ocupação)

Por sua vez, foram identificados outros 22 *procedimentos especiais* junto à Vara de Execuções Penais, deflagrados por autores diversos, tendo por objeto a interdição funcional de unidades prisionais diante de um dos cenários acima descritos.

UNIDADE	PES	PES	PES	PES
SEPAT	2015/0190653-9	2017/0003713-6	2017/0001978-7	2017/009575
SEAPEM	2012/0162032-3	2015/0099253-0		
SEAPPC	2015/0045878-9	2012/0021501-8		
SEAPJS	2013/0003146-3			
SEAPPR	2013/0190327-2			
SEAPAF	2015/00121532			
SEAPSN	2016/0041851-9			
SEAPJL	2016/0042197-6			
SEAPVP	2016/0042198-4			
SEAPMM	2016/0046290-5			
SEAPAC	2016/0047056-9			
SEAPJCS	2016/0047735-8			
SEAPCF	2016/0050738-6			
SEAPEB	2016/0050749-3			
SEAPMS	2016/0053155-0			
SEAPNS	2016/0053922-3			
SEAPTB	2016/00020437			

Da análise dos referidos procedimentos especiais, em que pesem as dezenas de requerimentos de interdição funcional de espaços prisionais, apurou-se que apenas uma unidade se encontra sob o comando de decisão limitadora de sua ocupação proferida pela VEP, embora em estado de descumprimento*:

SEAPEM (Evaristo de Moraes)

VEP 1.687 (250 vagas acima)

*A SEAPEM apresenta em 14.03.2017 um efetivo de 2.807 internos para 1.497 vagas.

Histórico – Vara de Execução Penal

Atendo-nos aos procedimentos especiais que tiveram ou têm curso perante a Vara de Execuções Penais (VEP), alguns casos merecem destaque para a melhor compreensão da controvérsia.

I. SEAPAC | Casa do Albergado Crispim Ventino.

2016/0047056-9. Inadequação física para o regime aberto. DPGE requer interdição funcional (proibir regime aberto) e outras providências (recolhimento domiciliar aos internos).

Observação: até o momento nenhuma decisão foi proferida. SEAPAC conta em 14.03.2017 com 246 internos para 302 vagas (81% da capacidade).

II. SEAPAT | Penitenciária Alfredo Tranjan.

2015/0190653-9. Superlotação. DPGE requer interdição funcional (proibir entrada além de 881 presos – 100% da capacidade).

2017/0001978-7. Superlotação. Internos requerem interdição funcional (proibir entrada além de 1.500 presos – 170% da capacidade) e outras providências (celeridade na análise de benefícios).

2017/0003713-6. Superlotação. DPGE requer interdição funcional (proibir entrada além da capacidade de 881 presos).

2017/009575. Superlotação. Internos requerem interdição funcional (proibir o ingresso de novos presos) e outras providências (inspeções, análise célere, assistência).

Observação: até o momento nenhuma decisão foi proferida. SEAPAT conta em 14.03.2017 com 3.061 internos para 960 vagas (319% da capacidade).

III. SEAPCF | Presídio Carlos Tinoco da Fonseca.

2016/0050738-6. Superlotação e regimes diversos. DPGE requer interdição funcional (proibir regimes semiaberto e aberto) e outras providências (recolhimento domiciliar aos condenados em regime semiaberto e aberto).

Observação: até o momento nenhuma decisão foi proferida. SEAPCF conta em 14.03.2017 com 1.745 internos para 842 vagas (207% da capacidade).

IV. SEAPEM | Presídio Evaristo de Moraes

2012/0162032-3. Superlotação, estrutura física e desassistência. CNJ solicita informações.

Relatório:

19.10.2012. VEP determina interdição com desocupação programada do SEAPEM.

12.04.2013. VEP decide por desinterditar a SEAPEM para que volte a receber presos até o limite de sua capacidade (1.437).

30.10.2013. SEAP informa a limitação da capacidade das unidades SEAPSR, SEAPBM, SEAPHG, SEAPJS, SEAPVM, SEAPEM e SEAPRN, por decisões judiciais da VEP e em ações civis públicas. Ressalta que “determinações judiciais deste teor restringem, consideravelmente, as possibilidades de transferências do excesso de internos entre os estabelecimentos prisionais, o que reflete, consequentemente, em uma maior população carcerária em determinadas unidades prisionais; acarretando sérios problemas quanto à prestação de atendimento médico, jurídico, social e psicológico aos internos; assim como, na realização de visitas; e, principalmente, na segurança das unidades prisionais”.

07.11.2013. SEAP requer reconsideração da decisão de limitação da capacidade, quando “a mesma possui estrutura física com condições de acautelar um número superior a sua capacidade”.

21.11.2013. VEP decide por autorizar ocupação da SEAPEM com excedente de 250 presos, em caráter provisório, medida a ser reavaliada em inspeção à unidade. Informa ter constatado em inspeção a capacidade de receber mais 5 presos em cada cela das galerias de A a D, assegurada a oferta de colchões. Observa-se que “se torna impossível exigir da SEAP a destinação de vagas para a população carcerária diante de tantas limitações judiciais das unidades prisionais, bem como é irreal determinar a construção imediata de presídios”.

13.11.2015. MPRJ informa a ocupação da SEAPEM com 2.110 presos, acima dos 1.687 autorizados, diante da capacidade de 1.497.

09.01.2017. DPGE requer a intimação da SEAP para cumprimento da decisão que limita a ocupação da SEAPEM em até 1.687 internos. Requer informações sobre o funcionamento e serviços de assistência prestados na unidade.

Observação: requerimento da DPGE de 09.01.2017 pendente de apreciação. SEAPEM conta em 14.03.2017 com 2.807 internos para 1.497 vagas (188% da capacidade).

2015/0099253-0. Inadequação de celas. MPRJ requer informações, providências e interdição de celas de seguro (Galeria E) por absoluta ausência de aeração e iluminação.

Observação: até o momento nenhuma decisão foi proferida.

V. SEAPSN | Penitenciária Dr. Serrano das Neves.

2016/0041851-9. Regimes diversos. DPGE requer transferência de presos provisórios (não sentenciados) identificados da SEAPSN para casa de custódia e

proibição de ingresso de novos presos provisórios na SEAPSN. Requer declaração incidental de ilegalidade da Resol. SEAP 338/2010.

Observação: foi determinada a transferência de presos provisórios. SEAPSN conta em 14.03.2017 com 1.114 internos para 668 vagas (167% da capacidade). Em 27.03.2017 o SIPEN apresenta relatório de apenas 6 presos provisórios de um total de 1.073 internos alocados na SEAPSN.

VI. SEAPPC | Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho.

2012/0021501-8: DPGE requer cessação imediata de transferências de presos para o SEAPPC e transferência dos presos excedentes que lá se encontram. DPGE requer em 05.03.2015 proibição de novos ingressos de qualquer natureza no SEAPPC que excedam a sua capacidade (1699); remanejamento de todos os presos custodiados no SEAPPC que excedam sua capacidade.

2014/0184116-6: DPGE informa inspeção de 16.09.2014.

2015/0002112-4: MPRJ requer: (i) proibição de novos ingressos de presos de qualquer natureza na SEAPPC que excedam a atualmente já superada capacidade máxima de 1699; (ii) apresentar e executar cronograma de remanejamento de presos custodiados excedentes à capacidade máxima; (iii) lotar quantitativo de ISAPS na proporção do efetivo; (iv) determinar judicialmente a capacidade máxima do SEAPPC.

2015/0045878-9. Superlotação (principal). CNPCP solicita informações sobre necessidade de interdição da SEAPPC, a partir de inspeção de 16.09.2014 da DPGE.

Relatório:

05.02.2015. Inspeção VEP informa que SEAPPC “atende, com restrições de estabelecimento destinado a presos condenados, aos padrões indicados pela LEP à custódia e ao tratamento dos internos ali recolhidos, devendo-se observar as informações complementares realizadas em anexo, bem como as providências adotadas por este Juízo”.

30.09.2015. Diretor SEAPPC informa ocupação de 188% de sua capacidade, não considerando haver risco de rebelião a partir de tal fato “pois esta unidade comporta o regime semiaberto, onde a maioria dos presos possui uma quantidade pequena de pena que resta cumprir e, com isto, os internos compreendem que sua indisciplina lhes traria mais prejuízos do que benefícios, tendo em vista que o que mais almejam é a sua liberdade e, com atos de insubordinação, agravar-se-iam suas penas”.

06.11.2015. MPRJ interdição parcial da SEAPPC pelo prazo de 6 meses, determinando preenchimento de vagas ociosas em outras unidades destinadas ao regime semiaberto. Requer informações sobre obras de ampliação da capacidade com ocupação do pavilhão E, que teria gerado condições insalubres.

23.06.2016. VEP indefere pedido de interdição pois: “acabaria por lotar ainda mais outras unidades, criando situação ainda pior para os internos; transferência de internos esbarra no perfil de ocupação das unidades e referências a facções criminosas. Informa que tratativas para realização de mutirões estariam sendo discutidas com a DPGE”.

09.01.2017. DPGE informa decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Resolução 39/2016), que impôs ao Estado Brasileiro: “medidas necessárias para proteger a vida e integridade física e pessoal dos internos da SEAPPC; ações imediatas para reduzir substancialmente a superlotação; propiciar condições adequadas de higiene nos recintos, acesso à água para consumo humano e tratamentos médicos.”

09.01.2017. DPGE requer: “proibição de ingresso de novos detentos no SEAPPC até que se atinja a capacidade ocupacional de 1699 internos; fixação de diretriz judicial referenciada às medidas reducionistas da superlotação carcerária do estabelecimento, a serem analisadas, individualmente: (i) concessão de prisão domiciliar a todos os detentos que já usufruam de saídas temporárias de visita à família; (ii) concessão de prisão domiciliar a todos os detentos que venham a usufruir de saídas temporárias de visita à família”.

Anexos: 2014/0148650-9; 2015/0027684-3; 2014/0210549-6; 205/0024910-5; 2015/0011613-0; 2014/0196305-1; 2014/0205262-3; 2015/0084233-9; (denúncias).

Referência: 2011/0084910-6 (SEAPVP); PPIDC/PGR 1.00.000.014433/2016-62.

Observação: até o momento nenhuma nova decisão foi proferida. SEAPPC conta em 14.03.2017 com 3.570 internos para 1.699 vagas (210% da capacidade).

VII. SEAPJS | Cadeia Pública Jorge Santana.

2013/0003146-2. Superlotação e regimes diversos. CNJ solicita informações sobre estado de superlotação.

Observação:

03.11.2014. VEP solicita informações sobre “número de presos que a Cadeia Jorge Santana comporta acima de sua capacidade sem que haja comprometimento da ordem e disciplina, e, principalmente, sem que implique em falta de acomodações para os internos dormirem”.

06.11.2014. SEAP informa que as 10 celas coletivas de 75 comarcas comportariam mais 20 internos por cela sem comprometer ordem e assistência.

07.11.2014. VEP determina a redistribuição de internos podendo utilizar a Cadeia Jorge Santana em número superior à sua capacidade, porém, observando o novo limite de + 20 internos por cela, o qual é temporário. Após, 120 dias, voltem para reapreciação da situação.

24.07.2015. VEP revoga decisão limitadora da capacidade. “A interdição de unidades prisionais, quando as que existem já não são suficientes para atender a todo o nosso efetivo, desacompanhadas de qualquer outra determinação, não são suficientes para solucionar a questão, ainda mais, quando a responsabilidade em relação a todas essas unidades é deste Juízo”. “Considerando a superlotação de outras unidades semelhantes em razão da interdição ora determinada, revogo a decisão de fl. 14”.

13.01.2017. DPGE requer com base na superlotação: proibição de ingresso de novos detentos na SEAPJS, até capacidade de 750 presos; proibição de ingresso de condenados na SEAPJS; transferência de presos condenados para regime próprio; transferência de presos condenados para regime próprio em até 10 dias da comunicação da condenação.

Referências: 2014/0071717-7. 2011/0084910-6. 2013/0003146-3.

Observação: até o momento nenhuma decisão foi proferida. SEAPJS conta em 14.03.2017 com 1.937 internos para 750 vagas (258% da capacidade).

VIII. SEAPPR | Cadeia Pública Paulo Roberto da Rocha.

2013/0190327-2. Superlotação. MPRJ requereu: (i) transferência de presos definitivos; (ii) adequação à capacidade declarada; (iii) higienização; (iv) escala de banho de sol; (v) colocação de profissionais de saúde; (vi) controle da qualidade da alimentação.

Observação: até o momento nenhuma decisão foi proferida. SEAPPR conta em 14.03.2017 com 1.686 internos para 750 vagas (225% da capacidade).

IX. SEAPJF | Cadeia Pública Joaquim Ferreira.

2015/0083680-2. Superlotação. DPGE requereu: (i) transferência de presos condenados para unidades compatíveis com os regimes impostos; (ii) progressão para regime mais brando na hipótese de ausência de vaga; (iii) remição de pena como indenização por permanência em unidade superlotada; (iv) transferência de presas excedentes; (v) proibição de ingresso de presas em número superior à capacidade da unidade.

Relatório:

02.07.2015. SEAP afirma a inviabilidade de se transferir o efetivo excedente para outra unidade, sob pena de se violar a capacidade máxima da unidade destinatária.

29.12.2015. VEP decide no sentido de que “a publicação de dados pode ser temerária e atentar contra a segurança do sistema prisional”.

17.02.2016. VEP entendeu que a publicação de dados sobre o efetivo carcerário seria matéria de exclusiva conveniência e oportunidade da SEAP.

19.09.2016. DPGE requereu a apreciação e deferimento dos pedidos formulados na inicial.

Observação: até o momento nenhuma decisão foi proferida.

X. SEAPAF | Presídio Ary Franco.

2015/121532. Superlotação, estrutura física e desassistência. DPGE apresenta Relatório de inspeção na SEAPAF em 09.06.2015, indicando a superlotação, assim como diversas outras irregularidades decorrentes de problemas estruturais na unidade e na desassistência aos presos.

12.04.2016. SEAP se manifesta prestando informações sobre a adoção de diversas medidas de assistência aos internos.

23.08.2016. DPGE toma ciência não realizando novos requerimentos.

Observação: até o momento nenhuma decisão foi proferida.

XI. SEAPMS | Penitenciária Moniz Sodré.

2016/0053155-0. Regimes diversos. DPGE requereu aos 02/09/2016: (i) interdição funcional da Penitenciária Moniz Sodré como estabelecimento destinado ao cumprimento de pena privativa de liberdade em regime semiaberto; (ii) a proibição de ingresso de novos condenados na unidade para o resgate da sanção penal em regime semiaberto, abrangendo tanto aqueles que eventualmente obtenham progressão prisional de regime quanto àqueles condenados originariamente em regime semiaberto; e (iii) a concessão de recolhimento domiciliar a todas as pessoas privadas de liberdade da Penitenciária Muniz Sodré que cumprem a pena privativa de liberdade em regime semiaberto.

DPGE subsidia sua pretensão na situação de inadequação da unidade para cumprimento de pena em regime semiaberto, quando seu perfil original seria para resgate da sanção penal em regime fechado. Afirma que os apenados em regime semiaberto estariam ocupando pavilhão em condições idênticas à intensidade prisional atribuída ao pavilhão ocupado por apenados em regime fechado. Fundamenta tais requerimentos no enunciado de nº 56 da Súmula Vinculante do E. STF, sua referência aos parâmetros do RE 641.320 e art. 185 da Lei de Execuções Penais.

SEAP prestou informações justificando a destinação da Penitenciária Moniz Sodré para cumprimento de pena em regime semiaberto diante dos reflexos de decisão judicial proferida na Ação Civil Pública nº 0358308-65.2011.8.19.0001, que estabeleceu limite de ocupação do Instituto Penal Edgard Costa (SEAPPEC). Esclarece que tal utilização teria sido objeto de solicitação de autorização à VEP por meio do ofício nº SEAP/GS 485/2016. Ressalta, ainda, que todas as unidades se encontram em condições de excesso de ocupação, tendo a SEAPMS sido identificada como a mais apropriada para receber os apenados em regime semiaberto, uma vez que se encontra no cinturão de segurança do Complexo Penitenciário de Gericinó. MPRJ se manifesta em 03.11.2016 pela reunião dos feitos.

Observação: até o momento nenhuma decisão foi proferida.

III – AVALIAÇÃO DE IMPACTOS | ESTUDO DE CASO | SEMIABERTO CV

Considerando a referência expressa no Procedimento Especial 2016/0053155-0 (interdição funcional SEAPMS) à ação civil pública 0358308-65.2011.8.19.0001 (interdição funcional SEAPVP), cabe aqui tecermos uma análise mais detida da *interdependência entre decisões judiciais proferidas em ações civis públicas, procedimentos adotados junto à Vara de Execuções Penais e seus impactos na administração das unidades prisionais*.

A Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (DPGE) moveu em 06.10.2011 a ação civil pública 0358308-65.2011.8.19.0001 tendo por objeto as condições de

funcionamento do Instituto Penal Vicente Piragibe (SEAPVP) e formulando os seguintes pedidos em face do Estado do Rio de Janeiro:

1) Imposição de obrigações de fazer consistentes em: (i) transferência do contingente prisional excedente à capacidade máxima de 1.444 presos; (ii) instalação de camas e fornecimento de colchão, travesseiro e roupa de cama; (iii) instalação de dispositivo de aquecimento de água para banho.

2) Alternativamente imposição de obrigação de não fazer consistente na proibição de ingresso de presos, até restabelecimento da ocupação máxima das 1.444 vagas.

3) Determinar a capacidade máxima do Instituto Penal Vicente Piragibe, limitando-se definitivamente o efetivo carcerário no patamar então estabelecido, proibindo, assim, a custódia de pessoas que ultrapasse o limite máximo de 1 preso por 6m², em cumprimento ao art. 88 da Lei de Execução Penal.

Aos 30.05.2016 foi determinada a “proibição de ingresso de novos presos no Instituto Penal Vicente Piragibe, a partir da intimação desta, a fim de que seja alcançada, conforme a liberação paulatina dos que encerrarem seu tempo de cumprimento de pena, atinja-se a lotação de 1444 (um mil quatrocentos e quarenta e quatro) detentos, informada na inicial, sob pena de responsabilidade, criminal e administrativa”.

A referida decisão foi mantida em sede de agravo, permanecendo hígido seu comando e cumprimento pela Secretaria de Estado de Administração Penitenciária (SEAP).

Semiaberto CV

O Instituto Penal Vicente Piragibe (SEAPVP) é dedicado à alocação de presos do sexo masculino em cumprimento de condenação no regime semiaberto, com perfil de vinculação ao Comando Vermelho (CV).

Historicamente, a outra unidade de mesmo perfil seria o Instituto Penal Edgard Costa (SEAPEC), localizado em Niterói, com capacidade de 320 internos.

Impedida a partir de junho de 2016 de admitir o ingresso de novos presos do CV condenados no regime semiaberto no SEAPVP, a SEAP promoveu a reclassificação do Pavilhão B da Penitenciária Moniz Sodré (SEAPMS), anteriormente utilizada exclusivamente para o regime fechado, abrindo então 620 vagas para o semiaberto.

Formaram-se, assim, as 3 unidades atuais do sistema prisional fluminense com perfil dedicado ao regime semiaberto vinculado ao CV:

SEAPVP – Instituto Penal Vicente Piragibe. Gericinó. Semiaberto. Facão: CV.

Capacidade: 1.444. Efetivo em 14.02.2017: 1.644. Taxa de ocupa o: 113,8%

SEAPEC – Instituto Penal Edgard Costa. Niterói. Semiaberto. Facão: CV.

Capacidade: 383. Efetivo em 14.02.2017: 656. Taxa de ocupa o: 171,2%.

SEAPMS – Penitenciária Moniz Sodré. Gericinó. Fechado e Semiaberto. Facão: CV.

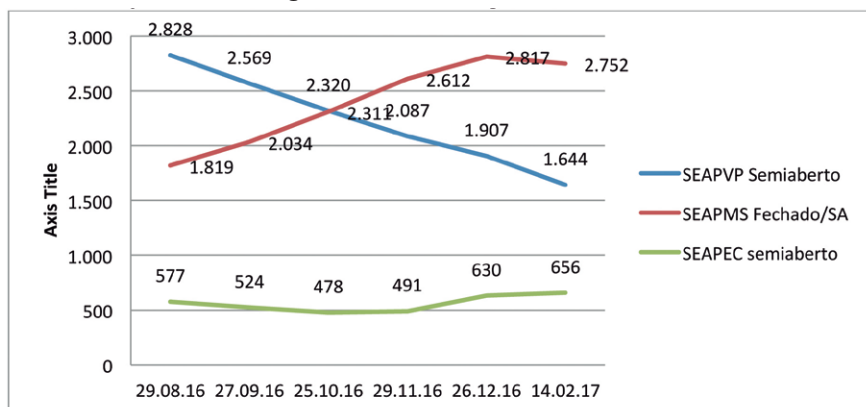
Capacidade total: 1.320. Efetivo em 14.02.2017: 2.752. Taxa de ocupa o: 208,4%

Capacidade semiaberto: 620. Efetivo em 14.02.2017: 1.325. Taxa de ocupa o: 213,7%

Impacto da decisão liminar

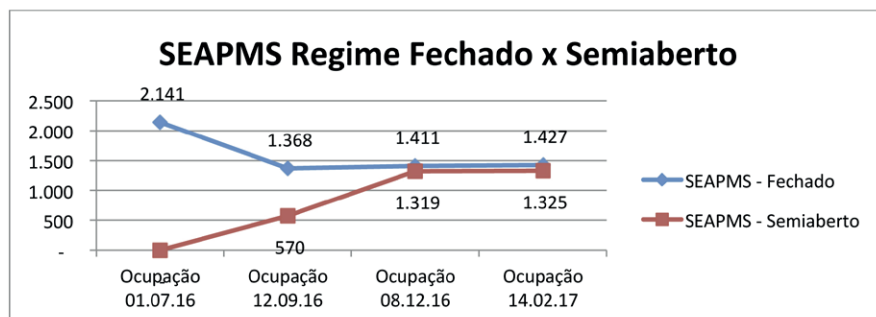
O que se verificou ao longo dos últimos 6 meses, sob a vigência da r. decisão liminar em comento foi a transferência do estado de superlotação da SEAPVP para a SEAPMS, conforme se extrai dos gráficos abaixo:

Gráfico I: evolução do efetivo carcerário nas unidades de regime semiaberto dedicadas ao CV.



UNIDADE	REGIME	29.08.16	27.09.16	25.10.16	29.11.16	26.12.16	14.02.17	EXCESSO
SEAPVP	Semiaberto	2.828	2.569	2.320	2.087	1.907	1.644	284
SEAPMS	Fechado/SA	1.819	2.034	2.311	2.612	2.817	2.752	1.414
SEAPMS	Semiaberto	577	524	478	491	630	656	289
Total		5.224	5.127	5.109	5.190	5.354	5.052	1.987

Gráfico II: formação de regime misto na SEAPMS



O resultado foi o redirecionamento do efetivo sob tal perfil (semiaberto CV), impedido de ingressar no Instituto Penal Vicente Piragibe (SEAPVP), para o Pavilhão B da Penitenciária Moniz Sodré (SEAPMS).

Enquanto a SEAPVP reduziu em 1.184 internos seu efetivo, descendo de 196% (29.08.2016) para 114% (14.02.2017) de ocupação, a SEAPMS recebeu 1.325 internos sob regime semiaberto, representando uma taxa de 214% de ocupação de suas 620 vagas, os quais se somam aos 1.427 presos cumprindo pena sob regime fechado no mesmo ambiente prisional.

Como esperado, a proibição de entrada de novos presos no Instituto Penal Vicente Piragibe (SEAPVP) em sede de ação civil pública não acarretou alteração efetiva no estado de superlotação do sistema prisional, apenas transferiu de uma para outra unidade o problema, representando verdadeiro agravamento das condições de encarceramento.

Isto porque as características arquitet nicas da Penitenciária Moniz Sodré (SEAPMS), originalmente dedicada ao regime exclusivamente fechado, são drasticamente distintas daquelas encontradas no Instituto Penal Vicente Piragibe (SEAPVP), ampla e espaçosa.

A SEAPMS é composta pelos Pavil es A e B e seus respectivos pátios.

SEAPMS. Pavilhão B em destaque



As acomodações do Pavilhão B (semiaberto) são idênticas às do Pavilhão A (fechado), assim como os regimes de rotina e disciplina empregados.



Pavilhão A (fechado)



Pavilhão B (semiaberto)

A ocupação das celas em mais de 200% de sua capacidade acarreta condições indignas de habitação, com ocupação de todo e qualquer espaço livre para acomodação dos internos.



Interno dormindo sob a comarca. Colchonetes guardados ao longo do dia. (inspeção 02.02.17)

Por sua vez, a SEAPVP abrange área de cerca de 70.000m², capacidade de 1.444 internos, com 5 galerias, ampla área externa, campo de futebol, quadra e pátio de visitação, em que os presos ficam livres para circular ao longo do dia entre os horários de conferência.

SEAPVP. Cerca de 70.000m²

Cumprе registrar que em relação à Penitenciária Moniz Sodré (SEAPMS), encontra-se igualmente em curso ação civil pública nº 0495601-43.2012.8.19.0001, movida aos 07.01.2013 pelo MPRJ em face do Estado do Rio de Janeiro, sendo formulados, entre outros, pedidos no sentido da limitação da sua capacidade de ocupação. Não foi até o momento deferido naqueles autos provimento de urgência para restringir a entrada de novos presos ou a transferência de seu efetivo.

Resultado: agravamento das condições de alocação de presos em um estado de superlotação do sistema prisional.

Cumprе ressaltar que a distribuição e alocação de presos nas unidades prisionais por parte da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária segue 2 premissas básicas:

1º. Cada unidade prisional possui um perfil próprio fundado em critérios objetivos e subjetivos que determinam a alocação do efetivo carcerário⁵.

2ª A SEAP não determina prisão, concede progressão de regime ou liberdade.

Considerando que uma determinada unidade prisional tenha restringida sua ocupação aos limites da capacidade de ocupação, seja por proibição de ingresso de novos presos ou determinação de transferência de internos para outras unidades, aqueles ou os presos que vierem a ingressar no sistema prisional deverão ser alocados nos demais estabelecimentos prisionais, observados critérios definidores do perfil de ocupação destas.

Ciente de que o fluxo de entrada ou saída de presos não é controlado pela Secretaria de Estado de Administração Penitenciária ou mesmo pelo Juízo Fazendário e apenas parcialmente pela Vara de Execuções Penais, a limitação de ocupação em sede de ação civil pública quando desacompanhada de medidas a cargo de outros órgãos jurisdicionais conduzirá à mera transferência do estado de superlotação, por vezes gerando agravamento das condições de vida do preso.

Com apoio da SEAP, o MP RJ requereu em 14.02.2017 e o Juízo da 6ª Vara de Fazenda Pública da Capital decidiu em 07.03.2017 no sentido da reconsideração da r. decisão liminar, no sentido de:

Assim, na forma do artigo 296, caput, do CPC/2015, acolho o pedido formulado pelo Ministério Público, adotando na íntegra sua manifestação como parte integrante da fundamentação desta decisão, para reformar em parte a r. decisão liminar de 30.05.2016, para que se estabeleça como limite de ingresso de novos presos no Instituto Penal Vicente Piragibe (SEAPVP) a taxa de 137,5% de sua capacidade de ocupação, ou 1.985 internos. O percentual de 137,5% fica estabelecido tendo-se por referência o indicador de controle ou limite extremo de ocupação convencionado na Resolução CNPCP nº 05, de 05.11.2016, parâmetro no qual se considera a flutuação natural do efetivo carcerário e esfera de gestão e alocação por parte do órgão competente do Poder Executivo.

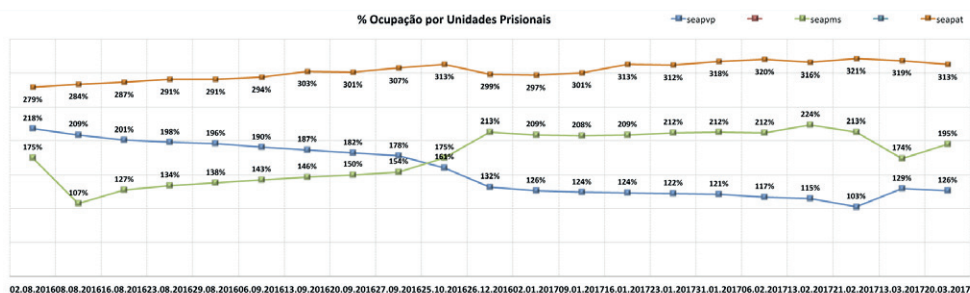
Frise-se, como ressaltado pelo Ministério Público, que “tal reforma não representa admitir a perene e indesejável ocupação acima da capacidade de ocupação de determinada unidade prisional, mas sim o reconhecimento da medida apta a promover efetiva melhora ou ao menos mitigação das restrições encontradas no funcionamento do sistema prisional fluminense. O caráter de temporariedade inerente

⁵ Critérios de classificação de presos para fins de alocação em unidades prisionais: natureza do decreto prisional (preso provisório ou definitivo); gênero (masculino ou feminino); regime de cumprimento de pena (fechado, semiaberto, aberto, medida de segurança); primariedade; idade; orientação sexual; nível de instrução; estado de saúde; periculosidade; natureza do delito; vínculo à organização criminosa; profissão de origem; orientação religiosa; origem territorial; situação de risco pessoal.

às medidas de urgência ora se faz presente, permitindo que, a médio prazo, outras ações, estas sim a cargo das Varas Criminais, Vara de Execução Penal, Secretaria de Estado de Administração Penitenciária e demais órgãos integrantes do Comitê de Enfrentamento à Superlotação Carcerária, tomem corpo e vida, gerando impactos positivos na redução do atual e nefasto estado de superlotação”.

Neste sentido vale destacar a instauração do Comitê de Enfrentamento à Superlotação Carcerária no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, em janeiro de 2017 para traçar planos a curto, médio e longo prazos, sendo definido como marco zero a taxa de 188% de ocupação verificada em 23.01.2017, bem como seu objetivo inicial de redução para 137,5% da taxa de superlotação carcerária.

Gráfico III: impacto da reconsideração da decisão liminar de interdição da SEAPVP (137,5%)



IV – MONITORAMENTO E TOMADA DE DECISÕES

A gestão operacional de um sistema prisional não representa tarefa fácil. Seu desiderato legal: assegurar condições para a efetivação das disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Neste sentido, são previstos programas e ações de assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, bem como estabelecidos deveres, direitos e disciplina para o adequado funcionamento do estabelecimento prisional.

A realidade fluminense: administração cotidiana de um estado de superlotação carcerária, com recursos restritos, alternativas limitadas e interferências pontuais de recomendações e decisões de outros Poderes.

Trata-se de atividade subjetiva e objetivamente da mais alta complexidade.

Atribuída ao Poder Executivo sob o comando da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária, a gestão do sistema prisional deve ser exercida em

articulação e sob a fiscalização do Juízo da Execução Penal, contando, para tanto, com demais atores essenciais: Ministério Público; Defensoria Pública; Ordem dos Advogados; Conselho Penitenciário; Conselhos das Comunidades; e demais mecanismos de cooperação comunitária.

A multiplicidade de órgãos gestores e de controle com um desiderato comum demanda a adoção de mecanismos de transparência e de agilidade na articulação, de modo que suas respectivas funções sejam exercidas a contento e encontrem respostas tempestivas e eficazes.

Os cenários retratados do sistema prisional fluminense deixam evidente a ocorrência de falhas de articulação institucional e ineficácia dos instrumentos empregados.

É preciso enfrentar o tema e para tanto o MPRJ propõe:

Risco de decisões conflitantes e contraditórias

A multiplicação e sobreposição de procedimentos especiais não contribuem para a célere e adequada prestação jurisdicional.

Uma vez mapeada a identidade entre feitos e interdependência dos provimentos requeridos, há de se reconhecer o flagrante risco de decisões conflitantes e contraditórias⁶, a merecer a reunião dos feitos para julgamento conjunto.

Neste sentido, requer o MPRJ a *(1) reunião para apreciação conjunta de procedimentos especiais⁷ em curso nessa VEP tendo por objeto requerimentos de interdição funcional de espaços prisionais do Estado do Rio de Janeiro.*

Adequação procedimental

A reunião de ao menos 22 procedimentos especiais para julgamento conjunto, acerca de matéria reconhecidamente de alta complexidade e impactos na vida do preso e da segurança institucional, demanda, no mínimo, o estabelecimento de rito processual próprio.

No caso dos procedimentos especiais junto à Vara de Execuções Penais a situação é ainda mais grave, diante da ausência de previsão de rito processual. Neste caso, a omissão aconselha a adoção de negócio processual entre as partes interessadas.

O Novo Código de Processo Civil consolidou tendência de fortalecimento do poder de autocomposição das partes, prevendo hipótese de negócios processuais estabelecerem ajustes do procedimento às especificidades da causa, mediante convenções sobre seus ônus, poderes, faculdades, deveres e prazos processuais⁸.

⁶ NCPC Lei nº 13.105/2015. Art. 55. § 3º Serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles.

⁷ 2015/0190653-9; 2017/0003713-6; 2017/0001978-7; 2017/009575; 2012/0162032-3; 2015/0099253-0; 2015/0045878-9; 2012/0021501-8; 2013/0003146-3; 2013/0190327-2; 2015/00121532; 2016/0041851-9; 2016/0042197-6; 2016/0042198-4; 2016/0046290-5; 2016/0047056-9; 2016/0047735-8; 2016/0050738-6; 2016/0050749-3; 2016/0053155-0; 2016/0053922-3; 2016/00020437.

⁸ Novo Código de Processo Civil. Lei nº 13.105/15. Art. 190. Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento

Assim, requer o MPRJ seja firmada (2) *convenção processual entre as partes interessadas com definição de procedimentos e prazos que permitam o emprego de técnicas de mediação, redução de danos e de decisões estruturantes, prestigiando a celeridade, contraditório, transparência e eficiência do processo que se inicia.*

Avaliação integrada do estado de superlotação

Como visto, a avaliação do estado de superlotação – taxa de ocupação acima de 100% da capacidade instalada – deve se dar tanto sob a perspectiva da taxa global de ocupação, como das taxas individuais de cada unidade prisional, observando-se, ainda, características próprias de cada regime de cumprimento, ambiência prisional, segurança institucional e capacidade de adaptação a uma maior demanda por serviços de assistência.

A apresentação de dados isolados acerca de um estabelecimento prisional em determinado momento não permite uma avaliação adequada e responsável quanto às causas e efeitos da flutuação e alocação do efetivo prisional, gerando riscos de decisões que levem ao agravamento das condições de vida no cárcere, em seus mais variados aspectos.

Certos de que o Poder Executivo, por sua Secretaria de Administração Penitenciária se apresenta como órgão competente e mais habilitado para tomada de decisões cotidianas acerca da gestão operacional do sistema prisional, é preciso assegurar mecanismos de monitoramento e transparência do estado de ocupação das unidades em funcionamento.

Para tanto, requer o MPRJ (3) *a definição de mecanismos e indicadores de monitoramento da capacidade instalada e taxa de ocupação dos estabelecimentos prisionais fluminenses, os quais devem ser tornados públicos para livre acesso de terceiros interessados.*

Requerimentos de urgência sobre limitação operacional do espaço prisional

Da análise dos procedimentos especiais em curso, verificamos 3 cenários típicos de superlotação e requerimentos deles decorrentes.

São os casos de: (I) proibição de ingresso de novos presos em determinada unidade prisional; (II) proibição de ingresso de novos presos em determinado regime prisional; (III) proibição de uso e ocupação de determinado espaço prisional.

A falta de procedimentos próprios de avaliação integrada do sistema prisional conduziu a 2 situações bem definidas: (i) decisões proferidas sem a visão prospectiva dos impactos gerados no sistema prisional; e, (ii) ausência de tomada de decisão por falta de visão prospectiva dos impactos que seriam gerados no sistema prisional.

para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Considerando a gravidade dos cenários de superlotação apresentados, é de se requerer no curso deste processo, que se inicie a definição de prioridades para a devida *(4) apreciação de requerimentos de urgência sobre limitação operacional de espaços prisionais.*

Limites operacionais e metas progressivas de redução da taxa de ocupação

Se por um lado a limitação operacional de determinado estabelecimento prisional à sua capacidade declarada não se mostra como uma medida apta a isoladamente promover efetivas melhoras nas condições de funcionamento do sistema prisional, a ocupação ilimitada de toda e qualquer unidade prisional acarreta a formação de casos extremos de violação dos direitos humanos, com reflexos nas condições mínimas de vida e dignidade do preso.

A experiência e o histórico de tentativas, acertos e erros na administração do sistema prisional fluminense indica a necessidade e urgência de serem estabelecidos parâmetros de gestão operacional das unidades prisionais.

Trata-se, como dito, de atividade complexa que deve se revestir de transparência e se valer de contribuição dos mais variados setores da sociedade que possam e se disponham a colaborar nesse processo.

Estamos diante de um processo que deverá abranger ações de curto, médio e longo prazo, muitas, estranhas até mesmo aos limites da competência da Vara de Execuções Penais ou mesmo dos procedimentos sob análise, mas que devem caminhar de forma progressiva no sentido da efetiva melhora das condições de vida no cárcere e da regularização do sistema prisional fluminense diante dos parâmetros legais em vigor.

Neste sentido, o MPRJ requer, ao longo e ao final deste processo, *(5) a definição de diretrizes, limites operacionais e metas progressivas de redução da taxa de ocupação, como instrumento de regularização progressiva das condições de funcionamento dos estabelecimentos prisionais fluminenses.*

Outras providências estruturantes

Considerando a interdependência e mutabilidade dos fatores em análise no presente feito, assim como daqueles que tangenciam e influenciam o estado de ocupação dos estabelecimentos prisionais, é de se reconhecer a absoluta impossibilidade de se definir, neste momento, o conjunto de medidas e ações a cargo da Vara de Execuções Penais que apresentem o condão de assegurar o objetivo final de regularização das condições de funcionamento do sistema prisional.

É preciso construir e seguir um processo estruturante, apto a contribuir de forma efetiva para o aperfeiçoamento do sistema prisional. Para tanto, é preciso ampliar e mesmo deixar em aberto a natureza e especificidade dos provimentos jurisdicionais perseguidos, os quais serão tratados e delineados oportuna e paulatinamente ao longo da instrução processual.

Como exemplo, podemos indicar o interesse processual na prolação de decisões de caráter declaratório que atestem a inexistência de vagas em determinada unidade,

regime e perfil de ocupação, as quais poderão instruir requerimentos próprios em caráter individual na busca de benefícios legais.

Desta feita, o MPRJ requer a *(6) a adoção de providências outras que venham a ser identificadas no curso dos trabalhos, que se mostrem necessárias, úteis e eficazes na busca de regularização das condições de funcionamento do sistema prisional fluminense diante do cenário atual de superlotação.*

Requerimentos finais

Diante de todo o exposto, requer o MPRJ o recebimento, autuação e processamento do presente procedimento especial de providências, para fins de apreciação dos pedidos formulados nos itens 1 a 6 acima descritos, que apresentam por objeto a regularização das condições de funcionamento do sistema prisional fluminense diante do cenário atual de superlotação e da competência prevista no art. 66, VIII da Lei de Execuções Penais.

Requer a intimação do Estado do Rio de Janeiro (Secretaria de Estado de Administração Penitenciária), a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (Núcleo do Sistema Prisional), o Conselho Penitenciário Estadual e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB-RJ) para ciência e manifestação por escrito acerca dos termos do presente requerimento, em prazo de 10 dias úteis.

Requer a reunião dos procedimentos especiais em curso nesta Vara de Execuções Penais, versando sobre requerimentos de interdição funcional de unidades do sistema prisional fluminense, indicando-se os procedimentos a seguir relacionados, sem prejuízo de outros que venham a ser identificados por esse douto Juízo.

2015/0190653-9; 2017/0003713-6; 2017/0001978-7; 2017/00009575;
2012/0162032-3;
2015/0099253-0; 2015/0045878-9; 2012/0021501-8; 2013/0003146-3;
2013/0190327-2;
2015/00121532; 2016/0041851-9; 2016/0042197-6; 2016/0042198-4;
2016/0046290-5;
2016/0047056-9; 2016/0047735-8; 2016/0050738-6; 2016/0050749-3;
2016/0053155-0;
2016/0053922-3; 2016/00020437.

Em prosseguimento, postula pela designação de audiência especial, oportunidade em que se espera verem tratados aspectos atinentes aos requerimentos formulados nos itens 1 a 6 supra.

Nestes termos, espera deferimento.

Rio de Janeiro, 29 de março de 2017.

MURILO NUNES DE BUSTAMANTE

Promotor de Justiça | Mat. 2502

Processo Judicial. Parecer do Ministério Público. 4ª Promotoria de Justiça de Fazenda Pública. Responsabilidade civil do Estado. Morte de pessoa detida e conduzida a uma Unidade de Polícia Pacificadora. “Caso Amarildo”.

4ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DA FAZENDA PÚBLICA

Responsabilidade civil do Estado. Morte de pessoa detida e conduzida a uma Unidade de Polícia Pacificadora. Legitimidade ativa. Prova do nexo causal. Fixação de danos materiais e morais.

Processo: 0282759-78.2013.8.19.0001

Autora 1: ELIZABETE GOMES DA SILVA (nascida em 1965)

Autora 2: ABGD (nascida em 2000)

Autor 3: AGDS (nascido em 2003)

Autora 4: MGDS (nascida em 2007)

Autor 5: ANDERSON GOMES DIAS DE SOUZA (nascido em 1992)

Autor 6: EMERSON GOMES DA SILVA (nascido em 1993)

Autor 7: AMARILDO GOMES DA SILVA (nascido em 1995)

Autora 8: MARIA EUNICE DIAS LACERDA (nascida em 1961)

Autora 9: MICHELE DIAS LACERDA (nascida em 1987)

Réu: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Exmo. Sr. Juiz,

Cuida-se de ação ordinária em que os Autores objetivam a condenação do Estado do Rio de Janeiro à composição de danos morais, pensão alimentícia e tratamento médico e psicológico em virtude do desaparecimento de Amarildo de Souza, no dia 14 de julho de 2013, após ser conduzido por policiais militares para as dependências da unidade de polícia pacificadora da comunidade da Rocinha.

Despacho à fl. 75 determinando que os autos voltem conclusos logo após o prazo de apresentação de defesa para análise da antecipação de tutela.

Juntada pela autora dos documentos pessoais do Sr. Amarildo de Souza às fls. 100/102 (certidão de nascimento e CTPS).

Comprovação de interposição de agravo de instrumento pela parte autora às fls. 82/83, sob o qual foi dado provimento à tutela antecipada (fls. 103/110), determinando que o ERJ forneça tratamento psicológico aos agravantes, bem como pague uma pensão alimentícia mensal aos 7 primeiros autores no valor de 1 salário mínimo.

Informação do ERJ sobre o cumprimento da decisão às fls. 132/138.

Regularmente citado, ofereceu o ERJ contestação às fls. 139/171, na qual alega em preliminares:

(i) irregularidade na representação processual dos autores menores (ABGD, AGDS e MGDS);

(ii) ausência de documentos indispensáveis ao conhecimento da demanda para provar a identificação de “Amarildo Dias de Souza”;

(iii) ilegitimidade ativa dos autores, certidões de nascimento de supostos filhos em que não constam nome do pai (Emerson e Amarildo) ou que constam nome diverso de “Amarildo Dias de Souza” (ABGD, AGDS e MGDS e Anderson);

(iv) a autora Elizabete não comprova que com ele vivia maritalmente;

(v) e as autoras Maria Eunice e Michele, que seriam irmã e sobrinha respectivamente, não comprovaram documentação de parentesco.

No mérito o ERJ alega:

(i) ausência de conduta ilícita do Estado e ausência da prova do óbito;

(ii) procedimento de justificação de morte presumida julgado improcedente;

(iii) preliminar que se confunde com o mérito de limitação e legitimação para postular dano moral por autores colaterais (Maria Eunice e Michele, irmã e sobrinha) e não comprovação de qualquer laço afetivo com a vítima;

(iv) limitação de danos morais ao máximo de 500 salários mínimos por família;

(v) ausência de comprovação de que o Sr. Amarildo estivesse empregado e sustentando a família para o recebimento de pensão por morte, alguns autores são maiores com carteira de trabalho, os menores com limitação de pensão até 25 anos de idade.

Réplica às fls. 195/211.

Intimadas em provas a parte autora requereu às fls. 213/214 a produção de prova documental, testemunhal e pericial. O ERJ não tem mais provas a produzir.

Cópia da decisão declarando a morte presumida de Amarildo de Souza às fls. 215/222.

Despacho saneador do juízo às fls. 269/270, rejeitando as preliminares arguidas e deferindo o pedido de prova oral e documental suplementar, indeferindo o pedido de produção de prova pericial médica, pois já reconhecida em antecipação a necessidade do tratamento psicológico.

Interposição de Agravo de instrumento pelo ERJ (fls. 279/285).

Rol de testemunhas dos autores às fls. 306/307.

Decisão de redesignação de audiência do dia 30/06 para o dia 25/08/15, na fl. 324.

AIJ realizada com oitiva de uma testemunha e um informante, conforme fls. 419/421.

Preliminarmente ao exame da existência da responsabilidade estatal, convém apreciar a questão da pertinência subjetiva das pretensões iniciais, já que na fl. 270 foi decidido o seguinte: “Relativamente a Emerson, sua legitimidade deverá ser demonstrada ao longo da instrução considerando a propositura da ação de investigação de paternidade em curso na 10ª VFP. Por seu turno, à tênue correlação da preliminar tal como arguida e a questão de mérito propriamente dita, impondo a rejeição da preliminar. Mesmo raciocínio deve ser aplicado em relação às autoras Maria Eunice e Michele, respectivamente, irmã e sobrinha, bem como em relação aos autores do processo 0396355-40.2013.8.19.0001”.

Para ilustrar e ordenar a exposição, segue uma espécie de “tabela” dos autores, da forma como apresentados na inicial, com a respectiva impugnação do Estado:

AUTORES	PARENTESCO	CERTIDÃO DE NASCIMENTO	PRELIMINARES ERJ
ELIZABETE GOMES DA SILVA	companheira	fl. 41	Não comprova união estável
ABGD	filha menor	fl. 43	Pai Amarildo de Souza
AGDS	filho menor	fl. 44	Pai Amarildo de Souza
MGDS	filha menor	fl. 45	Pai Amarildo de Souza
ANDERSON GOMES DIAS DE SOUZA	filho maior	fl. 46	Pai Amarildo de Souza
EMERSON GOMES DA SILVA	filho maior	fl. 52	Sem dados de filiação paterna
AMARILDO GOMES DA SILVA	filho maior	fl. 55	Sem dados de filiação paterna
MARIA EUNICE DIAS LACERDA	irmã	RG fl. 56	Sem comprovação de parentesco
MICHELE DIAS LACERDA	sobrinha	RG fl. 57	Sem comprovação de parentesco

Portanto, restam pendentes as comprovações de parentesco de Emerson, Maria Eunice e Michele, devendo ser acrescentado ao rol de fl. 270 o autor Amarildo Gomes da Silva, litisconsorte ativo de Emerson na ação de investigação de paternidade que consta no Anexo I.

Em relação aos autores Emerson e Amarildo, não identifiquei nos autos cópia de eventual decisão (ainda que não transitada em julgado) sobre a relação de paternidade com a vítima, sendo que no Anexo I constam os dados do processo, o que possibilitou, na página oficial do TJRJ na *internet*, verificar que o processo aguarda iniciativa das partes e a prova pericial ainda não foi realizada. Ou seja, efetivamente inexistente qualquer decisão sobre a paternidade e a instrução naqueles autos ainda é incipiente. Além disso, no decorrer da instrução do presente processo, também não foi realizada nenhuma comprovação de que Amarildo era “pai de criação” (fl. 200), salvo o depoimento de fl. 421, em que não há elementos suficientes, além de uma menção genérica, dos quais não se extrai com alguma segurança razoável eventual indício acerca da paternidade afetiva.

Diante desse quadro, em relação a Amarildo Gomes da Silva e Emerson Gomes da Silva, considerando-se a ausência de prova de relação de parentesco, após a efetiva instrução do processo, fazendo com que não mais se trate de “teoria da asserção”, os pedidos sejam julgados improcedentes, pela razão da ausência de prova de paternidade.

Quanto às autoras Maria Eunice e Michele, a questão se situa na cadeia de legitimados em virtude da relação de parentesco, ou seja, na pertinência subjetiva das pretensões, em litisconsórcio com a companheira e demais filhos da vítima.

A jurisprudência vem reconhecendo de forma pacífica a legitimidade ativa do irmão de vítima de evento danoso, considerando com o dano decorre do próprio parentesco e do fato de se tratar de entidade familiar indissolúvel:

1. Violação ao art. 535, II, do Código de Processo Civil, não configurada. Acórdão estadual que enfrentou todos os aspectos essenciais à resolução da controvérsia de forma clara e fundamentada.

2. Segundo jurisprudência desta Corte Superior, pais, filhos, cônjuge e irmãos formam entidade familiar indissolúvel. Assim, *in casu*, o autor é legitimado para a propositura de ação indenizatória em razão da morte de sua irmã. Precedentes. Acórdão recorrido em harmonia com a jurisprudência desta Corte Superior. Aplicação da Súmula nº 83/STJ.

3. A indenização por danos morais fixada em *quantum* sintonizado ao princípio da razoabilidade não enseja a possibilidade de interposição do recurso especial, dada a necessidade de exame de elementos de ordem fática, cabendo sua revisão apenas em casos de manifesta excessividade ou irrisoriedade do valor arbitrado, o que não se evidencia no presente caso. Incidência da Súmula nº 7/STJ.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 164.847/RJ, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 05/05/2015, DJe 12/05/2015.)

No caso em exame, seja por força da estrita observância da ordem de vocação hereditária – pois a autora é a única herdeira viva do falecido –, seja porque pais, filhos, cônjuge e irmãos formam indissolúvel entidade familiar, reconhece-se a legitimidade da irmã da vítima para o pleito de indenização por dano moral em razão de sua morte.

O fato de a autora ser irmã unilateral e residir em cidade diferente daquela do falecido, por si só, não se mostra apto para modificar a condenação, uma vez que eventual investigação acerca do real afeto existente entre os irmãos não ultrapassa a esfera das meras elucubrações. No caso, o dano moral continua a ser *in re ipsa*.

4. Valor da indenização mantido, uma vez que não se mostra exorbitante (R\$ 81.375,00).

5. Recurso especial não provido.

(REsp 1291845/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/12/2014, DJe 09/02/2015.)

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. ACIDENTE AÉREO. LEGITIMIDADE ATIVA. IRMÃ DA VÍTIMA. ACORDO CELEBRADO COM HERDEIROS NECESSÁRIOS. IRRELEVÂNCIA.

1. Os irmãos de vítima fatal de acidente aéreo possuem legitimidade para pleitear indenização por danos morais, ainda que não demonstrado o vínculo afetivo entre eles, ou que tenha sido celebrado acordo com resultado indenizatório com outros familiares acerca do mesmo evento.

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 106.059/GO, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/09/2014, DJe 09/09/2014.)

Quando não se trata de membro desse núcleo familiar indissolúvel, cujo parâmetro está, sim, na ordem de vocação hereditária, deve haver efetiva comprovação da relação do parente com a vítima, a fim de demonstrar a relação de afeto que, nesse caso, não decorre por si só do parentesco:

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL.

LEGITIMIDADE PARA O AJUIZAMENTO DE AÇÃO INDENIZATÓRIA DE DANOS MORAIS POR MORTE. NOIVO. ILEGITIMIDADE ATIVA. NECESSÁRIA LIMITAÇÃO SUBJETIVA DOS AUTORIZADOS A RECLAMAR COMPENSAÇÃO.

1. Em tema de legitimidade para propositura de ação indenizatória em razão de morte, percebe-se que o espírito do ordenamento jurídico rechaça a legitimação daqueles que não fazem parte da "família" direta da vítima, sobretudo aqueles que não se inserem, nem hipoteticamente, na condição de herdeiro. Interpretação sistemática e teleológica dos arts. 12 e 948, inciso I, do Código Civil de 2002; art. 63 do Código de Processo Penal e art. 76 do Código Civil de 1916.

2. Assim, como regra – ficando expressamente ressalvadas eventuais particularidades de casos concretos –, a legitimação para a propositura de ação de indenização por dano moral em razão de morte deve mesmo alinhar-se, *mutatis mutandis*, à ordem de vocação hereditária, com as devidas adaptações.

3. Cumpre realçar que o direito à indenização, diante de peculiaridades do caso concreto, pode estar aberto aos mais diversificados arranjos familiares, devendo o juiz avaliar se as particularidades de cada família nuclear justificam o alargamento a outros sujeitos que nela se inserem, assim também, em cada hipótese a ser julgada, o prudente arbítrio do julgador avaliará o total da indenização para o núcleo familiar, sem excluir os diversos legitimados indicados. A mencionada válvula, que aponta para as múltiplas facetas que podem assumir essa realidade metamórfica chamada família, justifica precedentes desta Corte que conferiu legitimização ao sobrinho e à sogra da vítima fatal.

4. Encontra-se subjacente ao art. 944, *caput* e parágrafo único, do Código Civil de 2002, principiologia que, a par de reconhecer o direito à integral reparação, ameniza-o em havendo um dano irracional que escapa dos efeitos que se esperam do ato causador. O sistema de responsabilidade civil atual, deveras, rechaça indenizações ilimitadas que alcançam valores que, a pretexto de reparar integralmente vítimas de ato ilícito, revelam nítida desproporção entre a conduta do agente e os resultados ordinariamente dela esperados. E, a toda evidência, esse exagero ou desproporção da indenização estariam presentes caso não houvesse – além de uma limitação quantitativa da condenação – uma limitação subjetiva dos beneficiários.

5. Nessa linha de raciocínio, conceder legitimidade ampla e irrestrita a todos aqueles que, de alguma forma, suportaram a dor da perda de alguém – como um sem-número de pessoas que se encontram fora do núcleo familiar da vítima – significa impor ao obrigado um dever também ilimitado de reparar um dano cuja extensão será sempre desproporcional ao ato causador. Assim, o dano por ricochete a pessoas não pertencentes ao núcleo familiar da vítima direta da morte, de regra, deve ser considerado como não inserido nos desdobramentos lógicos e causais do ato, seja na responsabilidade por culpa, seja na objetiva, porque extrapolam os efeitos razoavelmente imputáveis à conduta do agente.

6. Por outro lado, conferir a via da ação indenizatória a sujeitos não inseridos no núcleo familiar da vítima acarretaria também uma diluição de valores, em evidente prejuízo daqueles que efetivamente fazem jus a uma compensação dos danos morais, como cônjuge/companheiro, descendentes e ascendentes.

7. Por essas razões, o noivo não possui legitimidade ativa para pleitear indenização por dano moral pela morte da noiva, sobretudo quando os pais da vítima já intentaram ação reparatória na qual lograram êxito, como no caso.

8. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 1076160/AM, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/04/2012, DJe 21/06/2012.)

Diante desses didáticos parâmetros jurisprudenciais, bem como do acerto probatório dos autos, conclui-se pela possibilidade de se conferir reparação à irmã Maria Eunice, não havendo provas que permitam o mesmo tratamento em relação à sobrinha da vítima, o que leva à conclusão desde logo pela improcedência dos pedidos formulados pela sobrinha Michele, que não comprovou qualquer aspecto peculiar que justifique sua pertinência subjetiva.

A partir dessas considerações subjetivas, passa-se agora ao efetivo exame da existência ou não de responsabilidade estatal pelo desaparecimento que resultou na declaração da morte presumida de Amarildo de Souza, conforme acórdão de fls. 215/222.

Ainda que se possa considerar alguma omissão estatal como componente do quadro descrito na inicial, estamos diante de hipótese de responsabilidade objetiva.

Com efeito, embora o tema não esteja pacificado em sede doutrinária, ao observar a evolução histórica do instituto da responsabilidade civil extracontratual estatal, afigura-se mais acertada a opção por não distinguir atos comissivos e omissivos para fins de responsabilização objetiva do Estado.

Da noção de *irresponsabilidade estatal absoluta*, relacionada à intangibilidade do soberano e à política de não intervenção do Estado Liberal, e traduzida nas máximas “*the king can do no wrong*” e “*le roi ne peut mal faire*”, passou-se à elaboração de teorias que buscaram alinhar a responsabilidade estatal à conformação de um Estado de Direito.

A *teoria da responsabilidade com culpa*, que diferenciava atos de império e atos de gestão, apontando os segundos como os únicos passíveis de gerar responsabilização do Estado, conservava notório resquício da antiga teoria da irresponsabilidade, e por isso não tardou em ser substituída pela *teoria da culpa administrativa*.

Esta última, também descrita pela doutrina como *culpa anônima* ou *falta do serviço*, imputava ao lesado o ônus de provar o elemento culpa na atuação estatal. Contudo, para isso bastava a comprovação de inexistência, mau funcionamento ou retardamento do serviço da Administração, ainda que fosse impossível indicar o agente que o provocou.

Reconhecendo-se que a exigência de comprovação da culpa representava ônus injustificado para o administrado lesado pela atuação estatal, chegou-se finalmente à *teoria da responsabilidade objetiva*, que dispensa a análise desse elemento, exigindo tão somente a demonstração do fato, do dano e do nexo de causalidade entre eles.

Como fundamento da teoria da responsabilidade objetiva estatal está a *teoria do risco administrativo*, que nada mais é que uma adaptação da *teoria do risco*, de natureza civilista, às peculiaridades da atuação pública estatal. Trata-se de reconhecer que algumas atividades relacionadas ao regular funcionamento da Administração Pública, ainda que normalmente desenvolvidas, geram potencial risco de dano à comunidade. Tais atividades são desenvolvidas em benefício de todos, o que justifica que todos suportem os ônus delas decorrentes, ainda que eventuais prejuízos venham a atingir um único indivíduo. Nessa hipótese, o próprio Estado, que representa a comunidade, estará obrigado à reparação ou compensação do prejuízo, conforme o caso. E não se diga que tal raciocínio conduz a uma teoria do risco integral, transformando o Estado numa espécie de segurador universal. O risco administrativo não só não dispensa a demonstração do nexo de causalidade entre o fato e o dano, como autoriza a atenuação, ou até mesmo o afastamento da responsabilidade estatal nos casos de culpa da vítima ou de terceiro (em maior ou menor grau), exercício regular de direito e força maior.

O que se percebe, então, é que a responsabilidade civil extracontratual objetiva do Estado, com fundamento no art. 37, §6º da CRFB/88 e no art. 43 do Código Civil, representa uma conquista do Estado Democrático de Direito, no sentido de tornar o acesso à justiça mais amplo e efetivo, mediante a distribuição dos ônus processuais de forma mais justa e mais coerente com as posições jurídicas ocupadas por administradores e administrados. Admitir a distinção entre atos comissivos e atos omissivos a fim de possibilitar a aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva a estes últimos, portanto, configura verdadeiro regresso histórico. Vale lembrar que o acesso à justiça e o direito à reparação e ao ressarcimento por danos inserem-se

no conjunto dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, sendo certo que a doutrina é firme no sentido de inadmitir qualquer tipo de retrocesso em matéria de direitos e garantias fundamentais.

Ademais, não há argumento técnico que justifique a referida distinção, pois no ato omissivo também há conduta, representada pela inobservância de um dever de diligência, a ser verificada em cada caso concreto. Veja-se, a respeito, a lição de Marçal Justen Filho:

A natureza da atividade estatal impõe a seus agentes um dever especial de diligência, consistente em prever as consequências de sua conduta ativa e omissiva, adotando todas as providências necessárias para evitar a consumação de danos a terceiros.

(...)

Observe-se que esse dever de diligência é especial e rigoroso. Não é equivalente àquele que recai sobre todo e qualquer indivíduo que convive em sociedade. A natureza funcional das competências estatais produz o surgimento de um dever de previsão acurada, de cautela redobrada.

(...)

Essa teoria permite unificar o tratamento da responsabilidade civil por atos comissivos e omissivos. Tradicionalmente, afirma-se que a responsabilidade civil do Estado por ato comissivo tem cunho objetivo, enquanto a responsabilidade por ato omissivo apresenta natureza subjetiva.

Essa tese é logicamente insustentável, e se afigura muito mais razoável afirmar que, em todos os casos, há um elemento subjetivo, mas subordinado a um regime especial.

Na atuação comissiva, o dever de diligência especial impõe ao agente a adoção de cautelas muito severas, visando precisamente a evitar a produção de lesão a terceiros. Portanto, quando a atuação comissiva do agente estatal produz o dano a terceiro, presume-se a presença de um elemento subjetivo defeituoso. O agente produziu o dano porque houve defeito na formação de sua vontade.

(...)

As hipóteses de dano derivado de omissão podem ser diferenciadas em dois grandes grupos. Existem os casos em que uma norma prevê o dever de atuação e a omissão corresponde à infração direta ao dever jurídico (ilícito omissivo próprio). E há os casos em que a

norma proscree certo resultado danoso, o qual vem a se consumir em virtude da ausência da adoção das cautelas necessárias a tanto (ilícito omissivo impróprio).

(...)

Os casos de ilícito omissivo próprio são equiparáveis aos atos comissivos, para efeito de responsabilidade civil do Estado. Assim, se uma norma estabelecer que é obrigatório o agente público praticar certa ação, a omissão configura atuação ilícita e gera a presunção de formação defeituosa da vontade.

(...)

O grande problema são as hipóteses de ilícito omissivo impróprio, em que o sujeito não está obrigado a agir de modo determinado e específico. Nesses casos, a omissão do sujeito não gera presunção de infração ao dever de diligência. É imperioso, então, verificar concretamente se houve ou não infração ao dever de diligência especial que recai sobre os exercentes de função estatal. Se existiam elementos fáticos indicativos do risco de consumação de um dano, se a adoção de providências necessárias e suficientes para impedir esse dano era da competência do agente, se o atendimento ao dever de diligência teria conduzido ao impedimento da adoção das condutas aptas a gerar o dano – então, estão presentes os pressupostos da responsabilização civil.

(...)

Portanto, o tratamento jurídico dos atos omissivos e comissivos é único e equivalente. A responsabilização civil dependerá da infração a um dever jurídico de diligência. Essa infração se presumirá reprovável, uma vez que o dever jurídico de diligência, imposto ao Estado, importa a objetivação do elemento subjetivo da conduta. O agente tem o dever funcional de conhecer seus deveres, de prever as consequências da infração a eles e de arcar com os resultados.

(JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª edição. Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 1312-1318.)

Em sede jurisprudencial, verifica-se que o STF firmou entendimento no mesmo sentido, aplicando a teoria da responsabilidade objetiva em matéria de responsabilidade civil estatal, tanto nas hipóteses de atuação comissiva, quanto naquelas de atuação omissiva. Confira-se:

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Responsabilidade civil do Estado. Juiz de Paz. Remuneração. Ausência de regulamentação. Danos materiais. Elementos da responsabilidade civil estatal não demonstrados na origem. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes. 1. A jurisprudência da Corte firmou-se no sentido de que as pessoas jurídicas de direito público respondem objetivamente pelos danos que causarem a terceiros, com fundamento no art. 37, §6º, da Constituição Federal, *tanto por atos comissivos quanto por atos omissivos*, desde que demonstrado o nexo causal entre o dano e a omissão do Poder Público. 2. Inadmissível, em recurso extraordinário, o reexame de fatos e provas dos autos. Incidência da Súmula nº 279/STF. 3. O Plenário da Corte, no exame da ADI nº 1.051/SC, Relator o Ministro Maurício Corrêa, entendeu que a remuneração dos Juizes de Paz somente pode ser fixada em lei de iniciativa exclusiva do Tribunal de Justiça do Estado-membro. 4. Agravo regimental não provido.

(STF: ARE 897890 AgR/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, Julg. 22/09/2015, Publ. 19/10/2015.)

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Direito Administrativo. Omissão do Poder Público. Responsabilidade objetiva. Elementos da responsabilidade civil estatal demonstrados na origem. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes. 1. A jurisprudência da Corte firmou-se no sentido de que as pessoas jurídicas de direito público respondem objetivamente pelos danos que causarem a terceiros, com fundamento no art. 37, §6º, da Constituição Federal, *tanto por atos comissivos quanto por atos omissivos*, desde que demonstrado o nexo causal entre o dano e a omissão do Poder Público. 2. Inadmissível, em recurso extraordinário, o reexame de fatos e provas dos autos. Incidência da Súmula nº 279/STF. 3. Agravo regimental não provido.

(STF: ARE 868610 AgR/PB, 2ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, Julg. 26/05/2015, Publ. 01/07/2015.)

Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Responsabilidade objetiva prevista no art. 37, §6º, da Constituição Federal *abrange também os atos omissivos do Poder Público*. Precedentes. 3. Impossibilidade de reexame do conjunto fático-probatório. Enunciado 279 da Súmula do STF. 4. Ausência de argumentos suficientes para infirmar a decisão recorrida. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STF: RE 677283/PB, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, Julg. 17/04/2012, Publ. 08/05/2012.)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO: §6º DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. AGENTE PÚBLICO. ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da RE nº 327.904, Relator o Ministro Carlos Britto, DJ de 8.9.06, fixou entendimento no sentido de que “somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto *por ato ou omissão* dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns”. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF: RE 470996/RO, 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, Julg. 18/08/2009, Publ. 11/09/2009.)

No caso dos autos, portanto, é necessário comprovar a existência de um evento danoso que mantenha relação de causalidade com ação ou omissão imputável ao Estado.

Deve-se, pois, em síntese, examinar se o desaparecimento da vítima decorreu de ação ou omissão imputável ao Estado.

Ainda que o caso dos autos seja de amplo conhecimento decorrente da divulgação na imprensa, quando passou a ser conhecido como “caso Amarildo”, é fundamental analisar os elementos de prova, constantes do processo, incluindo os onze anexos.

Afirma-se na petição inicial que Amarildo desapareceu quando estava em poder dos agentes do Estado, durante operação policial realizada em localidade da Rocinha, tendo sido levado, após abordagem policial na rua, para uma Unidade de Polícia Pacificadora.

Essa dinâmica é ilustrada de modo minucioso pelas cópias das peças do inquérito policial e da denúncia (com posterior aditamento) oferecida pelo Ministério Público, todos esses documentos constantes dos anexos ao processo e devidamente submetidos ao contraditório.

Evidentemente, por se tratar de atos estatais clandestinos, em que sequer se encontrou o corpo da vítima, não haverá provas diretas sobre a dinâmica dos fatos, o que não impede o reconhecimento da responsabilidade estatal, sobretudo diante dos diversos elementos de convicção que se extraem dos anexos e que, juntamente com as presunções judiciais decorrentes de todo o contexto, possibilitam o reconhecimento do nexo causal.

Com efeito, “a força probatória nas hipóteses de responsabilidade civil objetiva repousa, para confirmá-la ou afastá-la, na identificação do nexo de causalidade. A vítima prende-se à ligação causal para demonstrar o seu direito de ver-se indenizada; da mesma maneira age aquele que desenvolve a atividade imputada, mas no sentido

inverso, ao buscar a prova de que inexistia esta ilação alegada. O procedimento judicial resume-se, sem exageros, à investigação do nexo, dado que o dano é pressuposto inderrogável para a ação indenizatória. Ocorre que, em determinadas situações danosas, especialmente naquelas em que existe uma multiplicidade de fatores de contribuição causal – causas cumulativas ou causas concorrentes ou ainda alternativas –, torna-se virtualmente impossível a comprovação por parte da vítima de que determinada atividade, desenvolvendo atos cuja natureza é arriscada, é a rela e efetiva causa do dano sofrido. O nexo de causalidade dilui-se em inúmeras possibilidades causais, sem que seja possível a demonstração cabal da ligação de causa e efeito entre o dano e a atividade. A vítima corre o risco de não se ver ressarcida pela incapacidade de demonstração da ligação causal, mesmo depois de comprovada a existência de um dano injustamente sofrido”, razão pela qual “o indício de que o dano é resultado provável – ainda que incerto – da atuação dos agentes já é fundamento adequado para estabelecer-se a obrigação por parte do Estado” (MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A Responsabilidade Civil por Presunção de Causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2009, 314/315 e 319; sobre mecanismos de “facilitação probatória” nessas hipóteses, COSTA, Patrícia Cordeiro da. *Causalidade, Dano e Prova: a incerteza na responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 127/130; em sentido contrário, limitando o uso de presunções para a prova de nexo causal, GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Vol. II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 267/271).

No Anexo II, com a narrativa da denúncia, nos Anexos III e IV, com o laudo de reprodução dos fatos, e nos demais Anexos, com a reprodução do inquérito policial, há provas suficientes para confirmar que a vítima Amarildo foi clandestinamente capturado, conduzido para unidades policiais, interrogado, torturado e posteriormente morto, com ocultação do cadáver. Sobre a morte da vítima, inclusive, há declaração judicial transitada em julgado sobre sua presunção.

Não bastasse esse quadro, no Processo 0271912-17.2013.8.19.0001, que tramitou na 35ª Vara Criminal da Capital e julgou os fatos retratados nos Anexos e, consequentemente, neste processo, foi proferida sentença com 287 laudas e amplo exame das diversas provas produzidas e das alegações formuladas pelas partes.

Confirmou-se que, no dia 14 de julho de 2013, em horário que não se pode precisar, mas aproximadamente entre as 19h e 20h, na base da UPP/Rocinha situada na localidade conhecida como Portão Vermelho, no interior da Comunidade da Rocinha, policiais militares constrangeram Amarildo Dias de Souza, com emprego de violência, consistente em choques elétricos, asfixia com uso de saco plástico na cabeça e na boca, além de afogamento, causando-lhe sofrimento físico e mental, com fim de obter informações da vítima acerca dos locais de guarda de armas e drogas dos traficantes da Rocinha.

No referido processo criminal, que “conta com cerca de dez mil páginas e mais de 50 horas de depoimentos colhidos”, concluiu-se que houve expressa ordem policial para que Amarildo fosse capturado e levado à unidade policial para prestar informações.

Algumas transcrições de trechos relevantes para este processo ajudam a entender a dinâmica dos fatos e corrobora a existência de inúmeras provas do nexo causal que aqui se perquire:

Deve ser registrado que a dinâmica da abordagem vem corroborada com as imagens das câmeras de monitoramento anexada aos autos. Nesse sentido, verificamos que as imagens da câmera denominada “Descida Rua 2” não deixam margem para dúvidas. Nas cenas, cujo registro inicial ocorreu às 18h59min59s, um grupo de 09 policiais perfilados caminha ao longo da Rua 2, rota de saída da sede da UPP. Dirigiam-se para o Bar do Júlio [...] A chegada da vítima ao CCC foi registrada através da câmera localizada no poste em frente ao Centro de Consulta (nome da câmera: “Rua 2 Entr. PPC” – fls. 45/46 e 70 do volume 01). Na gravação, percebe-se a chegada de Amarildo ao CCC às 19h15min54s. Amarildo pode ser visto sem camisa, de bermuda, caminhando livremente. A vítima entra no prédio do CCC e permanece no local até 19h23min15s. Nesse instante Amarildo é visto pela última vez, de acordo com a imagem capturada e contida na mídia de fl. 46, volume 01 dos autos. Importa destacar que a vítima embarcou na viatura cujo nº de identificação é 54-6014. Na sequência, há imagens do veículo passando pela subida da Rua 2, em direção à sede da UPP, consoante câmera “Subida R 2”, às 19h24min02s, ou seja, tão logo Amarildo embarcou, a viatura tomou o rumo da sede da UPP (imagens contidas na mídia de fl. 70, volume 01). As imagens coletadas pela câmera localizada próximo ao Portão Vermelho, demonstraram que a viatura (nº de identificação 54-6014) que transportou Amarildo à sede, passou descendo a Rua 2, às 19h28min40s, consoante mídia contida à fl. 370, volume 02). Destaco que a identificação da viatura que transportou Amarildo foi possível através das imagens registradas e contidas nos autos, seja quando Amarildo é levado para a sede da UPP, seja quando a viatura passa na subida da Rua 2 (mídias de fls. 45/46 e 70, volume 01 dos autos). Finalmente, através da análise das imagens contidas à fl. 70, volume 01, que os demais denunciados seguiram a pé para a parte alta da comunidade, local para o qual Amarildo havia sido conduzido de viatura, poucos minutos atrás. [...] Portanto, resta evidente que o nacional foi levado ao CCC (Centro de Comando e Controle) apesar de não haver nada que justificasse sua captura. A vítima portava seu documento de identificação e não tinha anotações criminais contra sua pessoa. [...] Chegando ao CCC, onde Amarildo seria “sarqueado”, não há registro de qualquer consulta em nome da vítima. Após tal fato, os réus seguiram com o homem para a sede da UPP. Descortinam-se as intenções espúrias dos réus para com

a vítima que não teve qualquer chance de resistência. Sobressai o fato de que, ainda que os policiais tivessem agido com acerto ao levarem Amarildo ao CCC, de lá deveriam tê-lo encaminhado à 15ª DP, caso tivesse alguma ordem de prisão pendente, ou liberá-lo. [...] Apesar de não haver nada que justificasse, a vítima permaneceu sob a escolta dos réus e foi conduzida à base da UPP. Com esse desvio de procedimento os réus revelam que suas intenções não eram de averiguar o envolvimento da vítima com o crime, mas sim de obter informações acerca de armas e drogas na comunidade. Para tanto, perpetraram a tortura contra o nacional. [...] Amarildo esteve na sede da UPP. Após, nunca mais foi visto. Não retornou à sua casa. Seus familiares nunca mais souberam seu paradeiro. Seu óbito foi declarado conforme certidão cuja cópia consta em fl. 6492. [...] Constatamos que as testemunhas foram uníssonas ao afirmarem que Amarildo foi levado para a parte de trás da UPP, local destinado a pequenos reparos mecânicos, entre a encosta e os contêineres. Evidencia-se que a vítima foi indagada, por diversas vezes, sobre a localização de drogas e armas. As testemunhas que escutaram os atos, disseram ter ouvido sons de voz masculina que revelavam sofrimento físico e mental, gritos de dor e pedidos de socorro.

Diante dos depoimentos das testemunhas presenciais, resta claro que os fatos se deram da forma como descrita pelo MP na denúncia. A versão acusatória coincide com os relatos. Amarildo foi levado à sede da UPP com vida e de lá não saiu. Nunca mais foi visto. Até hoje seu paradeiro é uma incógnita. A prova é nítida no sentido de que, após sair do CCC, Amarildo foi conduzido à base da UPP, na parte alta da Rocinha a fim de ser torturado e dizer onde estariam armas e drogas. [...] Portanto, *em sede de cognição exauriente, resta absolutamente cristalino que Amarildo foi levado à sede da UPP e torturado até a sua morte na parte de trás dos contêineres* 0271912-17.2013.8.19.0001.

Verifica-se, portanto, que, à semelhança de episódios típicos de regimes de exceção, em que o Estado se torna uma tenebrosa ameaça aos cidadãos, uma pessoa foi indevidamente capturada pela polícia, encaminhada a uma instalação oficial e, depois, não mais foi encontrada, concluindo a sentença criminal de primeiro grau que a vítima foi torturada até a morte e depois o corpo foi dolosamente ocultado (e até esta data não encontrado, se é que ainda há vestígios detectáveis), por agentes do Estado que estavam na comunidade formalmente para fins de pacificação e agiram como grupo de extermínio.

A partir do momento em que se configura a captura da vítima, quando passa para a guarda do Estado, torna-se inevitável a constatação da responsabilidade pleiteada na petição inicial, restando examinar a obrigação de reparar os danos morais que são ínsitos aos atos estatais praticados.

No caso dos autos, portanto, temos um caso de diversos atos ilícitos praticados por agentes do Estado, além da omissão de outros tantos, que ensejaram especial constrangimento, sofrimento e, por fim, óbito da vítima, subtraindo de sua família, inclusive, além do convívio, a possibilidade até mesmo de sepultamento e ainda lhe impondo a angústia da dúvida que perdurou por diversos dias.

Todo esse contexto aponta para uma dimensão ampla de violação de direitos que enseja reparação por danos morais que são intrínsecos:

Quanto ao dano moral, em si mesmo, não há falar em prova; o que se deve comprovar é o fato que gerou a dor, o sofrimento. Provado o fato, impõe-se a condenação, pois, nesses casos, em regra, considera-se o dano *in re ipsa*.

A respeito da configuração do dano moral sofrido por filhos casados em decorrência de morte de seus genitores e/ou irmãos, o entendimento desta Corte é de que estes são presumidos, não importando esta circunstância, “porquanto os laços afetivos na linha direta e colateral, por óbvio, não desaparecem em face do matrimônio daqueles que perderam seus entes queridos”. (REsp 330.288/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, DJ 26/08/2002.) (AgRg no AREsp 259.222/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/02/2013, DJe 28/02/2013.)

Comprovados os fatos e o nexo causal, automaticamente surge, portanto, o dever de indenizar e, correlatamente, a complicada tarefa de quantificar patrimonialmente os danos morais.

Os critérios variam frequentemente na doutrina e na jurisprudência, normalmente recaindo sobre o “prudente arbítrio do juiz”, após a superação – parcial – da fase do tarifamento de valores. Ainda assim, é necessário buscar alguma objetivação nessa atividade de fixação de valores, o que se tentará a partir de um didático julgado do Superior Tribunal de Justiça, cuja longa transcrição se justifica em razão do conteúdo do voto e também por ser, em razão disso, a própria fundamentação que aqui será utilizada:

O melhor critério para quantificação da indenização por prejuízos extrapatrimoniais em geral, no atual estágio do Direito brasileiro, é por *arbitramento pelo juiz, de forma equitativa, com fundamento no postulado da razoabilidade*.

Na reparação dos danos extrapatrimoniais, conforme lição de Fernando Noronha, segue-se o “princípio da satisfação compensatória”, pois “o quantitativo pecuniário a ser atribuído ao lesado nunca poderá ser equivalente a um preço”, mas “será o valor necessário para lhe proporcionar um lenitivo para o sofrimento

infligido, ou uma compensação pela ofensa à vida ou integridade física” (NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, p.569).

Diante da impossibilidade de uma indenização pecuniária que compense integralmente a ofensa ao bem ou interesse jurídico lesado, a solução é uma reparação com natureza satisfatória, que não guardará uma relação de equivalência precisa com o prejuízo extrapatrimonial, mas que deverá ser pautada pela equidade.

[...]

A doutrina e a jurisprudência têm encontrado dificuldades para estabelecer quais são esses critérios razoavelmente objetivos a serem utilizados pelo juiz nessa operação de arbitramento da indenização por dano extrapatrimonial. Tentando-se proceder a uma *sistematização dos critérios mais utilizados pela jurisprudência para o arbitramento da indenização por prejuízos extrapatrimoniais, destacam-se, atualmente, as circunstâncias do evento danoso e o interesse jurídico lesado*, que serão analisados a seguir.

[...]

No arbitramento da indenização por danos extrapatrimoniais, as principais circunstâncias valoradas pelas decisões judiciais, nessa operação de concreção individualizadora, têm sido a *gravidade do fato em si, a intensidade do sofrimento da vítima, a culpabilidade do agente responsável, a eventual culpa concorrente da vítima, a condição econômica, social e política das partes envolvidas*.

[...] Maria Celina Bodin de Moraes catalogou como “aceites os seguintes dados para a avaliação do dano moral”: o grau de culpa e a intensidade do dolo (grau de culpa); a situação econômica do ofensor; a natureza, a gravidade e a repercussão da ofensa (a amplitude do dano); as condições pessoais da vítima (posição social, política, econômica); a intensidade do seu sofrimento (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.29).

Assim, as principais circunstâncias a serem consideradas como elementos objetivos e subjetivos de concreção são:

- a) a gravidade do fato em si e suas consequências para a vítima (dimensão do dano);
- b) a intensidade do dolo ou o grau de culpa do agente (culpabilidade do agente);

- c) a eventual participação culposa do ofendido (culpa concorrente da vítima);
- d) a condição econômica do ofensor;
- e) as condições pessoais da vítima (posição política, social e econômica).

No exame da gravidade do fato em si (dimensão do dano) e de suas consequências para o ofendido (intensidade do sofrimento), o juiz deve avaliar a maior ou menor gravidade do fato em si e a intensidade do sofrimento padecido pela vítima em decorrência do evento danoso. Na análise da intensidade do dolo ou do grau de culpa, estampa-se a função punitiva da indenização do dano moral, pois a situação passa a ser analisada na perspectiva do ofensor, valorando-se o elemento subjetivo que norteou sua conduta para elevação (dolo intenso) ou atenuação (culpa leve) do seu valor, evidenciando-se claramente a sua natureza penal, em face da maior ou menor reprovação de sua conduta ilícita. Na situação econômica do ofensor, manifestam-se as funções preventiva e punitiva da indenização por dano moral, pois, ao mesmo tempo em que se busca desestimular o autor do dano para a prática de novos fatos semelhantes, pune-se o responsável com maior ou menor rigor, conforme sua condição financeira. [...] As condições pessoais da vítima constituem também circunstâncias relevantes, podendo o juiz valorar a sua posição social, política e econômica. A valoração da situação econômica do ofendido constitui matéria controvertida, pois parte da doutrina e da jurisprudência entende que se deve evitar que uma indenização elevada conduza a um enriquecimento injustificado, aparecendo como um prêmio ao ofendido. O juiz, ao valorar a posição social e política do ofendido, deve ter a mesma cautela para que não ocorra também uma discriminação, em função das condições pessoais da vítima, ensejando que pessoas atingidas pelo mesmo evento danoso recebam indenizações díspares por esse fundamento.

[...]

Ocorre que, na responsabilidade civil, diversamente do Direito Penal, não existem parâmetros mínimos e máximos para balizar a quantificação da indenização. Desse modo, embora as circunstâncias judiciais moduladoras sejam importantes elementos de concreção na operação judicial de quantificação da indenização por danos.

[...]

De todo modo, no momento atual do Direito brasileiro, mostra-se imprescindível um tarifamento ou tabelamento da indenização para os prejuízos extrapatrimoniais, pois a consagração da sua reparabilidade é muito recente, havendo necessidade de maior amadurecimento dos critérios de quantificação pela comunidade jurídica.

Deve-se ter o cuidado, inclusive, com o tarifamento judicial, que começa silenciosamente a ocorrer, embora não admitido expressamente por nenhum julgado, na fixação das indenizações por danos extrapatrimoniais de acordo com precedentes jurisprudenciais, considerando apenas o bem jurídico atingido, conforme será analisado a seguir.

A valorização do bem ou interesse jurídico lesado pelo evento danoso (vida, integridade física, liberdade, honra) constitui um critério bastante utilizado na prática judicial, consistindo em fixar as indenizações por danos extrapatrimoniais em conformidade com os precedentes que apreciaram casos semelhantes.

[...]

No Brasil, a jurisprudência do STJ tem respeitado as indenizações por danos extrapatrimoniais arbitradas pelas instâncias ordinárias desde que atendam a um parâmetro razoável, não podendo ser excessivamente elevadas ou ínfimas, consoante será analisado em seguida. Em suma, a valorização do bem ou interesse jurídico lesado é um critério importante, mas deve-se ter o cuidado para que não conduza a um engessamento excessivo das indenizações por prejuízos extrapatrimoniais, caracterizando um indesejado tarifamento judicial com rigidez semelhante ao tarifamento legal.

O método mais adequado para um arbitramento razoável da indenização por dano extrapatrimonial é o bifásico, resultando da reunião dos dois últimos critérios analisados (valorização sucessiva tanto das circunstâncias como do interesse jurídico lesado).

Na primeira fase, arbitra-se o valor básico ou inicial da indenização, considerando-se o interesse jurídico lesado, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria (grupo de casos). Assegura-se, com isso, uma exigência da justiça comutativa que é uma razoável igualdade de tratamento para casos semelhantes, assim como que situações distintas sejam tratadas desigualmente na medida em que se diferenciam.

Na segunda fase, procede-se à fixação definitiva da indenização, ajustando-se o seu montante às peculiaridades do caso com base nas suas circunstâncias. Partindo-se, assim, da indenização básica,

eleva-se ou reduz-se esse valor de acordo com as circunstâncias particulares do caso (gravidade do fato em si, culpabilidade do agente, culpa concorrente da vítima, condição econômica das partes) até se alcançar o montante definitivo. Procede-se, assim, a um arbitramento efetivamente equitativo, que respeita as peculiaridades do caso.

Chega-se, com isso, a um ponto de equilíbrio em que as vantagens dos dois critérios estarão presentes. De um lado, será alcançada uma razoável correspondência entre o valor da indenização e o interesse jurídico lesado, enquanto, de outro lado, obter-se-á um montante que corresponda às peculiaridades do caso com um arbitramento equitativo e a devida fundamentação pela decisão judicial. [...]

Na análise de mais de cento e cinquenta acórdãos da Corte Especial relativos a julgamentos realizados ao longo de dez anos, em que houve a apreciação da indenização por prejuízos extrapatrimoniais ligados ao dano-morte, ficou clara a existência de divergências entre as turmas julgadoras do STJ acerca do que se pode considerar como um valor razoável para essas indenizações.

[...]

Pode-se tentar identificar a noção de razoabilidade desenvolvida pelos integrantes da Corte Especial na média dos julgamentos atinentes ao dano-morte. Os julgados que, na sua maior parte, oscilam na faixa entre 200 salários mínimos e 600 salários mínimos, com um grande número de acórdãos na faixa de 300 salários mínimos e 500 salários mínimos, podem ser divididos em dois grandes grupos: recursos providos e recursos desprovidos. Nos recursos especiais desprovidos, chama a atenção o grande número de casos em que a indenização foi mantida em 200 salários mínimos. Os recursos especiais providos, para alteração do montante da indenização por dano extrapatrimonial, são aqueles que permitem observar, com maior precisão, o valor que o STJ entende como razoável para essa parcela indenizatória.

Ainda assim, observa-se a existência de divergência entre as turmas, pois a 4ª Turma tem arbitrado no valor correspondente a 500 salários mínimos, enquanto a 3ª Turma tem fixado em torno de 300 salários mínimos.

[...]

Nota-se também nas decisões que se pondera muito o montante total da indenização, quando existem vários demandantes no processo para se evitar um valor final exacerbado.

Depreende-se desse leque de decisões que o STJ tem-se utilizado do princípio da razoabilidade para tentar alcançar um arbitramento equitativo das indenizações por prejuízos extrapatrimoniais ligados ao dano-morte. Pode-se estimar que um montante razoável para o STJ situa-se na faixa entre 300 e 500 salários mínimos, embora o arbitramento pela própria Corte no valor médio de 400 salários mínimos seja raro. *Saliente-se, mais uma vez que, embora seja importante que se tenha um montante referencial em torno de quinhentos salários mínimos para a indenização dos prejuízos extrapatrimoniais ligados ao dano-morte, isso não deve representar um tarifamento judicial rígido, o que entraria em rota de colisão com o próprio princípio da reparação integral. Cada caso apresenta particularidades próprias e variáveis importantes como a gravidade do fato em si, a culpabilidade do autor do dano, a intensidade do sofrimento das vítimas por ricochete, o número de autores, a situação socioeconômica do responsável, que são elementos de concreção que devem ser sopesados no momento do arbitramento equitativo da indenização pelo juiz* (REsp 1415537/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 26/11/2015 – os destaques em negrito não constam no original).

Em outro julgado, reforçaram-se os seguintes parâmetros:

[...]

2. *Os danos morais indenizáveis devem assegurar a justa reparação do prejuízo sem proporcionar enriquecimento sem causa do autor, além de sopesar a capacidade econômica do réu, devendo ser arbitrável à luz da proporcionalidade da ofensa, calcada nos critérios da exemplariedade e da solidariedade.*

3. A modificação do *quantum* arbitrado a título de danos morais, em sede de recurso especial, somente é admitida na hipótese de fixação em valor irrisório ou abusivo. Precedentes do STJ: REsp 860099/RJ, DJ 27.02.2008; AgRg no Ag 836.516/RJ, DJ 02.08.2007 e REsp 960.259/RJ, DJ 20.09.2007.

4. *In casu*, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro considerando as especificidades do caso, a morte da vítima, em decorrência de disparos de arma de fogo efetuados por policiais militares, em razão da barbárie denominada “Chacina da Baixada”, manteve a condenação ao pagamento de indenização, a título de danos morais, no valor equivalente a R\$100.000,00 (cem mil reais) aos pais da vítima, a quantia de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) aos

irmãos da vítima, e a quantia de R\$25.000,00 (vinte e cinco mil reais), ao sobrinho da vítima, corrigidas tais quantias monetariamente, a partir da presente data e acrescidas de juros de mora a contar da citação, nos moldes delineados na sentença às 571/578.

5. Deveras, a análise das especificidades do caso concreto e dos parâmetros adotados por esta Corte, no exame de hipóteses análogas, ao caso dos autos, qual seja a denominada “Chacina da Baixada”, não revela irrisoriedade dos valores arbitrados a título de indenização por danos materiais e morais. Neste sentido: REsp 1161805/RJ, Decisão, Ministro Luiz Fux, DJ 19.03.2010; AgRg no REsp 1087541/RJ, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, J. 05.03.2009; AgRg no Ag 1136614/RJ, Relatora Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, J. 26.05.2009.

6. *Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso em caso de responsabilidade extracontratual* (Súmula 54/STJ). Precedentes: REsp 771926/SC, DJ 23.04.2007; REsp 489439/RJ, DJ 18.08.2006; REsp 768992/PB, DJ 28.06.2006.

[...]

9. *A partir da vigência do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2001) os juros moratórios deverão observar a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional (artigo 406). Taxa esta que, como de sabença, é a SELIC, nos expressos termos da Lei nº 9.250/95.* Precedentes: REsp 688536/PA, DJ 18.12.2006; REsp 830189/PR, DJ 07.12.2006; REsp 813.056/PE, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16.10.2007, DJ 29.10.2007; REsp 947.523/PE, DJ 17.09.2007; REsp 856296/SP DJ 04.12.2006; AgRg no Ag 766853/MG, DJ 16.10.2006.

10. *A idade de sobrevida não é estanque, uma vez que se consideram vários elementos para sua fixação, como habitat, alimentação, educação, meios de vida. Outrora, com o escopo de obter-se um referencial para sua fixação, esta Corte vem adotando os critérios da tabela de sobrevida da Previdência Social, de acordo com cálculos elaborados pelo IBGE.* Precedentes: REsp 1027318/RJ, Segunda Turma, julgado em 07/05/2009, DJe 31/08/2009; REsp 503046/RJ, Quarta Turma, julgado em 28/04/2009, DJe 25/05/2009; REsp 723544/RS, Quarta Turma, julgado em 13/02/2007, DJ 12/03/2007 p. 240; REsp 746894/SP, Quarta Turma, julgado em 15/08/2006, DJ 18/09/2006 p. 327; REsp 698443/SP, Quarta Turma, julgado em 01/03/2005, DJ 28/03/2005 p. 288; REsp 211073/RJ, Terceira Turma, julgado em 21/10/1999, DJ 13/12/1999 p. 144.

11. A jurisprudência da Corte acata a mais especializada tabela do IBGE, consoante colhe-se dos seguintes precedentes: REsp 35842/RJ, QUARTA TURMA, julgado em 21/03/1995, DJ 29/05/1995 p. 15518; REsp 211073/RJ, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/10/1999, DJ 13/12/1999 p. 144; REsp 1027318/RJ, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/05/2009, DJe 31/08/2009.

12. *In casu*, a vítima, contava com 28 anos de idade, por isso que, utilizando-se a expectativa de sobrevivência da tabela do IBGE, para a época dos fatos, que era de 47,4 anos, alcança-se a idade de 75,4 anos, limite para a fixação do pensionamento concedido aos autores da ação.

13. Recurso Especial parcialmente provido.

(REsp 1124471/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/06/2010, DJe 01/07/2010 – os destaques em **negrito** não constam no original.)

Com base nessas premissas, há que se considerar que o caso sob julgamento envolve atos de extrema gravidade e com inegável impacto no núcleo familiar da vítima, não só em razão de seu desaparecimento ou, mais propriamente, homicídio, mas também, a angústia insita à dinâmica dos fatos antes retratada, assim como pelo fato de que houve seguro juízo no sentido de que houve prática de tortura.

Em suma, pela gravidade do quadro, é difícil encontrar casos que sejam mais graves, ainda que se saiba que a brutalidade não costuma encontrar limites.

O caráter pedagógico do valor a ser arbitrado também deve ser adotado, especialmente quando os atos foram praticados por agentes públicos responsáveis pela execução de uma importante política de segurança pública e não pela execução de pessoas. Quando o Estado se vale de sua força para matar e torturar, necessariamente isso repercute no dimensionamento do valor.

Também o fato de haver litisconsórcio ativo deve ser sopesado para que o valor total não seja excessivo, podendo-se adotar um escalonamento de valores a partir da intensidade do vínculo com o núcleo familiar, conforme o precedente antes transcrito.

Feitas essas considerações, na primeira fase da quantificação, em razoável adotar o critério de mil salários mínimos por autor a título de danos morais, considerando-se quinhentos salários em razão do resultado morte, trezentos salários por todos os atos que antecederam o óbito e duzentos salários pelos que o sucederam.

Para a segunda fase da quantificação, em que se ajusta o montante anterior, partindo-se da indenização básica, elevando-se ou reduzindo-se esse valor de acordo com as circunstâncias particulares do caso, como a gravidade do fato em si, a condição econômica das partes, o número de autores, o vínculo com a vítima, até se alcançar o montante definitivo.

Considerando-se, pois, esses fatores, bem como a função pedagógica, assim como o fato de se tratar do erário, deve ser reduzido aquele montante inicial, a fim de que totalize cinco mil salários mínimos, escalonando-os da seguinte forma: mil e quinhentos salários mínimos para a companheira; três mil salários mínimos para os filhos em conjunto, repartindo-se igualmente esse montante; quinhentos salários mínimos para a irmã. Registro, uma vez mais, que, para os autores, Amarildo, Emerson e Michele, nada é devido em razão da ausência de prova acerca da relação com a vítima, sendo o caso de improcedência por não mais ser hipótese em que se aplica a teoria da asserção.

Sobre a quantificação dos danos materiais, o STJ firmou a jurisprudência de que *é devida a pensão mensal aos filhos menores, pela morte de genitor, até a data em que os beneficiários completem 25 anos de idade* (AgRg no Ag 1419899/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/09/2012, DJe 24/09/2012) e *é razoável estipular como parâmetro da indenização por danos materiais o valor da remuneração a que fazia jus a vítima, descontando-se 1/3 referente à parcela que seria destinada ao próprio sustento dela*, por ser interpretação consentânea com o princípio da *restitutio in integro*, já que propicia aos beneficiários da indenização uma situação material mais próxima ao prejuízo obtido (REsp 1353734/PE, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/09/2013, DJe 12/09/2013).

Como no caso dos autos não se comprovou o rendimento da vítima como superior a um salário mínimo, parece ser este valor mínimo o critério a se adotar, sendo devido *à totalidade dos filhos menores de vinte e cinco anos o valor de dois terços do salário mínimo*, excluindo-se o beneficiário assim que atingir a referida idade. Quanto à companheira, à irmã e ao filho maior, ao contrário do afirmado na fl. 208, não houve comprovação de dependência econômica.

Em relação ao tratamento psicológico, não parece ser razoável o valor pleiteado por consulta, de modo que o Estado pode ser condenado a oferecer o serviço por meio de profissionais próprios ou pagar por consulta, mediante comprovação por parte do beneficiário, *até o valor máximo fixado na tabela do Conselho Regional de Psicologia, assim como o tratamento médico a ser prestado pela rede pública estadual*, passando a ser custeado por serviço de rede privada, caso indisponível o serviço nos quadros do Estado.

Pelo exposto, manifesta-se o Ministério Público pela procedência parcial dos pedidos formulados, nos moldes acima declinados, julgando-se improcedentes os pedidos em relação a Michele Dias Lacerda, Amarildo Gomes da Silva e Emerson Gomes da Silva.

Rio de Janeiro, 12 de fevereiro de 2016.

ROBSON RENAULT GODINHO

Promotor de Justiça | mat. 2245



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

• • •

INQUÉRITO Nº 3.948 / DISTRITO FEDERAL

RELATORA: MIN. ROSA WEBER

AUTOR(A/S)(ES): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INVEST.(A/S): LUIS CARLOS HEINZE

ADV.(A/S): EDUARDO ANTÔNIO LUCHO FERRÃO

DEPUTADO FEDERAL. CRIME CONTRA A HONRA. DIFAMAÇÃO E INJÚRIA. IMUNIDADE PARLAMENTAR MATERIAL. ARTIGO 53, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ENTREVISTA VIA RÁDIO. NEXO DE IMPLICAÇÃO ENTRE AS MANIFESTAÇÕES E O EXERCÍCIO DO MANDATO. ALCANCE. DOLO. INEXISTÊNCIA. ATIPICIDADE DE CONDUTA.

1. A jurisprudência desta Suprema Corte é firme no sentido de que a inviolabilidade parlamentar material, especialmente com relação a declarações proferidas fora da Casa Legislativa, requer a existência de nexo de implicação entre as declarações e o exercício do mandato.

2. Imunidade reconhecida na espécie, proferida a manifestação em entrevista do Deputado Federal a rádio na condição de Presidente da Frente Parlamentar da Agricultura no Congresso Nacional, conducente à atipicidade da conduta.

3. A verbalização da representação parlamentar não contempla ofensas pessoais, achincalhamento ou libertinagem da fala. Placita, contudo, modelo de expressão menos protocolar, ou mesmo desabrido, via manifestações muitas vezes ácidas, jocosas, mordazes, ou até impiedosas, em que o vernáculo contundente – ainda que acaso deplorável no patamar de respeito mútuo a que se aspira em uma sociedade civilizada –, embala a exposição do ponto de vista do orador.

4. Denúncia rejeitada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão da Primeira Turma, sob a Presidência do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em rejeitar a denúncia, nos termos do voto da Relatora. Vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio.

Brasília, 22 de novembro de 2016.

MINISTRA ROSA WEBER

Relatora

RELATÓRIO

1. A Senhora Ministra Rosa Weber (Relatora): Trata-se de *denúncia* – subsidiada em *representação criminal* do ofendido, na forma dos artigos 141, II, e 145, parágrafo único, do CP¹ – oferecida pelo *Procurador-Geral da República* contra o *Deputado Federal Luiz Carlos Heinze*, via da qual se lhe imputa a prática dos delitos de *difamação* (artigo 139, *caput*, c/c artigo 141, II e III, do CP) e *injúria* (artigo 140, *caput*, c/c artigo 141, II e III, CP), supostamente praticados contra o *Procurador da República Ricardo Galha Massia*.

1.1. Teria o acusado, *em síntese*, no dia 30.01.2014, em entrevista à Rádio Sideral, 98.1 FM, localizada no Município de Getúlio Vargas-RS, ofendido a honra do Procurador da República *Ricardo Galha Massia*, "(...) a pretexto de informar a comunidade sobre a situação de processos judiciais que envolvem a questão da terra indígena de Mato Preto, e ao desamparo da imunidade prevista no art. 53 da Constituição".

1.2. Eis o *resumo* da peça acusatória (fls. 2-6):

1º FATO: Crime de difamação praticado contra funcionário público no exercício de suas funções e por intermédio de emissora de rádio.

No dia 30 de janeiro de 2014, em entrevista à Rádio Sideral, 98.1 FM, localizada no Município de Getúlio Vargas-RS, a pretexto de informar a comunidade sobre a situação dos processos judiciais que envolvem a questão da terra indígena de Mato Preto, e ao desamparo da imunidade prevista no art. 53 da Constituição, o Deputado Federal Luís Carlos Heinze dirigiu ofensas à reputação, à honra objetiva e seriedade do Procurador da República no Município de Erechim, Ricardo Galha Massia.

¹ Art. 141 – As penas cominadas neste Capítulo aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido: II – contra funcionário público, em razão de suas funções; Art. 145. (*omissis*). Parágrafo único. Procede-se mediante requisição do Ministro da Justiça, no caso do inciso I do *caput* do art. 141 deste Código, e mediante *representação do ofendido*, no caso do inciso II do mesmo artigo, bem como no caso do §3º do art. 140 deste Código. (Original sem destaques).

(...)

O denunciado fez as seguintes afirmações, que constam na transcrição integral da entrevista (fls. 17-20), cujo conteúdo (áudio) está também no CD anexo na fl. 16, *verbis*:

Deputado Federal Luís Carlos Heinze:

Isso é um abuso o que ele está fazendo (...) Um abuso por parte do Doutor Gracia, Gracia Massia. (...) A proposta dele é tirar quatro, cinco, seis famílias, é igual tu pegar uma maçã podre dentro de um balaio. Daqui a pouco todas as maçãs tão podres, entendeu? (...) É um conluio, conluio da FUNAI, Brasília, pelo Brasil inteiro, não apenas Mato Preto, é um conluio do Ministro da Justiça, desse que está aí e anteriores, onde o próprio Governador era Ministro e já também com a caneta dele fez as mesmas coisas; o Ministério Público Federal liderado pela Dra. Débora Duprat e o colega aí de Erechim, esse Procurador, está no mesmo bolo, só tem um lado, só enxergam isso. (...) Agora, não toma as terras na mão. Isso é roubo, isso é sacanagem, isso é “calaveragem”. Nós aqui da fronteira chamamos de “calavera”. “Calavera” é o que compra e não quer pagar (...) É o que eles querem fazer, isso: tomar as terras desses produtores sem pagar, isso é um crime. (...) Então nós temos muita gente que está do lado desses produtores e do lado da Lei, e da decência, e não do roubo que estão querendo fazer as pessoas que querem roubar. Roubar dessas pessoas e tirar a tranquilidade desses produtores rurais aí do Mato Preto. (...) [grifei].

(...)

FATO 2: Crime de *injúria* praticado contra funcionário público no exercício de suas funções e por intermédio de emissora de rádio.

Nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar anteriormente mencionadas, e também ao desamparo da imunidade prevista no art. 53 da Carta Magna, o denunciado ofendeu a honra subjetiva do Procurador da República no Município de Erechim, Ricardo Gralha Massia.

(...)

Para tal desiderato (...) o denunciado fez as seguintes afirmações, que constam na transcrição integral da entrevista (fls. 17-20), cujo conteúdo (áudio) está também no CD anexado na fl. 16, *verbis*:

Deputado Federal Luís Carlos Heinze:

Esse Procurador é teimoso, é mal-intencionado, veiculador de uma proposta mal-intencionada. Repito mais uma vez: é mal-intencionada.

(...) Então, a interpretação que ele dá é maldosa, e gostaria que ele entendesse bem essas questões e ajudasse a resolver o problema, não criasse mais tumulto. (...) Essas interpretações maldosas, interpretação porque ele quer interpretar assim, porque a constituição é clara, a constituição brasileira que tem que ser respeitada, ele interpreta do jeito que quer.(...) Não é decente o que eles estão fazendo. O decente, o decente seria comprar um pedaço de terra, isso é o que diz a constituição, a partir de 1993, se o governo brasileiro, do Presidente Lula que estava na época de plantão quisesse terras, se fosse decente, ele compraria (...). [grifei].

2. Notificado nos termos do art. 4º da Lei 8.038/90, o denunciado apresentou resposta escrita por defensor constituído. Defendeu, em resumo, (i) a atipicidade da conduta por inexistência de dolo ao argumento de que suas declarações não exorbitaram o direito de crítica e de opinião, sem o desiderato de atingir a honra do Procurador da República Ricardo Galha Massia e, (ii) incidência da imunidade parlamentar material, uma vez que ele concedeu a entrevista na condição de Deputado Federal, ao ensejo da inviolabilidade prevista no artigo 53 da Constituição da República (fls. 91-130).

3. Intimado ao feito legal (art. 5º da Lei 8.038/90), o Procurador-Geral da República defendeu a inexistência da imunidade parlamentar material e a tipicidade da conduta, ao fundamento de que ausente “(...) pressuposto (...) de causalidade entre as palavras proferidas pelo congressista e o exercício de seu mandato”. Requereu o recebimento da denúncia e o prosseguimento do feito (fls. 143-152).

É o relatório.

VOTO

1. A Senhora Ministra Rosa Weber (Relatora): Em exame a admissibilidade da denúncia oferecida pelo Procurador-Geral da República contra o Deputado Federal Luiz Carlos Heinze, via da qual se lhe imputa os delitos de difamação (artigo 139, caput, c/c artigo 141, II e III, do CP) e injúria (artigo 140, caput, c/c artigo 141, II e III, do CP), supostamente praticados contra o Procurador da República Ricardo Galha Massia²:

Art. 139 – Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa.

Art. 140 – Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa.

Art. 141 – As penas cominadas neste Capítulo aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido:

² Representação do ofendido, nos termos do artigo 145, parágrafo único, do CP, às fls. 8-21.

- I – contra o Presidente da República, ou contra chefe de governo estrangeiro;
- II – contra funcionário público, em razão de suas funções;
- III – na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria.

2. Na presente fase processual, em que se decide sobre a *admissibilidade* da acusação, importa verificar a presença da materialidade delitiva, indícios de autoria e suporte probatório mínimo e idôneo a embasar a descrição fática realizada pelo órgão acusador. A etapa em tela não é adequada para a avaliação exaustiva das provas, bastando esteja presente, na aparência, o *injusto penal* e ausentes *causas de rejeição liminar* ou *absolvição sumária*, conforme os arts. 41 e 395 do CPP, e art. 6º da Lei nº 8.038/1990.

3. Teria o acusado, *em síntese*, no dia 30.01.2014, por via de entrevista à Rádio Sideral, 98.1 FM, localizada no Município de Getúlio Vargas-RS, *ofendido a honra do Procurador da República Ricardo Gralha Massia*, “(...) a pretexto de informar a comunidade sobre a situação de processos judiciais que envolvem a questão da terra indígena de Mato Preto, e ao desamparo da imunidade prevista no art. 53 da Constituição”.

3.1. As expressões reputadas *ofensivas* são as seguintes:

Isso é um abuso o que ele está fazendo (...) Um abuso por parte do Doutor Gracia, Gracia Massia. (...)

A proposta dele é tirar quatro, cinco, seis famílias. É igual tu pegar uma maçã podre dentro de um balaio. Daqui a pouco todas as maçãs tão podres, entendeu? (...)

É um conluio, conluio da FUNAI, Brasília, pelo Brasil inteiro, não apenas Mato Preto, é um conluio do Ministro da Justiça, desse que está aí e anteriores, onde o próprio Governador era Ministro e já também com a caneta dele fez as mesmas coisas; o Ministério Público Federal liderado pela Dra. Débora Duprat e o colega aí de Erechim. Esse Procurador está no mesmo bolo, só tem um lado, só enxergam isso. (...)

Agora, não toma as terras na mão. Isso é roubo, isso é sacanagem. Isso é “calaveragem”. Nós aqui da fronteira chamamos de “calavera”. “Calavera” é o que compra e não quer pagar. (...)

É o que eles querem fazer, isso: tomar as terras desses produtores sem pagar, isso é um crime. (...)

Então nós temos muita gente que está do lado desses produtores e do lado da Lei, e da decência, e não do roubo que estão querendo

fazer as pessoas que querem roubar. Roubar dessas pessoas e tirar a tranquilidade desses produtores rurais aí do Mato Preto. (...) (grifos originais fls. 02-03).

(...) Esse Procurador é teimoso, é mal-intencionado, veiculador de uma proposta mal-intencionada. Repito mais uma vez: é mal-intencionada. (...)

Então, a interpretação que ele dá é maldosa, e gostaria que ele entendesse bem essas questões e ajudasse a resolver o problema, não criasse mais tumulto. (...)

Essas interpretações maldosas, interpretação porque ele quer interpretar assim, porque a constituição é clara, a constituição brasileira tem que ser respeitada, ele interpreta do jeito que quer.

Não é decente o que eles estão fazendo. O decente, o decente seria comprar um pedaço de terra, isso é o que diz a constituição, a partir de 1993, se o governo brasileiro, do Presidente Lula que estava na época de plantão quisesse terras, se fosse decente, ele compraria (...) (grifos originais, fl. 5).

4. O *pano de fundo* das declarações envolve uma *disputa de terras* em que *antagonizam*, de um lado, os *indígenas* da reserva de Mato Preto, representados pelo Ministério Público Federal e pelo INCRA, e, de outro, os *proprietários rurais* dos Municípios de Erechim, Erebangó e Getúlio Vargas, todos no interior gaúcho, cujos *interesses* são *alinhados à representação parlamentar* do denunciado Luiz Carlos Heinze.

5. O caso, como dito, trata de declarações proferidas *fora* do recinto parlamentar, *via rádio*.

5.1. Nessas condições, a jurisprudência desta Suprema Corte é firme no sentido de que a *inviolabilidade parlamentar material*, prevista no artigo 53, *caput*, da Constituição da República³, requer a existência de *liame* entre as *declarações* e o *exercício do mandato*, ou seja, *imprescindível* “a existência do necessário nexo de implicação recíproca entre as declarações moralmente ofensivas, de um lado, e a prática inerente ao ofício congressional, de outro”. (Inq. 1024 QO, Rel. Min. Celso de Mello). A *restrição* tem sua razão de ser porque a imunidade visa a resguardar a *independência* do parlamentar no *exercício* de seu mandato, vitaminando sua *representatividade* com um *plus* de liberdade de expressão, sem, contudo, constituir *privilegio pessoal* do congressista.

Nesse sentido: Inq. 4.177, Rel. Min. Edson Fachin, 1ª Turma, DJE de 16.6.2016; Inq. 3925, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJE 22.4.2016; AO 2.002, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, DJE de 26.2.2016; Inq. 3672, 1ª Turma, de minha relatoria, DJE de 20.11.2014.

6. *Reconheço* incidência, no caso, da *imunidade parlamentar material*.

³ Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

7. O acusado integra a apelidada *bancada ruralista* do Congresso Nacional, assim denominada a frente parlamentar que atua em favor dos *interesses dos proprietários rurais*. Era, à época, *Presidente da Frente Parlamentar da Agricultura no Congresso Nacional* e foi *nessa condição* que ele *concedeu a entrevista* da qual *extraídas* as expressões supostamente agressivas à honra do ofendido.

7.1. Posto isso, revela-se *fora de dúvidas*, na minha compreensão, o *vínculo substantivo* entre as *declarações* do acusado e o *exercício do mandato parlamentar*, uma vez que a *temática fundiária* é intimamente *indexada* à sua *atuação política*. No caso, o acusado – enquanto parlamentar – discorreu sobre tema *impregnado* de conotação política, ligado à sua *pauta representativa* enquanto *Presidente da Frente Parlamentar da Agricultura no Congresso Nacional*.

7.2. A própria *representação do ofendido*, encaminhada ao Procurador-Geral da República e que deu origem à presente denúncia, revela o *tom político* da fala do denunciado (“em atividade dirigida a angariar dividendos eleitorais”; “o propósito único da entrevista foi angariar dividendos eleitorais”).

7.3. As *declarações*, em consequência, estão amparadas pela *imunidade parlamentar material*, a implicar, sob o ponto de vista objetivo, a *atipicidade* de conduta. “Nesses termos, havendo denúncia ou queixa-crime, esta deve ser rejeitada por falta de justa causa, não sendo, portanto, admitida a instauração do processo penal” (FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª edição. Salvador: Juspodium, 2014, p.801-802).

7.4. Nesse sentido, anoto *precedentes* de *ambas as Turmas* desta Suprema Corte:

QUEIXA. CRIME CONTRA A HONRA. CALÚNIA, DIFAMAÇÃO E INJÚRIA. IMUNIDADE PARLAMENTAR. ART. 53, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INCIDÊNCIA DA REGRA IMUNIZANTE MESMO QUANDO AS PALAVRAS FOREM PROFERIDAS FORA DO RECINTO DO PARLAMENTO. APLICABILIDADE AO CASO CONCRETO, POIS AS SUPOSTAS OFENSAS PROFERIDAS GUARDAM PERTINÊNCIA COM O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE PARLAMENTAR. OFENSAS IRROGADAS NO RECINTO DO PARLAMENTO. CARÁTER ABSOLUTO DA IMUNIDADE. PRECEDENTES. 1. *A regra do art. 53, caput, da Constituição da República contempla as hipóteses em que supostas ofensas proferidas por parlamentares guardem pertinência com suas atividades, ainda que as palavras sejam proferidas fora do recinto do Congresso Nacional.* Essa imunidade material tem por finalidade dotar os membros do Congresso Nacional da liberdade necessária ao pleno exercício da atividade parlamentar. 2. A atividade parlamentar, para além da típica função legislativa, engloba o controle da administração pública (art. 49, X, da CR), razão pela qual os congressistas, ao alardearem práticas contrárias aos princípios reitores da probidade e moralidade administrativas, encontram-se realizando atividade que se insere no âmbito de suas

atribuições constitucionais. 3. A regra do art. 53, *caput*, da CR confere ao parlamentar uma proteção adicional ao direito fundamental, de todos, à liberdade de expressão, previsto no art. 5º, IV e IX, da CR. *Mesmo quando evidentemente enquadráveis em hipóteses de abuso do direito de livre expressão, as palavras dos parlamentares, desde que guardem pertinência com a atividade parlamentar, estarão infensas à persecução penal.* 4. Configura-se, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como absoluta a imunidade material parlamentar quando as palavras tidas por ofensivas forem proferidas no recinto do Parlamento, dispensando-se a configuração da pertinência entre as ofensas irrogadas e o exercício da atividade parlamentar. Precedentes. 5. Queixa rejeitada. (Inq. 4.177, Rel. Min. Edson Fachin, 1ª Turma, DJE de 16.6.2016). (original sem destaques).

Queixa-crime. Ação penal privada. Competência originária. Crimes contra a honra. Calúnia. Injúria. Difamação. 2. Justa causa. Prova das declarações. Inexistência de gravação das entrevistas e de ata notarial quanto a ofensas por redes sociais. As declarações ofensivas à honra podem ser provadas por qualquer meio, sendo desnecessária a vinda aos autos de gravação original ou de ata notarial. A petição inicial é instruída com a transcrição das entrevistas e com o registro das declarações alegadamente veiculadas por redes sociais. A documentação produzida é suficiente para, na fase processual atual, demonstrar a existência do fato. 3. Art. 53 da Constituição Federal. Imunidade parlamentar. Ofensas em entrevistas a meios de comunicação de massa e em postagens na rede social WhatsApp. O manto protetor da imunidade alcança quaisquer meios que venham a ser empregados para propagar palavras e opiniões dos parlamentares. Precedentes. Possível aplicação da imunidade a manifestações em meios de comunicação social e em redes sociais. 4. Imunidade parlamentar. *A vinculação da declaração com o desempenho do mandato deve ser aferida com base no alcance das atribuições dos parlamentares. 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. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral 600.063, Red. p/ acórdão Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 25.2.2015.* 5. Imunidade parlamentar. Parlamentares em posição de antagonismo ideológico. Presunção de ligação de ofensas ao exercício das atividades políticas de seu prolator, que as desempenha vestido de seu mandato parlamentar; logo, sob o manto da imunidade constitucional. Afastamento da imunidade apenas quando claramente ausente

vínculo entre o conteúdo do ato praticado e a função pública parlamentar exercida. Precedente: Inq. 3.677, Red. p/ acórdão Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 27.3.2014. 6. Ofensas proferidas por senador contra outro senador. Nexa com o mandato suficientemente verificado. Fiscalização da coisa pública. Críticas a antagonista político. Inviolabilidade. 7. Absolvição, por atipicidade da conduta. (AO 2.002, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, DJE de 26.02.2016). (Original sem destaques).

8. Por outro lado, *acrescento* não divisar *intuito doloso de ofender* por parte do acusado, *conclusão* a que chego a partir da análise do *todo* da entrevista, não somente dos *trechos selecionados* pela acusação.

8.1. Na entrevista, o ofendido foi citado de maneira *apenas secundária no contexto da exposição das ideias*. *Nominalmente*, o denunciado a ele se referiu *uma única vez* (“Doutor Gracia, Gracia Massia”) e, no mais, dirigiu *críticas* ao trabalho desenvolvido pela Procuradoria da República e à *política fundiária* brasileira, expondo seu *ponto de vista* enquanto *Presidente da Frente Parlamentar da Agricultura*.

8.2. É nesse sentido que devem ser lidas as expressões pinçadas na denúncia. Ao expressar, na narrativa, “isso é um abuso”, “*é um conluio*”, “isso é roubo”, o acusado não *preordenou* imputar *fato ofensivo à reputação* do ofendido (difamação), apenas traduziu seu *descontentamento* com a *posição* adotada pelo ofendido, *antagônica à sua*, na *sensível questão fundiária* da reserva indígena do Mato Preto.

8.3. Do mesmo modo, as expressões “teimoso”, “veiculador de uma proposta mal-intencionada” e “não é decente o que eles estão fazendo” integram a *retórica* da *exposição das ideias* do acusado e não traduzem investida com *relevância penal* à *dignidade* ou ao *decoro* do ofendido (injúria), levando em consideração o *todo* da fala.

8.4. Concorde que *parte* da fala do denunciado é *ráspida*, *potencialmente* capaz de causar *desconforto* ao humano médio. Na minha compreensão, porém, a linguagem utilizada está inserida na *zona gris* da *comunicação política*, na qual, por vezes, o *vernáculo contundente* – acaso deplorável no padrão de respeito mútuo a que se aspira em um sociedade civilizada –, embala a própria *exposição do ponto de vista* do orador.

8.5. Nesse sentido, a jurisprudência desta Suprema Corte assimila que a *verbalização da representação parlamentar* não é estranha à *ocasional* emissão de *juízos de valor* sobre os *homens públicos* envolvidos no debate, “(...) impondo critério de especial tolerância na sua valoração penal, de modo a não tolher a liberdade de crítica, que os deve proteger” (Inq. 503-7, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, D.J. 24.06.92). *Por isso*, “(...) as expressões eventualmente contumeliosas, *quando proferidas* em momento de exaltação ou no calor de uma discussão, *bem assim* o exercício, pelo agente, do direito de crítica ou de censura profissional, ainda que veemente, *atuam como fatores de descaracterização do elemento subjetivo peculiar* aos tipos penais definidores dos crimes contra a honra (RT 481/307 RT 525/391 RT 544/381)” (HC 98.237, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJe 6.8.2010).

8.6. O entendimento jurisprudencial *não contempla* ofensas pessoais, achincalhamento ou libertinagem da fala, mas, por outro lado, *placita* um *modelo de expressão* menos protocolar, ou mesmo desabrida, manifestado às vezes de forma ácida, jocosa, mordaz, ou até impiedosa.

8.7. Assim, as *expressões*, no contexto em que empregadas, não constituíram ofensas à *honorabilidade* do ofendido, mas *críticas* à sua atuação enquanto Procurador da República – agente público. As *críticas*, ademais, não foram *pejorativas* ou *aviltantes* (Inq. 1905, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 21.5.2004, Pleno), sem dúvida *desconfortáveis*, mas sem aptidão para *atrair o aparato repressivo penal*.

9. *Concluo* que, *objetivamente*, as expressões utilizadas pelo acusado encontram-se abrangidas pela *imunidade parlamentar material* (tipicidade objetiva), ao passo que, *subjetivamente*, delas não extraio a *intenção dolosa* de ofender, presente o *contexto* em que proferidas (tipicidade subjetiva).

10. Ante o exposto, *rejeito* a denúncia, forte no art. 395, III, do CPP, c/c art. 6º da Lei 8.038/90 (ausência de justa causa/atipicidade de conduta).

É como voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN – Senhor Presidente, eminente Ministra Relatora, eu estou acompanhando a conclusão pela rejeição, mas cinjo-me ao elemento objetivo fundado na imunidade parlamentar material.

As considerações que adentro no exame do dolo, aqui, percebo que a eminente Relatora teve a sensibilidade de evidenciar o quanto as expressões utilizadas são mesmo desconfortáveis. Eu entendo que são pejorativas; entendo que não estão no estatuto jurídico do bom debate parlamentar – alias é para lamentar que se vê a utilização desse tipo de linguagem –, o que, de algum modo, depõe contra a autoridade pública em geral no Brasil.

Nada obstante, também estou de acordo que isso não atrai o aparato repressivo de Direito Penal para a espécie, mas cinjo-me ao elemento objetivo e material da imunidade e, nesse sentido, acompanho a eminente Relatora.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) – Associo-me às observações da Ministra-Relatora e do Ministro Luiz Edson Fachin quanto à má qualidade do debate público, porém, também entendo que, aqui, incide a imunidade parlamentar material.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, não vejo a imunidade parlamentar como verdadeiro escudo, podendo o congressista sacar o que lhe venha à cabeça, mesmo que fora do recinto da Casa Legislativa, sem a possibilidade de glosa.

O veiculado, a meu ver, implica, de início, injúria. Apontou-se que o Ministério Público estaria no mesmo balaio, fazendo-se referência à maçã podre, e que liderado pela Subprocuradora da República Doutora Deborah Duprat e o Colega de Erechim – um Colega dela, Deborah Duprat –, estaria a implementar o que se apontou como roubo – subtração com violência.

Há de observarem-se os parâmetros, para que sejam as instituições respeitadas. O Ministério Público, quando atua em defesa da causa indígena, assim o faz como instituição, visando a supremacia da própria Constituição Federal.

Peço vênia aos Colegas, à maioria já formada, para votar no sentido de ser dada sequência ao inquérito nº 3.948, recebendo-se a denúncia apresentada, por sinal, não pelos ofendidos individualmente, mas por órgão do Ministério Público.

EXTRATO DE ATA

INQUÉRITO Nº 3.948

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

RELATORA: MIN. ROSA WEBER

AUTOR(A/S)(ES): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INVEST.(A/S): LUIS CARLOS HEINZE

ADV.(A/S): EDUARDO ANTÔNIO LUCHO FERRÃO (09378/DF, 9378/DF)

Decisão: Por maioria de votos, a Turma rejeitou a denúncia, nos termos do voto da Relatora, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio. Presidência do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso. 1ª Turma, 22.11.2016.

Presidência do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux, Rosa Weber e Edson Fachin.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho.

Carmen Lilian Oliveira de Souza

Secretária da Primeira Turma

RECLAMAÇÃO Nº 23.101 / PARANÁ

RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

RECLTE.(S): ARY BERGHER

ADV.(A/S): ARY BERGHER

RECLTE.(S): RAPHAEL MATTOS

ADV.(A/S): RAPHAEL MATTOS

RECLTE.(S): FÁBIO DIAS

ADV.(A/S): FABIO DIAS DA SILVA

RECLTE.(S): MAURO GOMES DE MATTOS

ADV.(A/S): MAURO GOMES DE MATTOS

RECLTE.(S): DANIELA SENNA

ADV.(A/S): DANIELA PEREIRA SENNA

ADV.(A/S): DANILO BOMFIM SOARES

RECLDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – PROCURADORIA
DA REPÚBLICA NO PARANÁ

PROC.(A/S) (ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S): JONAS LEITE SUASSUNA FILHO

ADV.(A/S): ARY BERGHER E OUTRO(A/S)

EMENTA

RECLAMAÇÃO. GARANTIR A OBSERVÂNCIA DE ENUNCIADO DE SÚMULA VINCULANTE. SÚMULA VINCULANTE 14. NEGATIVA DE FORNECIMENTO DE CÓPIAS EM MEIO MAGNÉTICO, ÓPTICO OU ELETRÔNICO DE DEPOIMENTOS EM FORMATO AUDIOVISUAL GRAVADOS EM MÍDIAS JÁ DOCUMENTADAS NOS AUTOS. VIOLAÇÃO AO DIREITO DE AMPLO ACESSO AOS ELEMENTOS DE PROVA. RECLAMAÇÃO PROCEDENTE.

I – O direito ao “acesso amplo”, descrito pelo verbete mencionado, engloba a possibilidade de obtenção de cópias, por quaisquer meios, de todos os elementos de prova já documentados, inclusive mídias que contenham gravação de depoimentos em formato audiovisual.

II – A simples autorização de ter vista dos autos, nas dependências do *Parquet*, e transcrever trechos dos depoimentos de interesse da defesa, não atende ao enunciado da Súmula Vinculante 14.

III – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende ser desnecessária a gravação da audiência realizada por meio audiovisual, sendo obrigatória apenas a disponibilização da cópia do que registrado nesse ato. Precedentes.

IV – Reclamação procedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por votação unânime, julgar procedente a reclamação, de modo a garantir aos reclamantes o direito de obter cópias das gravações dos depoimentos audiovisuais, em meio magnético, óptico ou eletrônico, nos autos do Procedimento Investigatório Criminal nº 1.25.000.003350/2015-98, ficando prejudicados os embargos declaratórios, nos termos do voto do Relator. Compareceu para sustentação oral, pelo reclamante Raphael Mattos, o Dr. Danilo Bomfim Soares. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello.

Brasília, 22 de novembro de 2016.

MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI

Relator

RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

RECLTE.(S): ARY BERGHER

ADV.(A/S): ARY BERGHER

RECLTE.(S): RAPHAEL MATTOS

ADV.(A/S): RAPHAEL MATTOS

RECLTE.(S): FÁBIO DIAS

ADV.(A/S): FABIO DIAS DA SILVA

RECLTE.(S): MAURO GOMES DE MATTOS

ADV.(A/S): MAURO GOMES DE MATTOS

RECLTE.(S): DANIELA SENNA

ADV.(A/S): DANIELA PEREIRA SENNA

ADV.(A/S): DANILO BOMFIM SOARES

RECLDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO PARÁNA

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S): JONAS LEITE SUASSUNA FILHO

ADV.(A/S): ARY BERGHER E OUTRO(A/S)

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Trata-se de reclamação ajuizada contra ato da Procuradoria da República no Paraná que teria violado a Súmula Vinculante 14.

Informam os reclamantes que “foram devidamente constituídos por seu patrocinado Jonas Leite Suassuna Filho nos autos do referido procedimento investigatório criminal (1.25.000.003350/2015-98) em trâmite na Procuradoria da República no Paraná” (p.1 do documento eletrônico 2).

Alegam que,

[...] não obstante os reclamantes estivessem devidamente constituídos nos autos daquele caderno investigativo, e tivessem apresentado à Autoridade Reclamada petição requerendo expressamente cópia reprográfica de inteiro teor da investigação, a Procuradoria da República decidiu conceder apenas vista do procedimento, condicionada, ainda, a determinado dia e lugar (p. 2 do documento eletrônico 2).

Esclarecem que, apesar de o acesso aos documentos ter sido deferido, “o pedido formulado pelos ora reclamantes não foi tão somente de vista dos autos, mas, principalmente, o de cópia reprográfica de seu inteiro teor, conforme claramente se depreende da petição protocolada”. (p. 2 do documento eletrônico 2).

Argumentam, ainda, que, os autos possuem três volumes, dezesseis apensos e mais de dez horas de depoimentos audiovisuais, “sendo impossível aos subscritores analisarem devidamente o feito”, sem a possibilidade de extrair cópias.

Houve pedido liminar para que fosse determinado à “autoridade reclamada que conceda amplo acesso – com extração de cópias de inteiro teor, por meio físico ou digital – aos reclamantes ao procedimento investigatório nº 1.25.0000.003350/2015-98, em que estão devidamente constituídos”.

A Ministra Cármen Lúcia indeferiu a liminar por não estarem presentes os requisitos para a concessão, uma vez que “há a juntada de decisão do Ministério Público Federal pela qual se observa que, além da vista dos autos, em que se autorizou realização de anotações, também foi deferida a extração de cópia digital do procedimento com a aposição de marca d’água para preservar o sigilo”. (p. 5 do documento eletrônico 13).

Ao prestar informações, a Procuradoria da República no Paraná salientou que “em momento algum inviabilizou-se aos advogados o acesso ao procedimento,

mas tão somente organizou-se o acesso aos autos, diante do elevado número de envolvidos, e o procedimento de extração de cópias, diante do caráter sigiloso da tramitação” (p. 2 do documento eletrônico 19).

Contra o indeferimento da liminar, foram opostos embargos declaratórios.

No recurso, sustentam que, a negativa de liminar teve como fundamento o deferimento de extração de cópias pelo MPF, entretanto, os embargantes apontam que, com relação aos áudios/vídeos, a gravação, em cópia digital não foi autorizada. O que foi permitido é a “transcrição (dos áudios/vídeos), pela própria parte, no momento da vista”.

Por fim, quanto ao mérito, requerem a procedência da reclamação, com o reconhecimento da violação à Súmula Vinculante 14, para que seja determinado à “autoridade reclamada que conceda amplo acesso – com extração de cópias de inteiro teor, por meio físico ou digital – aos reclamantes ao procedimento investigatório nº 1.25.0000.003350/2015-98, em que estão devidamente constituídos”.

Intimei os embargantes para que se manifestassem sobre o interesse no prosseguimento do feito, tendo em vista que o transcurso do tempo e a dinâmica da persecução criminal poderiam ter causado a perda do objeto desta reclamação.

Informaram que obtiveram acesso à cópia física do procedimento investigatório criminal nº 1.25.000.003350/2015-98, entretanto, “o acesso à íntegra do feito continua obstado” (p. 1 do documento eletrônico 28).

Alegam que “o referido procedimento possui, além do processo físico, mais de 10 horas de depoimentos audiovisuais, os quais não foram fornecidos aos reclamantes” (*idem*).

Aduzem, ainda, que “para obter acesso a estes depoimentos, a autoridade reclamada permanece exigindo que os advogados agendem uma data para comparecer à Procuradoria da República no Paraná, onde deverão transcrever mais de 10 horas de depoimentos” (*ibidem*).

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela improcedência da reclamação, em parecer da lavra do Procurador-Geral da República Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

É o relatório.

VOTO

O Senhor Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Verifico que, ao indeferir a liminar, a Ministra Cármen Lúcia adotou como premissa informação prestada pela Força-Tarefa da Procuradoria da República no Paraná, no sentido de que “não há qualquer decisão negando o acesso aos autos” (p. 3 do documento eletrônico 11).

Porém, os reclamantes esclarecem que “ao invés de fornecer ou permitir a cópia digital dos audiovisuais, impõe-se o comparecimento diurno ao Ministério Público Federal, por diversas vezes, para transcrever o conteúdo de provas já produzidas e encartadas aos autos do procedimento investigatório”.

Desta forma, observo que o objeto da reclamação abrange também a obtenção de cópias das gravações dos depoimentos audiovisuais, em meio magnético (disco rígido ou disquete), óptico (*CD* ou *DVD*) ou eletrônico (cartão de memória ou *pen drive*), nos autos do Procedimento Investigatório Criminal nº 1.25.000.003350/2015-98 e não somente as cópias já autorizadas de documentos em papel, onde é possível a aposição da marca d'água.

Assim, a decisão proferida pelos membros do *Parquet* obriga os defensores a escutar e transcrever, no ambiente da procuradoria, cerca de 10 horas de áudios gravados em interceptações de comunicações telefônicas de seus clientes. Tal medida, à primeira vista, prejudica o amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, violando assim, o disposto na Súmula Vinculante 14, *litteris*:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Entendo que o direito ao “acesso amplo”, descrito pelo verbete mencionado, engloba a possibilidade de obtenção de cópias, por quaisquer meios, de todos os elementos de prova já documentados, inclusive mídias que contenham gravação de depoimentos em formato audiovisual.

Destaco, por oportuno, que a jurisprudência desta Corte admite o direito de a defesa ter “acesso à integralidade das gravações e, após seleção, poderá trazer aos autos as gravações que reputar de seu interesse” (Inq. 3.705/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes).

Ademais, o Tribunal Pleno já decidiu pelo “acesso garantido às defesas, também mediante meio magnético”, do material probatório armazenado em meio digital, determinando, inclusive, a reabertura de prazo após o acesso a tais gravações (Inq. 2.424/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso. Plenário).

Alguns precedentes são ainda mais específicos em relação a depoimentos e acordos de colaboração premiada. No julgamento da Rcl. 21.258 AgR./PR, pela Segunda Turma, o Ministro Dias Toffoli consignou em seu voto que,

[...] a defesa do reclamante, com fundamento na Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal, poderá ter acesso a todos os elementos de prova documentados nos autos dos acordos de colaboração – *incluindo-se as gravações audiovisuais dos atos de colaboração de corréus* – para confrontá-los, mas não para impugnar os termos dos acordos propriamente ditos (grifos do original).

O tema também foi tratado no RHC 116.173/RS, no qual a Ministra Cármen Lúcia destacou ser “desnecessária a degrevação da audiência realizada por meio audiovisual, sendo obrigatória apenas a disponibilização da cópia do que registrado nesse ato” (grifos meus).

Naquele julgado, a Ministra Cármen Lúcia transcreveu, em seu voto, trecho do parecer da Procuradoria-Geral da República, *verbis*:

Isso porque, nos termos do art. 405, §2º, do Código de Processo Penal, “no caso de registro por meio audiovisual, será encaminhado às partes cópia do registro original, sem necessidade de transcrição”. É evidente, portanto, a desnecessidade de gravação da audiência a que se refere o presente recurso, *sendo obrigatório apenas a disponibilidade de cópias para a defesa* (grifos meus).

Verifico também, que o Estatuto da Advocacia não deixa dúvidas ao elencar como um dos direitos do advogado o de “examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital” (art. 7º, XIV, da Lei 8.906/1994).

Tal previsão legal, como já referida, encontra suporte em base constitucional, uma vez que a Carta de 1988 dispõe que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

A bem da verdade, mais do que constituírem um direito do advogado, tais prerrogativas funcionais têm o condão de servir ao próprio cidadão. É que o advogado funciona como mero instrumento na formulação da defesa de seu cliente, este sim, o real destinatário da prestação jurisdicional, tendo nas normas processuais, notadamente na seara criminal, a salvaguarda de seus direitos e garantias fundamentais.

Ressalte-se ainda, que no plano internacional, o Pacto de São José da Costa Rica destaca como uma garantia judicial da pessoa acusada criminalmente a “concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa”, *litteris*:

Artigo 8º. Garantias judiciais

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

[...]

c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa.

Isso posto, voto pela procedência da reclamação, de modo a garantir aos reclamantes o direito de obter cópias das gravações dos depoimentos audiovisuais, em meio magnético, óptico ou eletrônico, nos autos do Procedimento Investigatório Criminal nº 1.25.000.003350/2015-98, ficando prejudicados os embargos declaratórios.

EXTRATO DE ATA

RECLAMAÇÃO Nº 23.101

PROCED.: PARANÁ

RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

RECLTE.(S): ARY BERGHER

ADV.(A/S): ARY BERGHER (81142/RJ)

RECLTE.(S): RAPHAEL MATTOS

ADV.(A/S): RAPHAEL MATTOS (0091172/RJ)

RECLTE.(S): FÁBIO DIAS

ADV.(A/S): FABIO DIAS DA SILVA (0116814/RJ)

RECLTE.(S): MAURO GOMES DE MATTOS

ADV.(A/S): MAURO GOMES DE MATTOS (057739/RJ)

RECLTE.(S): DANIELA SENNA

ADV.(A/S): DANIELA PEREIRA SENNA (0182012/RJ)

ADV.(A/S): DANILO BOMFIM SOARES (030998/DF)

RECLDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – PROCURADORIA DA
REPÚBLICA NO PARANÁ

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S): JONAS LEITE SUASSUNA FILHO

ADV.(A/S): ARY BERGHER (81142/RJ) E OUTRO(A/S)

Decisão: A Turma, por votação unânime, julgou *procedente* a reclamação, de modo a *garantir* aos reclamantes o direito de *obter cópias* das gravações dos *depoimentos audiovisuais*, em meio magnético, óptico ou eletrônico, nos autos do Procedimento Investigatório Criminal nº 1.25.000.003350/2015-98, ficando *prejudicados* os embargos declaratórios, *nos termos* do voto do Relator. Compareceu para sustentação oral, pelo reclamante Raphael Mattos, o Dr. Danilo Bomfim Soares. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. 2ª Turma, 22.11.2016.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Teori Zavascki. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Gilmar Mendes, em face da participação no Colóquio sobre Financiamento de Partidos Políticos e Campanhas Eleitorais, realizado em Montevidéu, Uruguai.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Ravena Siqueira

Secretária

RECLAMAÇÃO Nº 18.564 / SÃO PAULO

RELATOR: MIN. GILMAR MENDES

REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. DIAS TOFFOLI

RECLTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RECLDO.(A/S): TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

ADV.(A/S): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

INTDO.(A/S): MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

EMENTA

Constitucional e Administrativo. Súmula Vinculante nº 13. Ausência de configuração objetiva de nepotismo. Reclamação julgada improcedente. Liminar anteriormente deferida cassada.

1. Com a edição da Súmula Vinculante nº 13, embora não se tenha pretendido esgotar todas as possibilidades de configuração de nepotismo na Administração Pública, foram erigidos critérios *objetivos* de conformação, a saber: i) ajuste mediante designações recíprocas, quando inexistente a relação de parentesco entre a autoridade nomeante e o ocupante do cargo de provimento em comissão ou função comissionada; ii) relação de parentesco entre a pessoa nomeada e a autoridade nomeante; iii) relação de parentesco entre a pessoa nomeada e o ocupante de cargo de direção, chefia ou assessoramento a quem estiver subordinada e iv) relação de parentesco entre a pessoa nomeada e a autoridade que exerce ascendência hierárquica ou funcional sobre a autoridade nomeante.

2. Em sede reclamatória, com fundamento na SV nº 13, é *imprescindível* a perquirição de projeção funcional ou hierárquica do agente político ou do servidor público de referência no processo de seleção para fins de configuração objetiva de nepotismo na contratação de pessoa com relação de parentesco com ocupante de cargo de direção, chefia ou assessoramento no mesmo órgão, salvo ajuste mediante designações recíprocas.

3. Reclamação julgada improcedente. Cassada a liminar anteriormente deferida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em julgar improcedente a reclamação e, por consequência, cassar a decisão liminar anteriormente proferida, nos termos do voto do Ministro Dias Toffoli, Relator para o acórdão. Vencido o Ministro Relator.

Brasília, 23 de fevereiro de 2016.

MINISTRO DIAS TOFFOLI

Redator p/ o acórdão

RECLAMAÇÃO Nº 18.564 / SÃO PAULO

RELATOR: MIN. GILMAR MENDES

REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. DIAS TOFFOLI

RECLTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RECLDO.(A/S): TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

ADV.(A/S): SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

INTDO.(A/S): MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Trata-se de reclamação ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra ato da Presidência do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, consistente na nomeação do Sr. José Berti Kirsten para o cargo de provimento em comissão de Assessor de Controle Externo, na Subsecretaria de Administração daquele tribunal.

Nas razões da reclamação, alega-se que o referido servidor, nomeado em julho de 2008, é sobrinho do servidor Sr. Miguel Roberto Tiacci Kirsten, que ingressou naquele tribunal em 1997 como Assessor de Gabinete, ocupando, atualmente, o cargo de Assessor-Chefe do Conselheiro Edson Simões. Aduz o MPE/SP que “a nomeação de pessoas com vínculo de parentesco para cargos de provimento em comissão, ainda que ausente relação de subordinação, nos termos da Súmula Vinculante nº 13, também caracteriza a prática de nepotismo” (eDOC 2, fls. 5/8). Pugna pela anulação do ato administrativo de investidura do referido servidor.

Na decisão de 16 de outubro de 2014 (eDOC 4), deferi o pedido liminar para determinar a suspensão da nomeação de José Berti Kirsten para o cargo de provimento em comissão de Assessor de Controle Externo do Tribunal de Contas do Município de São Paulo. Contra essa decisão, o reclamado interpôs agravo regimental (eDOC 9).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido da vedação constitucional ao nepotismo no âmbito dos poderes Judiciário, Executivo e Legislativo, por decorrer a referida garantia diretamente do art. 37, *caput*, da Constituição Federal. Esse entendimento materializou-se na Súmula Vinculante nº 13, assim redigida:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia, ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta ou indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Nesses termos, há presunção objetiva que impede a nomeação de parentes de servidores já investidos em funções de confiança ou em cargos em comissão, de modo a evitar que esses também assumam funções diferenciadas no mesmo órgão, não sendo necessária à caracterização de nepotismo, subordinação funcional ou hierárquica, direta ou indireta, entre os servidores. Nesse sentido, confirmam-se o MS 27.945, Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 4.9.2014; a Rcl 14.223-AgR, Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 13.2.2015; a Rcl 19.911-AgR, Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 2.6.2015, esta última assim ementada:

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR EFETIVO DO PODER EXECUTIVO, QUE EXERCE FUNÇÃO COMISSIONADA EM TRIBUNAL, AO QUAL SEU IRMÃO É VINCULADO COMO JUIZ. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. SÚMULA VINCULANTE Nº 13: NEPOTISMO. MANDADO DE SEGURANÇA DENEGADO. 1. Não se faz necessária comprovação de “vínculo de amizade ou troca de favores” entre o irmão do Impetrante e o Desembargador Federal de quem é assistente processual, pois é a análise objetiva da situação de parentesco entre o servidor e

a pessoa nomeada para exercício de cargo em comissão ou de confiança na mesma pessoa jurídica da Administração Pública que configura a situação de nepotismo vedada, originariamente, pela Constituição da República. 2. A configuração de afronta ao princípio da isonomia pressupõe identidade de situações com tratamento diverso, o que, à evidência, não ocorre na espécie. 3. Mandado de segurança denegado.

A finalidade da Súmula é muito clara, qual seja, evitar nomeações diretas ou cruzadas de parentes, as quais presumidamente envolvem escolhas pessoais em detrimento dos princípios constitucionais da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência administrativa (CF, art. 37, *caput*), assim como da garantia fundamental da igualdade de chances (*Chancengleichheit*).

No julgamento da medida cautelar na ADC 12, Ayres Britto, DJ 1º 9.2006, em que se analisou a constitucionalidade da Resolução 07/2005 do CNJ, que “disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do poder judiciário e dá outras providências”, manifestei-me sobre o tema, da seguinte forma:

Se cabe ao CNJ zelar pelo cumprimento dos princípios da moralidade e da impessoalidade, é da sua competência fiscalizar os atos administrativos do Poder Judiciário que violem tais princípios. E não há dúvida de que os atos que impliquem a prática do nepotismo ofendem diretamente os princípios da moralidade e da impessoalidade. Desde seu primeiro incursão na doutrina administrativista de Maurice HAURIOU (*Précis de Droit Administratif et de Droit Public*. Paris: Société Anonyme du Recueil Sirey; 1927), o princípio da moralidade traduz a ideia de que sob o ato jurídico-administrativo deve existir um substrato moral, que se torna essência de sua legitimidade e, em certa medida, condição de sua validade. Essa moralidade não é elemento do ato administrativo, como ressalta GORDILLO, mas compõe-se dos valores éticos compartilhados culturalmente pela comunidade e que fazem parte, por isso, da ordem jurídica vigente (GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 3. El Acto Administrativo. 6ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey; 2003, II-27).

A indeterminação semântica dos princípios da moralidade e da impessoalidade não pode ser um obstáculo à determinação da regra da proibição do nepotismo. Como bem anota GARCÍA DE ENTERRÍA, na estrutura de todo conceito indeterminado é identificável um “núcleo fixo” (*Begriffkern*) ou “zona de certeza”, que é configurada por dados

prévios e seguros, dos quais pode ser extraída uma regra aplicável ao caso (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 12ª Ed. Madrid: Civitas; 2004, p. 468). A vedação do nepotismo é regra constitucional que está na zona de certeza dos princípios da moralidade e da impessoalidade.

Não é de hoje que o nepotismo é uma prática condenada pela sociedade brasileira. A regra da vedação do nepotismo está no Regimento Interno desta Corte, precisamente no art. 357, assim como na Lei Federal nº 9.241/96 (art. 10), na Lei nº 8.112/90 (art. 117, VIII), e em várias unidades da federação já existem normas específicas de proibição das práticas de nepotismo.

Dessa forma, o ato administrativo que implique nesse tipo de prática imoral é ilegítimo, não apenas por violação a uma determinada lei, mas por ofensa direta à moralidade que atua como substrato ético da ordem constitucional. Nesse sentido, é possível afirmar que não seria necessária uma lei em sentido formal para instituir a proibição do nepotismo, pois ela já decorre do conjunto de princípios constitucionais, entre os quais têm relevo os princípios da moralidade e da impessoalidade. Cabe às autoridades administrativas e, nesse caso, ao CNJ, no cumprimento de seus deveres constitucionais, fazer cumprir os comandos normativos veiculados pelos princípios do art. 37.

No caso dos autos, o Sr. José Berti Kirsten foi nomeado para ocupar o cargo de Assessor de Controle Externo, quando seu tio, parente em linha colateral de terceiro grau, Sr. Miguel Roberto Tiaci Kirsten, era Assessor-Chefe do Conselheiro Edson Simões, sendo ambos os cargos pertencentes ao quadro do Tribunal de Contas do Município de São Paulo-TCM/SP, o que atrai a incidência do comando da Súmula Vinculante 13 do STF.

Ante o exposto, voto pela procedência da reclamação para determinar a exoneração do Sr. José Berti Kirsten por violação à Súmula Vinculante nº 13 e julgo prejudicado o agravo regimental contra a decisão que deferiu o pedido liminar.

VISTA

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Vossa Excelência cita no voto um precedente meu – e, por isso, vou me inclinar a pedir vista –, mas, em meu precedente, se tratava de membro de Poder em relação a um administrativo da Assembleia. Aqui não é do membro do Poder.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Não. É um assessor.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

De controle externo, que teria um tio que seria...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Na função de chefe de gabinete.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Chefe de gabinete de um dos conselheiros.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Que era, inicialmente, Presidente do Tribunal.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

E eu não vejo, diante dos precedentes que tenho, uma subordinação no sentido da aplicação da súmula.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – É isso que precisa ser definido.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Então, eu vou pedir vista, mas sem prejuízo de os Colegas que votam antes se manifestarem.

DEBATE

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Como diz o Ministro Gilmar Mendes, esta súmula tem, eu acho, perfeita compatibilidade e é uma aplicação e efetividade ao princípio da impessoalidade. Maquiavel dizia que a tarefa mais difícil do príncipe é a de formular normas. Então, nós fizemos de tal maneira que tentamos abarcar tudo.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

As trocas de favores, as nomeações cruzadas...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Porque eu me lembro de que, na decisão que levou a isso, era o que eu, como professora, chamei de nepotismo cruzado. Quer dizer, na verdade a gente não consegue pegar, porque um nomeia o fulano para o seu gabinete, o seu gabinete, em troca... Assim você nunca consegue encontrar. Esse nepotismo cruzado é mais sórdido porque ele escamoteia e agride o princípio de forma clamorosa. Então, a tentativa dessa formulação era de impedir, mas, como dizia Machado de Assis, a virtude é uma e os pecados são muitos. A gente não consegue, de jeito nenhum, numa norma, fazer essa previsão, e tem que examinar a cada caso para se saber aonde se chega.

Da minha parte, eu aguardo a vista com muito gosto, porque acho que é importante.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Eu mesmo, recentemente, dei uma decisão monocrática – depois não houve recurso – em um caso que ficou muito famoso, o da filha do Presidente Fernando Henrique Cardoso, que não era subordinada ao Presidente e, sim, ao Secretário-Geral Eduardo Jorge Caldas Pereira. E, apesar de a decisão recorrida ter reconhecido que não havia ilegalidade – não havia ainda a súmula na época daqueles fatos, ocorridos no primeiro mandato do

Presidente Fernando Henrique Cardoso –, reconheceu haver uma imoralidade e, por isso, o juízo julgava procedente o pedido, mas não condenava em nada. Não havia condenação: julgou-se procedente a ação popular por ser imoral o ato, ponto.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – O Ministro Aliomar Baleeiro tem um voto em que dizia que às vezes algumas decisões são armas sem gatilho.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Reconheceu o juízo que a parte prestava o serviço, que tinha as competências necessárias, que cumpria os requisitos adequados para o cargo, mas a condenou por imoralidade.

Essa súmula gera situações... E nós mesmos, nos tribunais superiores, temos situações de pessoas que são aparentadas e que ocupam cargos que não são de subordinação.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – O que nós tentamos, na súmula, foi não estabelecer uma relação de subordinação direta, mas quebrar o princípio da impessoalidade pela indireta, que é o que eu chamo de nepotismo cruzado. Quer dizer, eu não tenho nenhum sobrinho, mas peço ao meu colega que faça isso. Ora, isto é exatamente o tráfico de influência, que não se coaduna com o princípio da impessoalidade.

Em contraprestação, isso também não pode gerar prejuízo a uma pessoa que seja concursada ou qualificada, que venha por especialidade. O Direito interpreta-se inteligentemente.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Ela é muito abrangente e vivemos enfrentando...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – E agora surgiu outra coisa em alguns municípios, Ministro. Houve um caso, que conheço, porque foi no interior de Minas – podia ter sido em qualquer lugar – em que...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Mas em Minas acontecem coisas singulares.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Graças a Deus! É porque nós não gostamos de monotonia. Nós gostamos de novidade para testar a vida.

O casal, em subordinação direta, se separou, como já temos em matéria eleitoral. Separaram-se formalmente, moram na mesma casa, tudo certo, mas ninguém é chefe de ninguém. E no depoimento dela, na oitiva da esposa, ela disse: “Ele nunca mandou em mim. Aliás, nem dentro de casa. Continua não mandando. Eu é que mando nele”. Quer dizer, aí fica difícil demais, não é?

Eu acho ótimo o pedido de vista.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

E, também, nesses casos em que não há subordinação direta, eminentes Ministros e Ministra Cármem, a reclamação talvez não seja o melhor local para se analisar isso, porque, por exemplo, no caso do meu precedente que o Ministro Gilmar cita, se tratava de uma pessoa nomeada na Assembleia Legislativa estadual, cuja relação de parentesco era com um deputado. Não se tratava de concursado.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – A caracterização é fácil.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

A caracterização é fácil.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Tive casos em reclamação, há pouquíssimo tempo...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Agora tem outros casos em que eu já votei pelo não seguimento da reclamação pela dificuldade...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Já tive também, uns dois casos.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Até trouxe aqui, mas vou formular uma análise mais aprofundada.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Eu acho que é importante.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Porque, quando vem muito bem caracterizado o quadro fático, não há problema.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Talvez não seja o caso de reclamação para esses casos em que não há chapada afronta.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Mas às vezes é e é preciso ser rápido, Ministro, porque essa súmula tem, além do atendimento à Constituição, o caráter exemplar que pode conduzir a alguma mudança cultural.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Nós temos algumas questões que são delicadas e outras já resolvidas. Por exemplo, a designação de parentes para funções de confiança, altas funções de confiança, como secretário de estado, ou secretário...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Mas esses nós excluimos.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – E secretário de município. Mas aí também surgem problemas que ficaram numa zona de penumbra. Por exemplo, a designação de parentes para tribunal de contas, via escolha por assembleia legislativa, um caso que de vez em quando se repete. E aí se alega uma influência indireta do governador – tivemos esse debate. Agora também temos funcionários importantes – diretor-geral, secretário-geral de instituições, tribunais ou de assembleias legislativas – que, obviamente, terão também essa capacidade indutora.

Em suma, eu concordo que é preciso delimitar, sob pena de também nós não termos mãos a medir. Por isso eu trouxe esse caso. Confesso que tenho dúvidas também, mas entendi que a jurisprudência estava se delineando no sentido do voto que proferi. No entanto, vejam que estou aberto, porque, a rigor, nós precisamos de ter uma solução segura, inclusive no ponto que o ministro Toffoli toca: de saber se seria cabível a matéria em sede de reclamação.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Nos casos de dúvida.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Em caso de dúvida. Há casos que julgo procedentes e casos em que, em razão da dúvida, eu neguei seguimento.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Sim, porque aí dependeria de provas, dependeria de outros dados.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Exatamente. De um contraditório. Porque aqui, na reclamação, não há um contraditório.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Sim. Eu acho que essa súmula é importante, pois ela já cumpriu um papel.

SEGUNDA TURMA EXTRATO DE ATA

RECLAMAÇÃO Nº 18.564

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

RECLTE.(S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RECLDO.(A/S) : TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

INTDO.(A/S) : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

Decisão: Após o voto do Relator, que julgava procedente a reclamação e prejudicado o agravo, o julgamento foi suspenso em virtude do pedido de vista formulado pelo Ministro Dias Toffoli. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. 2ª Turma, 25.08.2015.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Cármem Lúcia e Teori Zavascki. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Deborah Duprat.

Ravena Siqueira

Secretária

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Cuida-se de reclamação constitucional ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO (MP/SP) em face do TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO (TCM/SP), o qual teria afrontado a autoridade do Supremo Tribunal Federal e a eficácia da Súmula Vinculante nº 13.

O reclamante informa que:

a) JOSÉ BERTI KIRSTEN foi nomeado pelo então presidente do TCM/SP, Conselheiro Edson Simões, em 10/7/2008, para o cargo de provimento em comissão de assessor de controle externo, tendo sido lotado na Subsecretaria de Administração do TCM/SP;

b) JOSÉ BERTI KIRSTEN é sobrinho de MIGUEL ROBERTO TIACCI KIRSTEN, o qual ingressou no TCM/SP no cargo de provimento em comissão de assessor de gabinete do Conselheiro Edson Simões, em 1997, e ocupa, desde janeiro de 2002, o cargo de provimento em comissão de chefe de gabinete do referido conselheiro;

c) o Processo Administrativo nº 72.000.764/09-06 foi arquivado pelo Conselheiro Edson Simões após a Assessoria de Controle Externo e a Secretaria Geral da Presidência do TCM/SP se manifestarem no sentido de não estar configurado o nepotismo, pois ausentes i) relação de parentesco entre o nomeado e o Conselheiro Edson Simões, ii) “ajuste de reciprocidade” para as nomeações de José Berti Kirsten e Miguel Roberto Tiacci Kirsten no âmbito do TCM/SP e iii) relação de subordinação entre os cargos de assessor de controle externo e chefe de gabinete do Conselheiro Edson Simões.

O *Parquet* do Estado de São Paulo adverte que,

em 01 de agosto de 2014, o Presidente Edson Simões, encaminhando manifestação subscrita pela Secretaria Geral da Presidência do TCM/SP acerca da situação do aludido servidor, mostrou novamente indisposição para correção do equívoco.

Defende que a nomeação de JOSÉ BERTI KIRSTEN para o cargo de provimento em comissão no TCM/SP configura ato de nepotismo praticado pelo Conselheiro Edson Simões, uma vez que existiria vínculo de parentesco de terceiro grau, em linha colateral, entre José Kirsten e o ocupante do cargo de chefe de seu gabinete, também de provimento em comissão.

Requer o *Parquet* que seja julgada procedente a presente reclamação para anular a investidura de JOSÉ BERTI KIRSTEN no cargo de assessor de controle externo do TCM/SP.

O pedido liminar foi deferido pelo Ministro Gilmar Mendes para suspender os efeitos do ato de nomeação acima referido.

O TCM/SP interpôs agravo regimental, no qual defende a reforma da decisão liminar, pelos seguintes fundamentos, em síntese:

a) a formação técnica de JOSÉ BERTI KIRSTEN em arquitetura e urbanismo pela Faculdade de Belas Artes foi fator determinante para sua nomeação para o cargo de assessor de controle externo do TCM/SP, em julho de 2008, tendo em vista a iminência do processo de “reforma, revitalização e manutenção de toda [estrutura física do TCM/SP] (que data de 1976), bem como a construção do prédio da sua Escola

Superior de Contas (a qual foi baseada em anteprojeto de sua autoria)”, estando sua qualificação profissional de acordo com as exigências da Lei nº 13.877/2004 do Município de São Paulo;

b) observado o organograma do TCM/SP, o cargo de assessor de controle externo possui como “chefe imediato o Subsecretário Administrativo e como chefe mediato o Secretário Geral”, não existindo, na estrutura administrativa da Corte de Contas, relação de dependência e subordinação desse cargo com o de chefe de gabinete do Conselheiro Edson Simões;

c) o servidor de referência para a configuração do nepotismo – MIGUEL ROBERTO TIACCI KIRSTEN – “não possui competência para nomear servidores, indicar ou interferir no preenchimento dos cargos do TCM/SP”;

d) há decisão do Conselho Superior do *Parquet* do Estado de São Paulo, de 27/9/2011, no sentido de arquivar “inquérito que fora instaurado para apuração de eventual prática de nepotismo no âmbito da Administração Pública Municipal (que inclui este TCMSP), mesmo quando já existente o inquérito civil que ensejou a presente reclamação (instaurado em data anterior a outubro de 2010).”

Ao prestar as informações, a Corte de Contas do Município de São Paulo cientifica o cumprimento da decisão liminar e insiste nos fundamentos do agravo regimental para defender que não há violação dos princípios constitucionais da Administração Pública, tendo sido respeitado e preservado o interesse público tanto no ato de nomeação de JOSÉ BERTI KIRSTEN, em 2008, quanto nos 6 (seis) anos em que o servidor exerceu o cargo de assessor de controle externo do TCM/SP.

Na sessão de 25/8/15, o Ministro Gilmar Mendes apresentou a demanda a julgamento desta Segunda Turma, votando no sentido de julgar procedente a presente reclamação constitucional para determinar a exoneração de JOSÉ BERTI KIRSTEN.

Concluiu o Relator que a nomeação de JOSÉ BERTI KIRSTEN para o cargo de assessor de controle externo do TCM/SP violaria a Súmula Vinculante nº 13, uma vez que o servidor possui relação de parentesco de terceiro grau em linha colateral com ocupante de cargo de provimento em comissão também na Corte de Contas Municipal, MIGUEL ROBERTO TIACCI KIRSTEN, não sendo necessária, segundo Sua Excelência, a subordinação funcional ou hierárquica para fins de configuração objetiva de nepotismo.

Pedi vista dos autos para melhor analisar a matéria.

Aponta-se como paradigma de confronto a Súmula Vinculante nº 13, assim redigida:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em

qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

No precedente plenário desta Suprema Corte que deu ensejo à edição da Súmula Vinculante nº 13 – RE nº 579.951/RN, Relator o Ministro *Ricardo Lewandowski*, DJe de 23/10/08 –, firmou-se o entendimento de que a vedação ao nepotismo decorre diretamente do art. 37, *caput*, da Constituição Federal, em especial dos princípios da impessoalidade e da moralidade, informadores da Administração Pública.

Pedindo *venia* ao Relator, apresento voto divergente no tocante à conclusão pela prescindibilidade de *perquirição de projeção funcional ou hierárquica* do agente político ou do servidor público de referência com relação ao outro nomeado no processo de seleção para fins de configuração objetiva de nepotismo com fundamento na SV nº 13.

Entendo que a incompatibilidade da prática enunciada na Súmula Vinculante nº 13 com o art. 37, *caput*, da CF/88 não decorre diretamente da existência de relação de parentesco entre pessoa designada e agente político ou servidor público, mas da presunção de que a *escolha para ocupar cargo de direção, chefia ou assessoramento tenha sido direcionada* a pessoa com relação de parentesco com alguém que tenha potencial de interferir no processo de seleção.

Isso porque vedar o acesso de qualquer cidadão a cargo público *tão somente* em razão da existência de relação de parentesco com servidor público que *não tenha* competência para o selecionar ou o nomear para o cargo de chefia, direção ou assessoramento pleiteado, ou que não exerça ascendência hierárquica sobre aquele que possua essa competência é, em alguma medida, negar um dos princípios constitucionais a que se pretendeu conferir efetividade com a edição da Súmula Vinculante nº 13, qual seja, o princípio da impessoalidade.

Assim, concluo que a vedação do nepotismo consubstanciada no enunciado vinculante indicado como paradigma de confronto nesta reclamação tem o condão de resguardar a isenção do *processo de escolha* para provimento de cargo ou função pública de livre nomeação e exoneração.

Ao editar a Súmula Vinculante nº 13, embora não se tenha pretendido esgotar todas as possibilidades de configuração de nepotismo na Administração Pública, foram erigidos critérios *objetivos* de conformação, a saber:

- a) ajuste mediante designações recíprocas, quando inexistente a relação de parentesco entre a autoridade nomeante e o ocupante do cargo de provimento em comissão ou função comissionada;
- b) relação de parentesco entre a pessoa nomeada e a autoridade nomeante;
- c) relação de parentesco entre a pessoa nomeada e o ocupante de cargo de direção, chefia ou assessoramento a quem estiver subordinada;

d) relação de parentesco entre a pessoa nomeada e a autoridade que exerce ascendência hierárquica ou funcional sobre a autoridade nomeante.

Não há, nesta reclamatória, qualquer alegação de designações recíprocas mediante ajuste, bem como é incontroversa a ausência de relação de parentesco entre a autoridade nomeante (Conselheiro Edson Simões) e a pessoa designada (JOSÉ BERTI KIRSTEN).

A questão em debate, portanto, está em saber se o servidor gerador da incompatibilidade exerce ascendência hierárquica i) sobre a autoridade nomeante ou ii) sobre a pessoa designada, o que, conforme enunciado de Súmula Vinculante nº 13, teria o condão de fazer presumir que a relação de parentesco existente foi fator determinante para a escolha de JOSÉ BERTI KIRSTEN para o cargo de assessor de controle externo do TCM/SP.

Afasto, desde logo, a primeira hipótese, uma vez que Miguel Roberto Tiacci Kirsten (servidor de referência para fins de aferição da relação de parentesco supostamente geradora da incompatibilidade), ao contrário de exercer ascendência hierárquica, possui relação de subordinação em relação ao Conselheiro Edson Simões (autoridade nomeante), a cuja autoridade está submetido na condição de chefe de seu Gabinete no TCM/SP.

Resta, portanto, analisar a estrutura administrativa do Tribunal de Contas do Município de São Paulo a fim de se verificar a existência de hierarquia entre os cargos de chefe de gabinete da Presidência e de assessor de controle externo.

O “Título XI” da Lei nº 9.167/80 do Município de São Paulo, destinado à disciplina da “Organização Interna” do TCM/SP, era subdividido em 6 “Capítulos”, assim denominados, em ordem: “Dos Gabinetes” (no qual compreendidos os gabinetes da Presidência e dos demais Conselheiros), “Da Secretaria-Diretoria Geral”, “Da Secretaria de Fiscalização e Controle”, “Da Secretaria da Administração”, “Da Secretaria da Informática” e “Do Pessoal”.

A Lei municipal nº 13.877/2004, ao dispor “sobre a reorganização administrativa do Tribunal de Contas do Município de São Paulo e de seu Quadro de Pessoal”, revogou, entre outros, o teor do “Título XI” da Lei nº 9.167/80, agregando os dispositivos relacionados à “Organização Interna” do TCM/SP que interessam para a solução da presente demanda sob a denominação: i) “Dos Gabinetes dos Conselheiros” (arts. 3º – “Gabinete da Presidência” – e 4º – “Gabinetes dos Conselheiros”) e ii) “Da Secretaria Geral”, passando essa última a compreender a “Subsecretaria Administrativa e a Subsecretaria de Fiscalização e Controle” (art. 5º da Lei nº 13.877/90).

Trago as informações acima para destacar que os gabinetes dos Conselheiros do TCM/SP (incluído o do Presidente) são previstos como órgãos apartados na estrutura organizacional da Corte de Contas do Município de São Paulo desde a Lei nº 9.167/80, tendo sido mantida essa disciplina na Lei nº 13.877/2004, vigente quando efetivada a nomeação questionada na presente reclamação.

Prossigo.

Na Lei nº 13.877/2004, o cargo ocupado por MIGUEL ROBERTO TIACCI KIRSTEN (servidor de referência para apurar a incompatibilidade da nomeação) insere-se na estrutura administrativa do Gabinete da Presidência, disciplinada no art. 3º, *in verbis*:

O Gabinete da Presidência compõe-se de Chefia de Gabinete, Assessoria Especial da Presidência, Chefia de Cerimonial, Núcleo de Tecnologia da Informação, Assessoria de Imprensa, Assistência de Segurança e Escola de Contas.

De outra forma, o cargo de provimento em comissão para o qual JOSÉ BERTI KIRSTEN foi nomeado, a saber, assessor de controle externo, está compreendido no âmbito da Secretaria Geral da Corte de Contas municipal, mais especificamente na Subsecretaria de Administração, sob a direção do ocupante do cargo de provimento em comissão de “Secretário Geral” (*vide* anexos I a VIII da Lei nº 13.877/2004).

Dessa perspectiva e sem pretender esvaziar a possibilidade de acesso ao Poder Judiciário por via processual distinta da presente reclamação constitucional – no caso de subsistirem outros elementos de prova ou de direito suficientes à comprovação de favorecimento indevido no ato de nomeação de JOSÉ BERTI KIRSTEN para o cargo de provimento em comissão de assessor de controle externo do TCM/SP – concluo que o reclamante não logrou comprovar a existência de elemento essencial para a configuração *objetiva* de nepotismo no ato questionado com fundamento na Súmula Vinculante nº 13.

Ante o exposto, novamente pedindo *venia* ao Relator, voto no sentido de julgar improcedente a reclamação e, por consequência, cassar a decisão liminar anteriormente proferida.

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR):

Presidente, só para deixar claro. Esse é um caso que eu enquadraria como desses que está na linha divisória.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Eu tenho definido que, se é o caso de haver claríssima subordinação hierárquica ou troca de nomeações, a reclamação pode ser utilizada para afastar o ato concreto. Mas, quando não há elementos de caráter objetivo, não há uma hierarquia entre as pessoas pertinentes, quando elas não estão dentro da mesma estrutura, então, não vejo presentes os elementos objetivos para julgar procedente uma reclamação, sem prejuízo de que, por outras vias, se busque comprovar que aquilo, realmente, está afrontando as premissas da Súmula nº 13.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Não. É verdade. Nós já até discutimos aspectos da Súmula Vinculante nº 13, que foi uma iniciativa extremamente importante do Tribunal, mas detectamos que ela pretende quase que codificar

situações, quer dizer, dispor sobre uma série de situações de difícil disciplina na formulação bastante limitada de uma súmula.

O que tinha me impressionado aqui – mas eu vejo que Vossa Excelência espanca bem muitos argumentos – é o fato, é uma situação que se coloca de uma maneira, vamos chamar assim, reflexa ou indireta e que pode ocorrer em determinadas situações. No caso, o parentesco se dá com o chefe de gabinete do presidente do Tribunal e a função é de um responsável pelo trabalho de arquitetura, chefia desse segmento, desse departamento no âmbito do Tribunal de Contas. E isso pode ocorrer. Na prática, realmente, isso pode, de fato, ocorrer.

Nós temos na Câmara e Senado, por exemplo – a tradição é até positiva –, nomes de grande importância – política, inclusive – de diretores-gerais, secretários-gerais por tempo indeterminado. Imaginemos que viesse a se colocar a situação de nomeação de parentes dessas pessoas, ainda que em gabinetes de senadores ou deputados ou em outras funções, não é? E certamente a relação de parentesco aqui não se colocaria em face do presidente do órgão, mas, de fato, dessa autoridade com ascendência.

Então, foi essa a situação que se colocou, mas eu realmente não fecho questão, porque até citei o ministro Britto, que usava a expressão, aqui, do García de Enterría, para dizer do conceito jurídico indeterminado e que aqui há um núcleo fixo, mas há um núcleo aberto, quer dizer, há uma parte aberta. Então, realmente esse é um daqueles casos torturantes, e acho até que talvez a posição de Vossa Excelência seja mais...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

É, assim eu já votava na Primeira Turma. Eu dou provimento, ou melhor dizendo, julgo procedente a reclamação se os elementos objetivos me permitem verificar ofensa à Súmula nº 13; senão, isso tem que ser procurado nas vias ordinárias, e não na reclamação. Nós temos que lembrar que nós temos mais de cinco mil municípios no Brasil, nós temos milhares ou milhões de servidores públicos e, no âmbito de nomeação em cargos de comissão, mais de 100 mil no Brasil inteiro. Se aceitarmos reclamação aqui...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Teria que ser uma coisa chapada.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Então, por que eu analisei aqui? Houve a subordinação? Do ponto de vista formal, não houve. Pode ter havido alguma troca ali ou alguma influência? Teria que se verificar no caso concreto, e aí não é o meio adequado a reclamação, nem foro adequado o Supremo.

VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Estava justamente comentando com o Ministro Gilmar como a possibilidade de ajuizamento de reclamação atrai para o Tribunal uma série de questões que demandam exames de situações concretas às vezes muito delicadas.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – É quase um julgamento da causa em sede de reclamação.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Essa é a razão para limitar-se a aprovação exagerada de súmulas vinculantes, porque isso poderá transformar o Tribunal numa espécie de juiz universal de todas as questões.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Reclamatório Universal da União.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Eu penso que os critérios que Vossa Excelência adotou são adequados. Não há como, na via de reclamação, realmente, impugnar o ato de nomeação nesse caso. Eu vou pedir vênia ao Ministro Gilmar para acompanhar Vossa Excelência.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: *Peço vênia para acompanhar o voto do eminente Ministro DIAS TOFFOLI, julgando improcedente a presente reclamação, notadamente em face dos critérios objetivos que informaram a própria formulação do enunciado inscrito na Súmula Vinculante nº 13/STF.*

É o meu voto.

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Só para registrar, eu estou absolutamente confortável. Na verdade, vou deixar meu voto nesse sentido, mas vencido e convencido. Acho que Vossa Excelência trouxe, realmente, diretrizes.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

A necessidade de haver um caráter objetivo para fins de reclamação. O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Esse acho que é um caso que teve a impugnação do Ministério Público com esse tipo de insinuação: de que a influência se dava a partir da chefia de gabinete do Presidente. Mas se quisermos realmente ter essa orientação – e o ministro Teori chamou atenção de maneira adequada – nós vamos ampliar demais e trazer ao Tribunal essas querelas todas que decorrem, às vezes, de denunciismo, de providências que podem...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Veja, aqui mesmo, nos tribunais, nós temos pessoas com relação de parentesco no gabinete de A, no gabinete de B.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Sim. Claro. E que vem de forma autônoma, como nós sabemos.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Exatamente.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Quer dizer, eles são indicados autonomamente. Às vezes, marido e mulher, mas que foram, por razões diferentes, indicados.

EXTRATO DE ATA

RECLAMAÇÃO Nº 18.564

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. DIAS TOFFOLI

RECLTE.(S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RECLDO.(A/S) : TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

INTDO.(A/S) : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

Decisão: Após o voto do Relator, que julgava procedente a reclamação e prejudicado o agravo, o julgamento foi suspenso em virtude do pedido de vista formulado pelo Ministro Dias Toffoli. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. 2ª Turma, 25.08.2015.

Decisão: A Turma, por maioria, julgou improcedente a reclamação e, por consequência, cassou a decisão liminar anteriormente proferida, nos termos do voto do Ministro Dias Toffoli, Redator para o acórdão, vencido o Ministro Relator. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. 2ª Turma, 23.2.2016.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Teori Zavascki. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Cármen Lúcia.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Odim Brandão Ferreira.

Ravena Siqueira

Secretária

Superior Tribunal de Justiça

• • •

Jurisprudência Criminal

• • •

***HABEAS CORPUS* Nº 340.586 / RIO DE JANEIRO (2015/0281833-6)**

RELATOR: MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE: RAPHAEL FERREIRA DE MATTOS

ADVOGADO: RAPHAEL MATTOS – RJ091172

IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE: EVANDRO BERTINO JORGE (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. ART. 288, *CAPUT*, 304 (16 VEZES) E 344, TODOS DO CÓDIGO PENAL; ART. 1º, II, DO DECRETO-LEI Nº 201/1967 E ART. 90 DA LEI Nº 8.666/1993 (16 VEZES). INCOMPETÊNCIA DA AUTORA RELATORA PARA PERMANECER NA RELATORIA DA AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA APÓS ALTERAÇÃO NO REGIMENTO INTERNO. VÍCIO NÃO CARACTERIZADO. ATRIBUIÇÃO DE PROMOTOR DE JUSTIÇA PARA ATUAR NA AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA, DURANTE ATIVIDADE INSTRUTÓRIA. DELEGAÇÃO DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA. CONSTRANGIMENTO NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

1. Depreende-se dos autos que Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro recebeu a denúncia deflagrada contra o paciente, autoridade com prerrogativa de foro, instaurando-se, assim, a competente ação penal originária. Durante o processamento do feito, sobreveio alteração no regimento interno, por meio da Resolução TJ/TP/RJ nº 1/2015, de 22/6/2015, que extinguiu o órgão, ante o diminuto acervo e a desnecessidade de manter a estrutura então existente para seu funcionamento.

2. A competência para processar e julgar as ações penais instauradas contra os Prefeitos e Vereadores por crimes comuns, exceto os crimes contra vida, passou a ser atribuída, consoante

a modificação regimental, aos Grupos de Câmaras Criminais, órgãos que não contam com estrutura física e são compostos pelos integrantes das Câmaras Criminais.

3. Não há vício de competência a ser reconhecido se, em consonância com previsão do art. 1º, §1º, da Resolução TJ/TP/RJ nº 1/2015, o processo deflagrado contra o paciente, já existente na Seção Criminal extinta, foi remetido para a Câmara Criminal onde possui assento a relatora originária.

4. Incabível o pedido de nulidade do processo, *ab initio*, e de sua redistribuição aleatória a um dos Desembargadores do Tribunal, pois a modificação legislativa objetivou preservar a relatoria originária, não sendo aplicável, por analogia, normas adjetivas civis, se há previsão específica no Regimento Interno do Tribunal de Justiça e na Resolução TJ/TP/RJ nº 1/2015 acerca da matéria, consoante o exercício do poder de regulação normativa outorgado pelo art. 96, I, “a”, da Constituição Federal.

5. Incabível reconhecer a falta de atribuição de membros do Ministério Público de primeiro grau para atuar na atividade instrutória da ação penal de competência originária, porquanto houve delegação do Procurador-Geral de Justiça.

6. Aplicam-se à hipótese os arts. 11, XVII e 39, XVI, ambos da Lei Complementar Estadual nº 106/2003 e o art. 29, IX, da Lei nº 8.625/1993, que, sem fazer nenhuma distinção entre Procurador e Promotor de Justiça, estabelecem a possibilidade de o Procurador-Geral de Justiça delegar “a membro do Ministério Público” suas funções de órgão de execução.

7. Arguição de ofensa ao princípio do Promotor natural afastada, pois ausente designação seletiva ou casuística de acusador de exceção, com a finalidade de perseguição ao ocupante do cargo público. Não há conflito entre as atribuições do membro do Ministério Público, haja vista que, na hipótese de delegação para acompanhar atividade instrutória, o Promotor não age em nome próprio e sim no do Procurador-Geral de Justiça, do qual é *longa manus*.

8. *Habeas corpus* denegado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, denegar a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Maria

Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator. Dr. RAPHAEL MATTOS, pela parte PACIENTE: EVANDRO BERTINO JORGE.

Brasília (DF), 15 de dezembro de 2016.

MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

HABEAS CORPUS Nº 340.586 / RJ (2015/0281833-6)

RELATOR: MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE: RAPHAEL FERREIRA DE MATTOS

ADVOGADO: RAPHAEL MATTOS – RJ091172

IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE: EVANDRO BERTINO JORGE (PRESO)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

EVANDRO BERTINO JORGE estaria sofrendo coação ilegal no seu direito de locomoção, em decorrência de ato coator atribuído a Desembargadora do *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, Relatora da Ação Penal Originária nº 0018465-33.2015.8.18.0000.

Narra a impetração que o paciente, preso preventivamente desde 17/4/2015, foi denunciado por incursão no art. 288, *caput*, 304 (16 vezes) e 344, todos do CP; art. 1º, II, do Decreto-Lei nº 201/67 e art. 90 da Lei nº 8.666/1993 (16 vezes), todos na forma do art. 69 do CP. A denúncia foi recebida pela Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em 15/7/2015.

Além deste *writ*, a defesa impetrou, neste Superior Tribunal de Justiça: a) o HC nº 321.812/RJ – já julgado pela Sexta Turma – no qual impugnava a legalidade da prisão preventiva e b) o HC nº 336.228/RJ, relacionado às teses de excesso de prazo para o término da instrução criminal, desmembramento do processo e nulidade do procedimento, pois o réu não foi citado para se manifestar depois do recebimento da denúncia, *writ* ainda em fase de processamento.

Nas razões de pedir do *habeas corpus*, o impetrante sustenta duas novas nulidades: a) *incompetência da autoridade coatora para o processamento e julgamento da ação penal originária* e b) *falta de atribuição da Promotoria de Justiça para a atuação em ação penal de competência do Tribunal*.

Argumenta que a Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro foi extinta por meio da Resolução TJ/TP/RJ nº 01/2015 e, portanto, o processo deveria ter sido remetido à aleatória distribuição entre os Desembargadores integrantes dos Grupos de Câmaras Criminais, em atenção ao disposto no art. 87, *in fine*, do CPC.

Ademais, em todas as audiências fizeram-se presentes dois Promotores de Justiça – sem acompanhamento de Procurador de Justiça – sem atribuição para funcionar em ação penal de competência originária dos Tribunais.

Ante o exposto, a defesa requer a nulidade da ação penal originária.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem.

Pedido de sustentação oral juntado à fl. 394.

HABEAS CORPUS Nº 340.586 / RJ (2015/0281833-6)

EMENTA

HABEAS CORPUS. ART. 288, *CAPUT*, 304 (16 VEZES) E 344, TODOS DO CÓDIGO PENAL; ART. 1º, II, DO DECRETO-LEI Nº 201/1967 E ART. 90 DA LEI Nº 8.666/1993 (16 VEZES). INCOMPETÊNCIA DA AUTORA RELATORA PARA PERMANECER NA RELATORIA DA AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA APÓS ALTERAÇÃO NO REGIMENTO INTERNO. VÍCIO NÃO CARACTERIZADO. ATRIBUIÇÃO DE PROMOTOR DE JUSTIÇA PARA ATUAR NA AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA, DURANTE ATIVIDADE INSTRUTÓRIA. DELEGAÇÃO DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA. CONSTRANGIMENTO NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

1. Depreende-se dos autos que Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro recebeu a denúncia deflagrada contra o paciente, autoridade com prerrogativa de foro, instaurando-se, assim, a competente ação penal originária. Durante o processamento do feito, sobreveio alteração no regimento interno, por meio da Resolução TJ/TP/RJ nº 1/2015, de 22/6/2015, que extinguiu o órgão, ante o diminuto acervo e a desnecessidade de manter a estrutura então existente para seu funcionamento.

2. A competência para processar e julgar as ações penais instauradas contra os Prefeitos e Vereadores por crimes comuns, exceto os crimes contra vida, passou a ser atribuída, consoante a modificação regimental, aos Grupos de Câmaras Criminais, órgãos que não contam com estrutura física e são compostos pelos integrantes das Câmaras Criminais.

3. Não há vício de competência a ser reconhecido se, em consonância com previsão do art. 1º, §1º, da Resolução TJ/TP/RJ nº 1/2015, o processo deflagrado contra o paciente, já existente na Seção Criminal extinta, foi remetido para a Câmara Criminal onde possui assento a relatora originária.

4. Incabível o pedido de nulidade do processo, *ab initio*, e de sua redistribuição aleatória a um dos Desembargadores do Tribunal, pois a modificação legislativa objetivou preservar a relatoria originária, não sendo aplicáveis, por analogia, normas adjetivas civis, se há previsão específica no Regimento Interno do Tribunal de Justiça e na Resolução TJ/TP/RJ nº 1/2015 acerca da matéria, consoante o exercício do poder de regulação normativa outorgado pelo art. 96, I, “a”, da Constituição Federal.

5. Incabível reconhecer a falta de atribuição de membros do Ministério Público de primeiro grau para atuar na atividade instrutória da ação penal de competência originária, porquanto houve delegação do Procurador-Geral de Justiça.

6. Aplicam-se à hipótese os arts. 11, XVII e 39, XVI, ambos da Lei Complementar Estadual nº 106/2003 e o art. 29, IX, da Lei nº 8.625/1993, que, sem fazer nenhuma distinção entre Procurador e Promotor de Justiça, estabelecem a possibilidade de o Procurador-Geral de Justiça delegar “a membro do Ministério Público” suas funções de órgão de execução.

7. Arguição de ofensa ao princípio do Promotor natural afastada, pois ausente designação seletiva ou casuística de acusador de exceção, com a finalidade de perseguição ao ocupante do cargo público. Não há conflito entre as atribuições do membro do Ministério Público, haja vista que, na hipótese de delegação para acompanhar atividade instrutória, o Promotor não age em nome próprio e sim no do Procurador-Geral de Justiça, do qual é *longa manus*.

8. *Habeas corpus* denegado.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

O paciente foi preso preventivamente em 17/4/2015, por decisão proferida por Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nos autos do Procedimento nº 2014.0263139. Posteriormente, o Ministério Público o denunciou por incursão nos art. 288, *caput*, 304 (16 vezes) e 344, todos do Código Penal, art. 1º, II, do Decreto-Lei nº 201/1967 e art. 90 da Lei nº 8.666/1993 (16 vezes).

A *Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro* recebeu a exordial acusatória, em 15/7/2015, instaurando-se, assim, a Ação Penal Originária nº 008465-33.2015.8.19.0000.

Durante o processamento do feito, sobreveio alteração do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por meio da Resolução TJ/TP/RJ 01/2015. Em virtude do diminuto acervo do órgão, que possuía apenas 139 processos

(em janeiro de 2015), e da desnecessidade de manter estrutura de cargos, servidores e local físico para seu processamento, deliberou-se pela extinção da Seção Criminal do Tribunal. Confira-se o teor do art. 1º da Resolução TJ/TP/RJ nº 01/2015:

Art. 1º – Fica extinta a Seção Criminal, cuja competência passa a ser exercida pelo Órgão Especial, os Grupos de Câmaras Criminais e as Câmaras Criminais, nos termos desta Resolução. Parágrafo único – *Os processos já existentes na Seção Criminal serão remetidos para as Câmaras Criminais onde possuem assentos os respectivos Relatores, com anotação nos sistemas informatizados.*

A competência para processar e julgar ações penais originárias contra Prefeitos e Vereadores nos crimes comuns, exceto os crimes dolosos contra vida, *passou a ser exercida por quatro Grupos de Câmaras Criminais*, conforme previsão expressa do art. 7º, parágrafo único, I, “e”, da resolução, *in verbis*:

Art. 7º – Os Grupos de Câmaras Criminais, que não contarão com estrutura física, no total de quatro, serão assim compostos:

[...]

Parágrafo único – Cada Grupo, presidido pelo Desembargador mais antigo, tem competência para:

I – processar e julgar:

[...]

e) as ações penais instauradas contra os Prefeitos Municipais e Vereadores por crimes comuns, exceto os crimes dolosos contra vida.

Suprimida a Seção Criminal, a autoridade apontada como coatora determinou a redistribuição dos processos, de acordo com o art. 1º, § 1º da Resolução TJ/TP/RJ nº 01/2015. A ação penal originária foi remetida, então, para o Segundo Grupo de Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, onde possuía assento a Desembargadora relatora, julgando-se procedente a pretensão punitiva.

I. Arguição de incompetência para o processamento e julgamento da Ação Penal Originária nº 008465-33.2015.8.19.0000

A defesa, nas razões de pedir do *habeas corpus*, afirma que, consoante o art. 87, *in fine*, do antigo CPC, extinta a Seção Criminal que recebeu a exordial, *não poderia remanescer a competência da então Relatora para processar o feito*, mas haver *livre distribuição do processo* a um dos Desembargadores integrantes dos Grupos de Câmaras Criminais, em atenção à lei processual civil.

Assim não me parece.

Determinou-se a competência para processar e julgar o paciente no momento do oferecimento da denúncia, oportunidade em que o feito foi distribuído, de forma aleatória, a Desembargadora integrante da Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Considerou-se, objetivamente, a autoridade que figurava como sujeito passivo da ação penal e as disposições regimentais do Tribunal para realizar a atribuição do feito e estabelecer a relatoria originária.

Em decorrência da superveniente extinção da Seção Criminal por meio da Resolução TJ/TP/RJ nº 1/2015, de 22/6/2015, foi adotada a providência estabelecida no art. 1º, § 1º do ato normativo em apreço. A ação penal originária deflagrada contra o paciente foi remetida para o Segundo Grupo de Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, onde possuía assento a respectiva Desembargadora relatora. O órgão julgou procedente a pretensão punitiva e condenou o paciente a 20 anos de reclusão, em regime fechado, e a 32 anos de detenção, em regime semiaberto (1 ano de reclusão – art. 288 do CP; 2 anos de detenção e 10 dias-multa – art. 90 da Lei nº 8.666/93; 2 anos de reclusão – art. 1º, I, do Decreto-Lei nº 201/1967; 2 anos de detenção e 10 dias-multa para cada um dos 15 crimes do art. 90 da Lei nº 8.666/1993; 1 ano de reclusão e 10 dias-multa para cada um dos 16 crimes do art. 304 do CP e 1 ano de reclusão e 10 dias-multa – art. 344, c/c o art. 29, ambos do CP, e concurso material).

A ação penal permaneceu sob a relatoria originária porque havia expressa previsão regimental, não havendo falar em aplicação, por analogia, de lei processual civil, haja vista a ausência de lacuna a ser integrada. O fato é que ocorreu mera reestruturação administrativa interna, no exercício, pelo Tribunal local, do poder de regulação normativa outorgado pela Constituição Federal. Confira-se o art. 96, I, “a”, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 96. Compete privativamente:

I – aos tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;

O Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro alterou o regimento interno e dispôs, expressamente:

Art. 1º – Fica extinta a Seção Criminal, cuja competência passa a ser exercida pelo Órgão Especial, os Grupos de Câmaras Criminais e as Câmaras Criminais, nos termos desta Resolução.

§1º – *Os processos já existentes na Seção Criminal serão remetidos para as Câmaras Criminais onde possuem assento os respectivos relatores, com anotação nos sistemas informatizados.*

§2º – Se a competência for do Órgão Especial, *continuarão vinculados o relator e o revisor originários, se o integrarem. Caso contrário, haverá redistribuição aos componentes do Órgão Especial.*

§3º – O processamento do feito de competência dos Grupos de Câmaras Criminais será realizado pelas Secretarias das Câmaras Criminais onde tiver assento o respectivo relator.

Nesta ordem de ideias, originariamente distribuído o processo a Desembargadora integrante da Seção Criminal e extinto o órgão fracionário por modificação legislativa, de incidência imediata, não verifico ilegalidade na remessa do feito ao Grupo de Câmara Criminal onde possuía assento a respectiva relatora, em consonância com a previsão expressa do art. 1º, §2º da Resolução TJ/TP/RJ 01/2015, *in verbis*: “os processos já existentes na Seção Criminal serão remetidos para as Câmaras Criminais onde possuem assento os respectivos relatores”.

A hipótese prevista na parte final do art. 1º, §2º, da resolução não se aplica ao paciente, pois alcança apenas os processos de competência do Órgão Especial, naqueles casos específicos em que o relator e o revisor originários *não integrem o colegiado*, sendo explícito o objetivo da norma em preservar a relatoria originária.

O silêncio não existe, nem é ensurdecador, como assevera a defesa. A norma, evidentemente, prestigia a relatoria originária dos 139 processos existentes na Seção Criminal extinta. Há expressa determinação de remessa dos feitos às Câmaras Criminais onde possuíam assento os respectivos relatores e previsão taxativa, na hipótese específica de competência do Órgão Especial, de redistribuição somente *se o relator e o revisor originários não integrem o colegiado*.

A interpretação do impetrante, de que deveria ser realizada nova distribuição aleatória de todos os processos da Seção Criminal extinta, esbarra no brocardo “*commodissimum est, it accipi, quo res de qua agitur magis valeat quem pereat*” (prefira-se a inteligência dos textos que torne viável o seu objetivo, ao invés da que os reduz à inutilidade).

A norma editada pelo Tribunal de Justiça não contrariou critério de competência estabelecido no art. 87 do antigo CPC e foi exarada no exercício de atribuições conferidas ao órgão pelo art. 96, I, da CF. Acresça-se, ainda, não haver sido aplicada, por analogia, a regra de prevenção, mas a providência expressamente determinada pela Resolução TJ/TP/RJ nº 1/2015.

Assim, afasto a tese de violação do princípio do Juiz natural, pois a ação penal originária foi processada e julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por órgão fracionário ao qual o regimento interno atribui competência para processar e julgar Prefeito por crime comum (exceto crime contra vida). Inviável a pretensão de manter a reunião excepcional do 2º Vice-Presidente do TJRJ e dos 16 Desembargadores que possuíam assento na extinta Seção Criminal para, em verdadeiro Tribunal de Exceção, julgar somente o paciente.

Aliás, de todo inconveniente é irrazoável modificar a relatoria de um processo – salvo por razões não declinadas nesta inicial – se toda a construção de um procedimento

jurisdicional depende ou, ao menos, se otimiza, quando o próprio julgador que iniciou a instrução profere a decisão final (identidade física do juiz). Por isso é que a norma regimental retro destacada prestigiou a manutenção dos feitos sob o mesmo relator, se também integrante do novo órgão a quem se direcionaria o processo.

II. Falta de atribuição de membro do Ministério Público de primeiro grau para atuar em ação penal de competência originária do Tribunal

A defesa assere que nas audiências para a oitiva das testemunhas na ação penal originária fizeram-se presentes Promotores de Justiça.

A instância ordinária consignou: “Neste aspecto, observe-se a existência de delegação do Procurador-Geral de Justiça aos Promotores que atuam na atividade instrutória, conforme documento de folha 10.612” (fl. 360).

É de se notar a designação do membro do Ministério Público para acompanhar os atos da instrução, consoante se infere do registro da ata de fl. 135. Está caracterizada, portanto, a regular delegação do Procurador-Geral de Justiça aos Promotores que atuaram na atividade instrutória, com fulcro nos arts. 11, XVII e 39, XVI, ambos da Lei Complementar Estadual nº 106/2003 e art. 29, IX, da Lei nº 8.625/1993, o que afasta a tese de nulidade das provas amealhadas.

A teor da Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – Lei Complementar nº 106, de 3/1/2003 –, compete ao Procurador-Geral de Justiça: a) art. 11, XVII – declarar a atribuição de membro do Ministério Público para participar de determinado ato ou atuar em procedimento judicial ou extrajudicial; b) art. 39, XVI – exercer ou delegar a membro da Instituição qualquer função atribuída ao Ministério Público nas Constituições Federal e Estadual, nesta e em outras leis, quando não conferida, expressamente, a outro órgão e c) art. 39, XVII – delegar a membro do Ministério Público suas funções de órgão de execução.

A providência é salutar em processos de competência originária dos Tribunais, sendo comum, também no âmbito das Cortes Superiores, a colheita de provas sob a supervisão de Juiz instrutor. Confira-se, a respeito das ações penais originárias de competência deste Superior Tribunal, previsão expressa do art. 225, §1º, do regimento interno: “O relator poderá delegar a realização do interrogatório ou de outro ato de instrução a Juiz ou membro de Tribunal do local de cumprimento da carta de ordem”.

A arguição de ofensa ao princípio do Promotor natural deve ser afastada, pois ausente designação seletiva ou casuística de acusador de exceção, com a finalidade de perseguição ao ocupante do cargo público.

Destarte, na hipótese de delegação para acompanhar atividade instrutória, o Promotor não age em nome próprio e sim do Procurador-Geral de Justiça, do qual é *longa manus*.

Não verifico, ainda, antinomia de normas em relação à Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, que conduza à interpretação restritiva de não ser possível a indicação de membro do Ministério Público de primeiro grau para acompanhar

atividade probatória de processo de competência originária, por regular delegação do Procurador-Geral de Justiça. Aplica-se à hipótese, a meu ver, o art. 29, IX, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, que não faz nenhuma distinção entre membros da 1ª e da 2ª instância, *in verbis*:

Art. 29. Além das atribuições previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, compete ao Procurador-Geral de Justiça:

[...]

IX – delegar a membro do Ministério Público suas funções de órgão de execução.

Assim, rechaço a tese de ofensa ao princípio do Promotor natural ou de conflito de atribuição da Promotoria, em 1ª instância. A designação de Promotor para acompanhar a atividade instrutória foi realizada em consonância com as disposições da Lei Complementar nº 106, de 3/1/2003 e o art. 29, IX, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, que estabelecem, sem fazer nenhuma distinção entre Procurador e Promotor de Justiça, a possibilidade de o Procurador-Geral de Justiça delegar “a membro do Ministério Público” suas funções de órgão de execução.

III. Dispositivo

À vista do exposto, **denego a ordem de habeas corpus.**

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0281833-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC Nº 340.586 / RJ

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00184653320158190000 184653320158190000 201401263139

EM MESA

JULGADO: 15/12/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE: RAPHAEL FERREIRA DE MATTOS

ADVOGADO: RAPHAEL MATTOS – RJ091172

IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE: EVANDRO BERTINO JORGE (PRESO)

CORRÉU: ALBERTO AHMED

CORRÉU: ROBERTO PINTO DOS SANTOS

CORRÉU: LEONEL SILVA BERTINO ALGEBAIL

CORRÉU: EDISON NOGUEIRA

CORRÉU: FRANCISCO DE ASSIS FERREIRA

CORRÉU: BRUNA SEIBERLICH DE SOUZA

CORRÉU: PRISCILA TEREZA CONCEIÇÃO DOS SANTOS MARTINS LEÃO

CORRÉU: LUIZ CARLOS DE OLIVEIRA

CORRÉU: HELTON JORGE BRAGA

CORRÉU: DANIELE DOS SANTOS COELLAR

CORRÉU: YASMIN DE OLIVEIRA DA CONCEIÇÃO

CORRÉU: ELI VIEIRA PEIXOTO

CORRÉU: SIDNEY JOSE FERREIRA DA SILVEIRA

CORRÉU: MARCOS ANTONIO DA SILVA SANTOS

CORRÉU: WAGNER JESUS MATTOS

CORRÉU: EIDILA MOREIRA DE SOUSA

CORRÉU: LUIZ ANTONIO DE SOUZA VARELLA

CORRÉU: BENEDITO VIEIRA DE SOUZA NETO

CORRÉU: EDMAR EVANGELISTA DO NASCIMENTO

CORRÉU: RODRIGO BARCELLOS CABRAL

CORRÉU: LEANDRO BARCELLOS CABRAL

CORRÉU: DOUGLAS SOUZA ALVES

CORRÉU: EDGAR JOSE DA COSTA ABADE

CORRÉU: ISAIRES ALVES GAERRELHAS SALVADOR

CORRÉU: VICTOR MANUEL DA SILVA VILLAR

CORRÉU: TANIA MARIA SANTANA

CORRÉU: MARCOS AURELIO ALVES DE OLIVEIRA

CORRÉU: JULIO ROBERTO ALVES DE OLIVEIRA

CORRÉU: ANTONIO VILARDO

CORRÉU: ALBANO KLEIN COSTA

CORRÉU: MARCIO DA SILVA DIAS

CORRÉU: LOURIVAL FELIX DA SILVA

CORRÉU: CLAYTON CHRISTIE THURLER

CORRÉU: FAUSTO PINTO DE CARVALHO

CORRÉU: RAFAEL PASSOS DE CARVALHO

CORRÉU: JOSE MARIA DE PINHO

CORRÉU: LEONARDO DOS SANTOS

CORRÉU: DANIEL DA SILVA VILLAR

CORRÉU: LUCIENE PATRICIO DE SOUSA

CORRÉU: FERNANDA TEIXEIRA BARRETO

CORRÉU: SANDRO RIBEIRO

CORRÉU: NELSON FERREIRA DE CARVALHO

CORRÉU: ANDRE LUIS RABELO MARTINS

ASSUNTO: DIREITO PENAL – Crimes contra a Fé Pública – Uso de documento falso.

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr. RAPHAEL MATTOS, pela parte PACIENTE: EVANDRO BERTINO JORGE.

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, denegou a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.177.910 / SERGIPE
(2010/0009495-0)**

RELATOR: MINISTRO HERMAN BENJAMIN

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE

RECORRIDO: RENATO SANTANA DE OLIVEIRA

RECORRIDO: ISAQUE HÉVERTON DIAS CANGUSSU

ADVOGADOS: MARCEL COSTA FORTES

VALMIR FLORIANO VIEIRA DE ANDRADE E OUTRO(S)

INTERES.: HERÁCLITO MENEZES DA SILVA

INTERES.: CLÁUDIO MÁRCIO SANTOS MATOS

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. POLICIAIS CIVIS. TORTURA. OFENSA AOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. PRECEDENTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

Histórico da demanda

1. Cuida-se, na origem, de Ação de Improbidade Administrativa proposta pelo Ministério Público estadual contra o ora recorrido, policial, pela prática de supostos atos de tortura.
2. O Juiz de 1º Grau recebeu a petição inicial e desta decisão os réus, ora recorridos, interpuseram Agravo de Instrumento.
3. O Tribunal *a quo* deu provimento ao Agravo de Instrumento para trancar a Ação de Improbidade Administrativa e assim consignou na decisão: “Não obstante a gravidade dos fatos narrados na referida Ação Civil, dando conta da prática abominável de Tortura perpetrada por agentes policiais contra presos mantidos sob a sua custódia, que sem sombra de dúvidas merecem e devem ser cuidadosamente investigados, entendendo não ser a Ação por Improbidade Administrativa a via adequada para tanto. *In casu*, o autor/agravado embasa a demanda em fatos ocorridos na Comarca de Lagarto, sustentando, em suma, terem submetido alguns presos que se encontravam custodiados na

delegacia local a “espancamentos, asfixia e graves ameaças, para confessaram a prática de crimes”, configurando, segundo alega, ato de improbidade administrativa por violação dos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade e imparcialidade da Administração Pública, nos termos do art. 11, caput, e inciso I, da Lei nº 8.429/92, como também nas condutas previstas no art. 10, §20, da Lei nº 9.455/97 (Lei de Tortura).” (fls. 122-123, grifo acrescentado).

Tortura: improbidade administrativa

4. Injustificável pretender que os atos mais gravosos à dignidade da pessoa humana e aos direitos humanos, entre os quais se incluem a tortura, praticados por servidor público, quanto mais policial armado, sejam punidos apenas no âmbito disciplinar, civil e penal, afastando-se a aplicação da Lei da Improbidade Administrativa.

5. Conforme orientação jurisprudencial do STJ, eventual punição administrativa do servidor faltoso não impede a aplicação das penas da Lei de Improbidade Administrativa, porque os escopos de ambas as esferas são diversos; e as penalidades dispostas na Lei 8.429/1992, mais amplas. Precedentes: MS 16.183/DF, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Seção, DJe 21.10.2013, MS 15.054/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Gilson Dipp, Terceira Seção, DJe 19.12.2011, MS 17.873/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 2.10.2012, AgRg no AREsp nº 17.974/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 11.11.2011, MS 12.660/DF, Rel. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Terceira Seção, DJe 22.8.2014, e MS 13.357/DF, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, DJe 18.11.2013.

Universo dos sujeitos abrangidos pelas sanções da Lei 8.429/92

6. “A Lei 8.429/1992 objetiva coibir, punir e afastar da atividade pública todos os agentes que demonstraram pouco apreço pelo princípio da *juridicidade*, denotando uma degeneração de caráter incompatível com a natureza da atividade desenvolvida” (REsp nº 1.297.021/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 12.11.2013, DJe 20.11.2013).

Universo das vítimas protegidas pela Lei 8.429/92

7. A detida análise da Lei 8.429/1992 demonstra que o legislador não determinou expressamente quais seriam as vítimas mediatas ou imediatas da atividade ímproba para fins de configuração do ato ilícito. Impõe, sim, que o agente público respeite o sistema jurídico em vigor, pressuposto da boa e correta Administração Pública. Essa ausência de menção explícita certamente decorre

da compreensão de que o ato ímprobo é, muitas vezes, fenômeno pluriofensivo, de tal modo que pode atingir bens jurídicos e pessoas diversos de maneira concomitante.

8. Na avaliação do ato de improbidade administrativa, o primordial é verificar se, entre os bens atingidos pela postura do agente público, existe algum vinculado ao interesse e ao bem público. Se assim for, como consequência imediata, a Administração Pública estará vulnerada; e o art. 1º da Lei 8.429/1992, plenamente atendido.

Ofensa aos princípios administrativos por policiais civis e militares

9. No caso dos autos, trata-se de discussão sobre séria arbitrariedade e grave atentado a direitos humanos fundamentais. Como resultado, tal postura imprópria tem o condão de afrontar não só a Constituição da República (arts. 1º, III, e 4º, II) e a legislação infraconstitucional, mas também tratados e convenções internacionais, a exemplo da Convenção Americana de Direitos Humanos (promulgada pelo Decreto 678/1992). Possibilidade, pois, de responsabilização nas ordens interna e externa.

10. Nos termos do art. 144 da Constituição Federal, as forças de segurança são vocacionadas à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas. Assim, o agente público incumbido da missão de garantir o respeito à ordem pública, como é o caso do policial, ao descumprir com suas obrigações legais e constitucionais de forma frontal, mais que atentar apenas contra um indivíduo, atinge toda a coletividade e a corporação a que pertence de forma imediata.

11. O legislador, ao prever, no art. 11 da Lei 8.429/1992, que constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de lealdade às instituições, findou por tornar de interesse público, e da própria Administração, a proteção da legitimidade social, da imagem e das atribuições dos entes/entidades estatais. Daí resulta que atividade que atente gravemente contra esses bens imateriais tem a potencialidade de ser considerada improbidade administrativa.

12. A tortura perpetrada por policiais contra presos mantidos sob a sua custódia tem ainda outro reflexo jurídico imediato, que é o de gerar obrigação indenizatória ao Estado, nos termos do art. 37, §6º, da Constituição Federal. Há aí, como consequência, interesse direto da Administração Pública.

Uso ilegal de Bens e Prédios Públicos

13. Na hipótese dos autos, o ato ímprobo se caracteriza quando se constata que as vítimas foram torturadas, em *instalações públicas*,

ou melhor, na Delegacia de Polícia. O V. Acórdão recorrido afirma: ...*"terem submetido alguns presos que se encontravam custodiados na delegacia local a 'espancamentos, asfixia e graves ameaças, para confessaram a prática de crimes'"* (fls. 122-123, grifo acrescentado).

Conclusão: violência policial arbitrária é ato que viola frontalmente os mais elementares princípios da Administração Pública

14. A violência policial arbitrária não é ato apenas contra o particular-vítima, mas, sim, contra a própria Administração Pública, ferindo suas bases de legitimidade e respeitabilidade. Tanto assim que essas condutas são tipificadas, entre outros estatutos, no art. 322, do Código Penal, que integra o Capítulo I (*"Dos Crimes Praticados por Funcionário Público contra a Administração Pública, grifo acrescentado"*), que por sua vez está inserido no Título XI (*"Dos Crimes contra a Administração Pública"*), e também nos artigos 3º e 4º da Lei 4.898/65, que trata do abuso de autoridade.

15. Em síntese, *atentado à vida e à liberdade individual de particulares, praticado por agentes públicos armados – incluindo tortura, prisão ilegal e "justiciamento" –, afora repercussões nas esferas penal, civil e disciplinar, pode configurar improbidade administrativa, porque, além de atingir a pessoa-vítima, alcança simultaneamente interesses caros à Administração em geral, às instituições de segurança pública em especial e ao próprio Estado Democrático de Direito.* Nesse sentido: REsp nº 1081743/MG, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 24.3.2015, acórdão ainda não publicado.

16. Recurso Especial conhecido e *provido para determinar o retorno dos autos à origem, a fim de que seja recebida a petição inicial da Ação de Improbidade Administrativa.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA Seção do Superior Tribunal de Justiça: *"A Seção, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."* Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Og Fernandes, Benedito Gonçalves, Assuete Magalhães, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região) e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília, 26 de agosto de 2015 (data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN

Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 1.177.910 / SE (2010/0009495-0)

RELATOR: MINISTRO HERMAN BENJAMIN

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE

RECORRIDO: RENATO SANTANA DE OLIVEIRA E OUTROS

ADVOGADOS: ARIVALDO BARRETO CONCEIÇÃO JUNIOR

ARNALDO DE A. MACHADO JÚNIOR

RECORRIDO: ISAQUE HÉVERTON DIAS CANGUSSU

ADVOGADOS: ARIVALDO BARRETO CONCEIÇÃO JUNIOR

ARNALDO DE A. MACHADO JÚNIOR E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Recurso Especial (art. 105, III, “a”, da CF) interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe cuja ementa é a seguinte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – DELEGADOS DE POLÍCIA – LESÃO A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS – PRÁTICA, EM TESE, DE TORTURA – INEXISTÊNCIA DE ATO ADMINISTRATIVO – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – TRANCAMENTO DA AÇÃO – §§8º E 10 DO ART. 17 DA LEI 8.429/92 – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO – DECISÃO UNÂNIME.

– O agente público que agride e tortura os presos sob sua custódia, salvo melhor juízo, comete um crime, no caso específico o de tortura, nos termos dos arts. 1º e 2º da Lei 9.455/97, e não ato administrativo.

– Não existindo ato administrativo praticado pelos agravantes, mas a possível prática de crime de tortura, não há que se falar em improbidade administrativa, devendo o caso ser resolvido na esfera penal, mediante a instauração de inquérito policial, ante a gravidade dos fatos noticiados na inicial da Ação Civil de Improbidade movida pelo Ministério Público. (fl. 118).

O Ministério Público estadual alega violação do art. 11, 12, 17, §8º, da Lei de Improbidade Administrativa. Sustenta que a petição inicial da Ação de Improbidade Administrativa deve ser recebida, pois o crime de tortura também ofende os princípios administrativos, configurando ato de improbidade.

Contrarrazões apresentadas às fls. 149-169.

O Ministério Público Federal se manifestou às fls. 187-191, pelo conhecimento e provimento do Recurso Especial. É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Cuida-se, na origem, de Ação de Improbidade Administrativa proposta pelo Ministério Público estadual contra os ora recorridos, policiais, pela prática de supostos atos de tortura.

O Juiz de 1º Grau recebeu a petição inicial e desta decisão, os réus, ora recorridos, interpuseram Agravo de Instrumento.

O Tribunal *a quo* deu provimento ao Agravo para trancar a Ação de Improbidade Administrativa e assim consignou na decisão:

Não obstante a gravidade dos fatos narrados na referida Ação Civil, dando conta da prática abominável de Tortura perpetrada por agentes policiais contra presos mantidos sob a sua custódia, que sem sombra de dúvidas merecem e devem ser cuidadosamente investigados, entendo não ser a Ação por Improbidade Administrativa a via adequada para tanto.

In casu, o autor/agravado embasa a demanda em fatos ocorridos na Comarca de Lagarto, sustentando, em suma, terem submetido alguns presos que se encontravam custodiados na delegacia local a “espancamentos, asfixia e graves ameaças, para confessaram a prática de crimes”, configurando, segundo alega, ato de improbidade administrativa por violação dos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade e imparcialidade da Administração Pública, nos termos do art. 11, caput, e inciso I, da Lei nº 8.429/92, como também nas condutas previstas no art. 10, §20, da Lei nº 9.455/97 (Lei de Tortura).

(...)

Não existindo, portanto, ato administrativo praticado pelos agravantes, na hipótese dos autos, mas a possível prática de crime de tortura, não há que se falar em improbidade administrativa, devendo o caso ser resolvido na esfera penal, mediante a instauração de inquérito policial, ante a gravidade dos fatos noticiados na inicial da Ação Civil de Improbidade movida pelo Ministério Público.

Ora, pacífico o entendimento doutrinário de que, no que diz respeito aos aspectos penais da lei de improbidade, impõe-se exegese idêntica a que se empreende com relação às figuras típicas penais, quanto à necessidade de a improbidade caracterizar-se como um ato imoral com feição de corrupção de natureza econômica, conduta inexistente no tipo penal de tortura, cujo bem jurídico protegido é completamente diverso da Lei de Improbidade.

(...)

A prática de um crime comum, sem qualquer conotação administrativa, por mais reprovável que seja, não autoriza a aplicação da lei de improbidade, máxime quando disponível, em nosso ordenamento jurídico, os meios adequados para a sua repressão e punição.

Patente, no caso, a impropriedade da via eleita, devendo processo ser extinto sem resolução do mérito, nos termos dos §§8º e 10 do art. 17 da Lei nº 8.429/92. (fls.122-128, grifei).

Inicialmente esclareço que o STJ firmou o entendimento de que há independência das esferas penal, cível e administrativa.

Nesse sentido:

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INFRAÇÃO DISCIPLINAR GRAVE. ATO DE IMPROBIDADE. CONTRATAÇÃO DIRETA SEM LICITAÇÃO PARA DESENVOLVIMENTO DE PROJETO DE PESQUISA. DEMISSÃO APLICADA EM PROCESSO ADMINISTRATIVO.

Infração disciplinar grave que constitui ato de improbidade é causa de demissão independente de processo judicial prévio.

Independência das instâncias administrativa e instância judicial civil e penal.

O que distingue o ato de improbidade administrativa da infração disciplinar por improbidade, e assim a necessidade ou não de prévia ação judicial, é a natureza da infração, pois a lei funcional tutela a conduta do servidor, estabelecendo regime jurídico próprio, enquanto a lei de improbidade dispõe sobre sanções aplicáveis a todos os agentes públicos, servidores ou não, no interesse da preservação e integridade do patrimônio público.

Quando o ato do servidor é ato típico de improbidade em sentido estrito tipificado nos arts. 9º, 10 ou 11 da Lei nº 8.492/1992 e se pretende a aplicação das penalidades ali previstas, além da demissão, a investigação prévia deve ser judicial. As improbidades não previstas ou fora dos limites da lei de improbidade ainda quando se recomenda a demissão, sujeitam-se à lei estatutária, prevalecendo, portanto, o art. 132, IV da Lei nº 8.112/90.

Caso em que o servidor desatendeu regra de administração caracterizando comportamento infringente da disciplina estatutária.

Falta grave que justifica a demissão.

Precedentes do STF que não ficam desautorizados pelo acórdão no MS 24.699-DF (Eros Grau, 1ª Turma) em sentido contrário. Precedentes da 3ª Seção do STJ unânimes.

Mandado de Segurança denegado, cassada a medida liminar.

(MS 15.054/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro GILSON DIPP, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 19/12/2011) (grifei).

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INDEPENDÊNCIA DAS

ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL.

1. *Pacificou-se na doutrina e na jurisprudência o entendimento segundo o qual a esfera administrativa só se subordina à penal na hipótese de sentença criminal absolutória que reconheça a não ocorrência do fato ou negue a sua autoria, o que não é o caso dos autos, em que a absolvição veio lastreada no inciso VII do art. 386 do Código de Processo Penal, ou seja, por insuficiência de provas.*

2. *Impõe-se considerar que, na esfera administrativa, restou devidamente comprovada a existência de prática dolosa de infração administrativa, consistente no validamento do cargo para lograr interesse pessoal e de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, pois o impetrante propiciou proveito à empresa Navegação Mansur S/A, ao deixar de constituir regularmente créditos relativos a contribuições previdenciárias devidas, bem como de emitir Representação Fiscal para fins penais por indícios de crime contra a Previdência Social.*

3. *Embora possam se originar a partir do mesmo fato ilícito, a aplicação de penalidade de demissão realizada no Processo Administrativo Disciplinar decorreu da aplicação da Lei 8.112/90 (arts. 116, II, e 117, IX), e, de forma alguma, confunde-se com a ação de improbidade administrativa, processada perante o Poder Judiciário, a quem incumbe a aplicação das penalidades previstas no art. 12 da Lei 8.429/92.*

4. *Recurso ordinário em mandado de segurança não provido. (MS 17.873/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 02/10/2012) (grifei).*

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VEREADOR QUE NOMEIA FUNCIONÁRIOS SOB CONDIÇÃO DE ENTREGA DE PARTE DE SEUS SALÁRIOS. VIOLAÇÃO

DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. OMISSÃO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 935 DO CC E ART. 66 DO CPP. NÃO DEPENDÊNCIA DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA EM RELAÇÃO À AÇÃO PENAL. NÃO DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DO FATO OU DE NEGATIVA DE AUTORIA. PRECEDENTES. ARTS. 9º E 12 DA LEI Nº 8.429/92. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO CONSIGNADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO DAS PENALIDADES APLICADAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA Nº 7/STJ.

1. Hipótese na qual se discute ato de improbidade administrativa decorrente da apropriação, pelo vereador, de parte dos salários dos funcionários de seu gabinete.

2. O Tribunal de origem, soberano em matéria de fatos e provas, com suporte em análise circunstancial do acervo fático-probatório, consignou ter havido enriquecimento ilícito, porquanto o requerido, “no período de março de 1.996 a dezembro de 1.997 auferiu vantagem patrimonial indevida (...) conduta ímproba capitulada no *caput* do art. 9º da Lei nº 8.429/92”.

3. Cabe afastar a alegada nulidade do acórdão recorrido por omissão quanto à comprovação do enriquecimento ilícito, pois o tribunal de origem consignou expressamente que o recorrente “auferiu vantagem patrimonial indevida”, não sendo obrigado, por outro lado, a enfrentar meros aspectos ou questões da lide, os quais ficam implicitamente rejeitados.

4. Não se confundem pontos da lide, pretensões resistidas, com argumentos da parte, e uma vez tendo o acórdão consignado qual o direito aplicável para solução do caso concreto, a prestação jurisdicional foi entregue.

5. Quanto à suposta omissão sobre o art. 37 da CF, sob o argumento de que a Lei 8.429/92 extrapolou o limite regulamentar quando estabeleceu outras duas penas não previstas na Lei Maior, não cabe ao Superior Tribunal de Justiça, a pretexto de examinar suposta ofensa ao art. 535, II, do CPC, aferir a existência de omissão do Tribunal de origem acerca de matéria constitucional, sob pena de usurpar a competência reservada à Suprema Corte.

6. Quanto à alegada violação dos arts. 935 do CC e 66 do CPP, *o acórdão recorrido está em sintonia com o entendimento reinante no STJ, de que, não havendo sentença penal que declare a inexistência do fato ou a negativa de autoria, remanesce a independência das esferas penal, cível e administrativa, permitindo-se que a Administração*

imponha ao servidor a pena de demissão, pois não há interferência daquelas premissas no âmbito da ação por improbidade administrativa.

7. Acerca dos arts. 9º e 12 da LIA, uma vez tendo a instância ordinária asseverado haver dano ao erário ou enriquecimento ilícito no caso concreto, rever esta conclusão a fim de desconstituir a ocorrência de prejuízo esbarra na Súmula nº 7 desta Corte Superior.

8. Da mesma forma, as penas fixadas em juízo de proporcionalidade e com base em critérios como a extensão do dano e/ou o proveito patrimonial obtido pelo agente não pode ser revista por esta Corte em sede de recurso especial, ante o óbice da Súmula nº 7 do STJ.

9. Ademais, o entendimento desta Corte é de que, caracterizada a improbidade administrativa por dano ao Erário, a devolução dos valores é imperiosa e deve vir acompanhada de pelo menos uma das sanções legais que, efetivamente, visam a reprimir a conduta ímproba e a evitar o cometimento de novas infrações.

10. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp nº 17.974/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe 11/11/2011) (grifei).

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. AUDITOR DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NULIDADES DO PAD NÃO CONFIGURADAS. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. IMPOSSIBILIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. PODER JUDICIÁRIO. COMPETÊNCIA PARA AFERIR A REGULARIDADE DO PROCEDIMENTO E LEGALIDADE DA DEMISSÃO. SANÇÕES DISCIPLINARES DA LEI Nº 8.112/1990. APLICAÇÃO. INDEPENDÊNCIA EM RELAÇÃO ÀS PENALIDADES DA LIA. TRÂNSITO EM JULGADO DA AÇÃO DE IMPROBIDADE. DESNECESSIDADE. VARIAÇÃO PATRIMONIAL A DESCOBERTO. LICITUDE DA EVOLUÇÃO. ÔNUS DO INVESTIGADO. CONDUTA ÍMPROBA NÃO PRECISA ESTAR VINCULADA AO EXERCÍCIO DO CARGO. ART. 11 DA LEI Nº 8.429/1992. DOLO GENÉRICO. FALTA DE TRANSPARÊNCIA E APRESENTAÇÃO DE DECLARAÇÕES DE BENS FALSAS. CONDUTA QUE SE AMOLDA NA HIPÓTESE DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA INEXISTENTE. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO CONFIGURADO.

– Não há falar em nulidade do Processo Administrativo Disciplinar.

a) A quebra do sigilo bancário se deu após a instauração do Processo Administrativo Disciplinar nº 10768.005194/2003-72 e mediante prévia autorização judicial, nos termos do art. 3º, §1º da Lei Complementar nº 105, de 10/1/2001.

b) Quanto ao sigilo fiscal, ao que se tem, foram emitidos mandados de procedimento, ao contrário do afirmado. Consoante o art. 198, §1º, II, do CTN, com a redação dada pela LC nº 104/2001, desde que instaurado processo administrativo, com o objetivo de investigar o servidor pela prática de infração administrativa, os dados fiscais podem ser divulgados, de forma fundamentada e reservada, como ocorreu *in casu*.

c) No que se refere à indevida utilização da Portaria COGER nº 007, de 28.1.2003, anoto que carece a impetração de prova do direito líquido e certo alegado, porquanto inexistem elementos pré-constituídos de que o Procedimento Administrativo Disciplinar nº 10768.005194/2003-72 tenha sido instaurado originalmente pela Portaria COGER nº 07/2003, bem como de que o impetrante não fazia parte do rol de investigados naquele outro PAD (PROPINODUTO I).

d) Também não se verificou o alegado cerceamento de defesa, a autoridade coatora se negou a deferir a prova pericial, em razão do seu intuito protelatório e considerando a impossibilidade de sua realização sobre fatos já comprovados por provas documentais. Há relato de que foi entregue ao acusado documento com a exposição de motivos do indeferimento do pleito.

– O STJ tem jurisprudência firmada no sentido de que não cabe ao Poder Judiciário analisar o mérito administrativo, mas somente aferir a regularidade do procedimento e a legalidade do ato de demissão.

– *Orienta-se esta Corte no sentido de que as sanções disciplinares previstas na Lei nº 8.112/1990 são independentes em relação às penalidades previstas na LIA, não havendo necessidade de se aguardar o trânsito em julgado da ação de improbidade administrativa para aplicação das penas de demissão ou de cassação de aposentadoria.*

– Restou comprovado no Processo Administrativo Disciplinar a existência de variação patrimonial a descoberto e que o indiciado não conseguiu comprovar a origem desse patrimônio. É do servidor acusado o ônus da prova no sentido de demonstrar a licitude da evolução patrimonial constatada pela administração. Precedentes.

– A conduta do servidor tida por ímproba não precisa estar necessariamente vinculada com o exercício do cargo público. Precedente.

– É entendimento deste Tribunal o de que os atos de improbidade administrativa, descritos no art. 11, *caput*, da Lei nº 8.429/1992, dependem da presença de dolo genérico, ou seja, dispensam a demonstração de ocorrência de dano para a administração pública ou enriquecimento ilícito do agente.

– No caso dos autos, o dolo se configura pela manifesta vontade do agente em realizar conduta contrária ao dever de legalidade, consubstanciada na falta de transparência da evolução patrimonial e da movimentação financeira, principalmente se considerado que foram apresentadas declarações de bens falsas, referentes aos anos calendários sob exame.

– Esta Corte firmou orientação no sentido de que a Administração Pública, quando se vê diante de situações em que a conduta do investigado se amolda nas hipóteses de demissão e de cassação de aposentadoria de servidor público, não dispõe de discricionariedade para aplicar pena menos gravosa.

Segurança denegada.

(MS 12.660/DF, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), TERCEIRA SEÇÃO, DJe 22/08/2014) (grifei).

No mais, o V. Acórdão recorrido contrariou a orientação jurisprudencial do STJ, pois simplificou o fenômeno da improbidade.

No início das disposições da Lei 8.429/1992, o legislador estabeleceu premissa que deve orientar o agente público em toda a sua atividade, a saber:

Art. 4º Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos.

Em reforço, o art. 11, inciso I, da mesma Lei, reitera que configura improbidade a violação a quaisquer princípios da administração, bem como a deslealdade às instituições, notadamente a prática de ato visando a fim proibido em lei ou regulamento. Eis o texto legal:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I – praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

Tais disposições evidenciam que o legislador teve preocupação redobrada em estabelecer que a grave desobediência – por parte de agentes públicos – ao sistema normativo em vigor pode significar ato de improbidade.

Com base nessas premissas, a Segunda Turma já teve oportunidade de decidir que “A Lei 8.429/1992 objetiva coibir, punir e afastar da atividade pública todos os agentes que demonstraram pouco apreço pelo princípio da juridicidade, denotando uma degeneração de caráter incompatível com a natureza da atividade desenvolvida” (REsp nº 1297021/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2013, DJe 20/11/2013).

É certo que o STJ, em alguns momentos, mitiga a rigidez da interpretação literal dos dispositivos acima, porque “não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos evitada de culpa grave, na do artigo 10º” (AIA 30/AM, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe 28/09/2011). Isso, entretanto, ocorre apenas naqueles casos sem gravidade, sem densidade jurídica relevante e sem demonstração do elemento subjetivo.

De qualquer maneira, a detida análise da Lei 8.429/1992 demonstra que o legislador, ao dispor sobre o assunto, não determinou expressamente quais seriam as vítimas mediatas ou imediatas da atividade desonesta para fins de configuração do ato como ímprobo. Impôs, sim, que o agente público respeite o sistema jurídico em vigor e o bem comum, que é o fim último da Administração Pública.

Essa ausência de menção explícita certamente decorre da compreensão de que o ato ímprobo é, muitas vezes, um fenômeno pluriofensivo. Ou seja, ele pode atingir bens jurídicos diversos.

De fato, o ato que apenas atingir bem privado e individual jamais terá a qualificação de ímprobo, nos termos do ordenamento em vigor. O mesmo não ocorre, entretanto, com o ato que atingir bem/interesse privado e público ao mesmo tempo.

Aqui, sim, haverá potencial ocorrência de ato de improbidade.

Por isso, o primordial é verificar se, entre todos os bens atingidos pela postura do agente, existe algum que seja vinculado ao interesse e ao bem público. Se assim for, como consequência imediata, a Administração Pública estará atingida de forma concomitante. Reza o art. 1º da Lei 8.429/1992:

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.

No caso dos autos, trata-se de discussão sobre séria arbitrariedade praticada por policiais civis, que, em tese, pode ter significado gravíssimo atentado contra direitos humanos.

Com base nessa constatação, várias ilações surgem de forma consequente.

O respeito aos direitos fundamentais, para além de mera aceção individual, é fundamento da nossa República, conforme o art. 1º, III, da Constituição Federal, e é objeto de preocupação permanente da Administração Pública, de maneira geral.

De tão importante, a prevalência dos direitos humanos, na forma em que disposta no inciso II do art. 4º da CF/88, é vetor de regência da República Federativa do Brasil nas suas relações internacionais. Não por outra razão, inúmeros são os tratados e convenções assinados pelo nosso Estado a respeito do tema.

Entre vários, lembro aqui de que a Convenção Americana de Direitos Humanos (promulgada via o Decreto nº 678/1992), já no seu art. 1º, dispõe explicitamente que os Estados signatários são obrigados a respeitar as liberdades públicas, a saber:

Artigo 1º – Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

E, de forma mais eloquente, os arts. 5º e 7º da referida Convenção reforçam as suas disposições introdutórias ao prever:

Artigo 5º - Direito à integridade pessoal

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

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

....

Artigo 7º – Direito à liberdade pessoal

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.

2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.

3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.

4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da detenção e notificada, sem demora, da acusação ou das acusações formuladas contra ela.

5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura, se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados-partes cujas leis prevêem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.

A essas previsões, oportuno ressaltar que o art. 144 da Constituição Federal é taxativo sobre as atribuições gerais das forças de segurança na missão de proteger os direitos e garantias acima, a saber:

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

I – polícia federal;

II – polícia rodoviária federal;

III – polícia ferroviária federal;

IV – polícias civis;

V – polícias militares e corpos de bombeiros militares.

Se assim é, parece-me que, no caso de tortura perpetrada por policiais contra presos mantidos sob a sua custódia, as vítimas não são apenas aquelas pessoas que sofreram a tortura.

Isso seria reduzir demais o fenômeno ocorrido!

Injustificável pretender que os atos mais gravosos à dignidade da pessoa humana e aos direitos humanos, entre os quais a tortura, praticados por servidores

públicos, mormente policiais armados, sejam punidos apenas no âmbito disciplinar, civil e penal, afastando-se a aplicação da Lei da Improbidade Administrativa.

Essas práticas ofendem diretamente a Administração Pública, porque o Estado brasileiro tem a obrigação de garantir a integridade física, psíquica e moral de todos, sob pena de inúmeros reflexos jurídicos, inclusive na ordem internacional.

Pondere-se que o agente público incumbido da missão de garantir o respeito à ordem pública, como é o caso do policial, ao descumprir com suas obrigações legais e constitucionais de forma frontal, mais que atentar apenas contra um indivíduo, atinge toda a coletividade e a própria corporação a que pertence de forma imediata.

Neste ponto, pertinente reforçar que o legislador, ao prever que constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de lealdade às instituições, findou por tornar de interesse público, e da própria Administração em si, a proteção da imagem e das atribuições dos entes/entidades públicas. Disso resulta que qualquer atividade atentatória a esse bem por parte de agentes públicos tem a potencialidade de ser considerada como improbidade administrativa.

A detida análise da Lei 8.429/1992 demonstra que o legislador não determinou expressamente quais seriam as vítimas mediatas ou imediatas da atividade impropria para fins de configuração do ato ilícito. Impôs, sim, que o agente público respeite o sistema jurídico em vigor, pressuposto da boa e correta Administração Pública. Essa ausência de menção explícita certamente decorre da compreensão de que o ato ímprobo é, muitas vezes, fenômeno pluriofensivo, de tal modo que pode atingir bens jurídicos e pessoas diversos de maneira concomitante.

Na avaliação do ato de improbidade administrativa, o primordial é verificar se, entre os bens atingidos pela postura do agente público, existe algum vinculado ao interesse e ao bem público. Se assim for, como consequência imediata, a Administração Pública estará vulnerada; e o art. 1º da Lei 8.429/1992, plenamente atendido.

Afora isso, a tortura perpetrada por policiais contra presos mantidos sob a sua custódia tem outro reflexo jurídico imediato. Ao agir de tal forma, o agente público cria, de maneira praticamente automática, obrigação ao Estado, que é o dever de indenizar, nos termos do art. 37, §6º, da Constituição Federal.

Não há, pois, como afastar a constatação de que a tortura, além de atingir a incolumidade física e mental do preso, repercute diretamente no âmbito de interesse do Poder Público.

Numa análise mais pragmática, exemplifico o perigo de analisar o fenômeno da improbidade de forma apenas compartimentada.

Vamos imaginar a seguinte hipótese. Um servidor resolve “cobrar propina” para praticar ato que já teria de executar de qualquer forma, porque recebera previamente ordem direta do chefe para tanto. Não obstante, resolve se valer da fragilidade de um cidadão e, com o intuito de obter vantagem financeira deste, lhe cobra uma propina.

Note-se que o desfalque patrimonial em si não é sofrido pela Administração. Além disso, a obtenção do recurso privado é o que o agente público visou de forma mais imediata naquela situação hipotética.

Ora, se formos enxergar o ato acima apenas sob o enfoque do objetivo mais direto do autor, poderemos chegar ao ponto de não considerá-lo como ímprobo.

Com base nisso, tenho a convicção de que o fenômeno da improbidade não pode ser visto por prisma meramente reducionista. Os atos tidos como ímprobos, complexos que são no mais das vezes, devem ser enxergados de forma ampla, porque podem atingir bens jurídicos diversos de forma concomitante, ainda que possa existir certa gradação relativa aos objetivos imediatos do autor.

Nesse cenário, atentados contra a liberdade individual, excetuando-se repercussões nas esferas penal e disciplinar, podem, sim, configurar a prática de improbidade, porque, em sendo pluriofensivos, também atingem a própria Administração Pública.

Enfim, no caso dos autos, trata-se de discussão sobre séria arbitrariedade e grave atentado a direitos humanos fundamentais. Como resultado, tal postura imprópria tem o condão de afrontar não só a Constituição da República (arts. 1º, III, e 4º, II) e a legislação infraconstitucional, mas também tratados e convenções internacionais, a exemplo da Convenção Americana de Direitos Humanos (promulgada pelo Decreto 678/1992). Possibilidade, pois, de responsabilização nas ordens interna e externa.

O legislador, ao prever, no art. 11 da Lei 8.429/1992, que constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de lealdade às instituições, findou por tornar de interesse público, e da própria Administração, a proteção da legitimidade social, da imagem e das atribuições dos entes/entidades estatais. Daí resulta que atividade que atente gravemente contra esses bens imateriais tem a potencialidade de ser considerada improbidade administrativa.

A tortura perpetrada por policiais contra presos mantidos sob a sua custódia tem ainda outro reflexo jurídico imediato, que é o de gerar obrigação indenizatória ao Estado, nos termos do art. 37, §6º, da Constituição Federal. Há aí, como consequência, interesse direto da Administração Pública.

Na hipótese dos autos, o ato ímprobo caracteriza-se quando se constata que as vítimas foram torturadas, em *instalações públicas*, ou melhor, na Delegacia de Polícia. O V. Acórdão recorrido afirma: *...“terem submetido alguns presos que se encontravam custodiados na delegacia local a ‘espancamentos, asfixia e graves ameaças, para confessarem a prática de crimes’”,* configurando, segundo alega, ato de improbidade administrativa por violação dos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade e imparcialidade da Administração Pública, nos termos do art. 11, *caput*, e inciso I, da Lei nº 8.429/92”. (fls. 122-123, grifo acrescentado).

Por fim, violência policial arbitrária não é ato apenas contra o particular-vítima, mas, sim, contra a própria Administração Pública, ferindo suas bases de legitimidade e

respeitabilidade. Tanto assim que essas condutas são tipificadas, entre outros estatutos, no art. 322, do Código Penal, que integra o Capítulo I (“Dos Crimes Praticados por Funcionário Público *contra a Administração Pública*, grifo acrescentado”), que por sua vez está inserido no Título XI (“Dos Crimes contra a Administração Pública”), e também nos artigos 3º e 4º da Lei 4.898/65, que trata do abuso de autoridade.

Em síntese, atentado à vida e à liberdade individual de particulares, praticado por agentes públicos armados – incluindo tortura, prisão ilegal e “justiciamento” –, afora repercussões nas esferas penal, civil e disciplinar, pode configurar improbidade administrativa, porque, além de atingir a pessoa-vítima, alcança, simultaneamente, interesses caros à Administração em geral, às instituições de segurança pública em especial, e ao próprio Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. POLICIAIS CIVIS. PRISÕES ILEGAIS. OFENSA AOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. INTERESSE PROCESSUAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

Histórico da demanda

1. O Ministério Público do Estado de Minas Gerais ajuizou Ação Civil Pública de improbidade administrativa contra policiais civis que efetuaram prisões ilegais, sem o respectivo mandado judicial, e mantiveram as vítimas detidas por várias horas, desrespeitando suas garantias constitucionais.

2. O Juiz de 1º Grau assim consignou na sentença: “Diante da conduta dos requeridos, percebe-se que estes ao *efetuarem as prisões sem as formalidades de lei praticaram ato que atenta contra os princípios da Administração Pública*, compreendendo uma lesão à moralidade administrativa, ato este previsto na legislação supracitada como de improbidade” (fl. 705, grifo acrescentado).

3. Ao reformar a sentença, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais entendeu que a atitude dos policiais foi praticada *apenas contra particulares* e, assim, posicionou-se no sentido de que o *Parquet* seria carecedor de interesse processual para a Ação de Improbidade. Expressou ainda que, no caso, os policiais só seriam passíveis de punição no âmbito administrativo disciplinar. *In verbis*: “A prática de ato *contra particular* não autoriza o manejo da ação civil pública por improbidade administrativa, que deve ser extinta por carência de ação, ao reconhecimento da ausência de interesse processual” (fl. 787, grifo acrescentado).

Prisão ilegal e graves violações a direitos humanos: possibilidade de cumulação de pena disciplinar e improbidade administrativa

4. Injustificável pretender que os atos mais gravosos à dignidade da pessoa humana e aos direitos humanos, entre os quais se incluem a tortura e prisões ilegais, praticados por servidores públicos, mormente policiais armados, sejam punidos apenas no âmbito disciplinar, civil e penal, afastando-se a aplicação da Lei da Improbidade Administrativa.

5. Conforme orientação jurisprudencial do STJ, eventual punição administrativa do servidor faltoso não impede a aplicação das penas da Lei de Improbidade Administrativa, porque os escopos de ambas as esferas são diversos; e as penalidades dispostas na Lei 8.429/1992, mais amplas. Precedentes: MS 16.183/DF, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Seção, DJe 21.10.2013, MS 15.054/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Gilson Dipp, Terceira Seção, DJe 19.12.2011, MS 17.873/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 02/10/2012, AgRg no AREsp nº 17.974/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 11/11/2011, MS 12.660/DF, Rel. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Terceira Seção, DJe 22/08/2014, e MS 13.357/DF, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, DJe 18/11/2013.

Universo dos sujeitos abrangidos pelas sanções da Lei 8.429/92

6. “A Lei 8.429/1992 objetiva coibir, punir e afastar da atividade pública todos os agentes que demonstraram pouco apreço pelo princípio da *juridicidade*, denotando uma degeneração de caráter incompatível com a natureza da atividade desenvolvida” (REsp nº 1.297.021/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 12.11.2013, DJe 20.11.2013).

Universo das vítimas protegidas pela Lei 8.429/92

7. A detida análise da Lei 8.429/1992 demonstra que o legislador não determinou expressamente quais seriam as vítimas mediatas ou imediatas da atividade ímproba para fins de configuração do ato ilícito. Impôs, sim, que o agente público respeite o sistema jurídico em vigor, pressuposto da boa e correta Administração Pública. Essa ausência de menção explícita certamente decorre da compreensão de que o ato ímprobo é, muitas vezes, fenômeno pluriofensivo, de tal modo que pode atingir bens jurídicos e pessoas diversos de maneira concomitante.

8. Na avaliação do ato de improbidade administrativa, o primordial é verificar se, entre os bens atingidos pela postura do agente público, existe algum vinculado ao interesse e ao bem público. Se assim

for, como consequência imediata, a Administração Pública estará vulnerada e o art. 1º da Lei 8.429/1992, plenamente atendido.

Ofensa aos princípios administrativos por policiais civis e militares

9. No caso dos autos, trata-se de discussão sobre séria arbitrariedade e grave atentado a direitos humanos fundamentais. Como resultado, tal postura imprópria tem o condão de afrontar não só a Constituição da República (arts. 1º, III, e 4º, II) e a legislação infraconstitucional, mas também tratados e convenções internacionais, a exemplo da Convenção Americana de Direitos Humanos (promulgada pelo Decreto 678/1992). Possibilidade, pois, de responsabilização nas ordens interna e externa.

10. Nos termos do art. 144 da Constituição Federal, as forças de segurança são vocacionadas à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas. Assim, o agente público incumbido da missão de garantir o respeito à ordem pública, como é o caso do policial, ao descumprir com suas obrigações legais e constitucionais de forma frontal, mais que atentar apenas contra um indivíduo, atinge toda a coletividade e a corporação a que pertence de forma imediata.

11. O legislador ao prever, no art. 11 da Lei 8.429/1992, que constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de lealdade às instituições, findou por tornar de interesse público, e da própria Administração, a proteção da legitimidade social, da imagem e das atribuições dos entes/entidades estatais. Daí resulta que atividade que atente gravemente a esses bens imateriais tem a potencialidade de ser considerada improbidade administrativa.

12. A prisão ilegal tem ainda outro reflexo jurídico imediato, que é o de gerar obrigação indenizatória ao Estado, nos termos do art. 37, §6º, da Constituição Federal. Há aí, como consequência, interesse direto da Administração Pública.

Uso ilegal de Bens e Prédios Públicos

13. Na hipótese dos autos, o ato ímprobo resta caracterizado quando se constata que as vítimas foram, ilegalmente, privadas de sua liberdade, com uso de viaturas policiais e em *instalações públicas*, ou melhor, *no gaiolão* da Delegacia de Polícia. Afirma o Juiz de 1º Grau na sentença: “...foram privados de liberdade tanto que ficaram no ‘gaiolão’ e somente foram liberados ... graças à chegada da Promotora de Justiça ao local.” “Os ofendidos deixam claro que tais policiais chegaram a visitá-los no ‘gaiolão’, (...)”. (fls. 702-704, grifo acrescentado).

Conclusão: violência policial arbitrária é ato que viola frontalmente os mais elementares princípios da Administração Pública

14. A violência policial arbitrária não é ato apenas contra o particular-vítima, mas, sim, contra a própria Administração Pública, ferindo suas bases de legitimidade e respeitabilidade. Tanto assim que essas condutas são tipificadas, entre outros estatutos, no art. 322, do Código Penal, que integra o Capítulo I (“Dos Crimes Praticados por Funcionário Público *contra a Administração Pública* , grifo acrescentado”), que por sua vez está inserido no Título XI (“Dos Crimes contra a Administração Pública”), e também nos artigos 3º e 4º da Lei 4.898/65, que trata do abuso de autoridade.

15. Em síntese, *atentado à vida e à liberdade individual de particulares, praticado por agentes públicos armados – incluindo tortura, prisão ilegal e “justiciamento” –, afora repercussões nas esferas penal, civil e disciplinar, pode configurar improbidade administrativa, porque, além de atingir a pessoa-vítima, também alcança, simultaneamente, interesses caros à Administração em geral, às instituições de segurança pública em especial, e ao próprio Estado Democrático de Direito.*

16. Recurso Especial conhecido e provido para afastar a carência de ação decretada pelo Tribunal *a quo* e determinar o retorno dos autos à origem, a fim de que o TJ/MG prossiga no julgamento do Recurso de Apelação em relação aos demais pontos. (REsp nº 1081743/MG, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 24.3.2015, acórdão ainda não publicado).

Em conclusão, no caso concreto, é evidente que as disposições do art. 11 da Lei 8.429/1992 foram violadas.

Diante do exposto, conheço do Recurso Especial e *dou-lhe provimento para determinar o retorno dos autos à origem, a fim de que seja recebida a petição inicial da Ação de Improbidade Administrativa.*

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2010/0009495-0

PROCESSO ELETRÔNICO REsp nº 1.177.910 / SE

Números Origem: 2008203960 2008207209 200854100120

PAUTA: 10/06/2015

JULGADO: 26/08/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FLAVIO GIRON**

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE

RECORRIDO: RENATO SANTANA DE OLIVEIRA

RECORRIDO: ISAUQUE HÉVERTON DIAS CANGUSSU

ADVOGADOS: MARCEL COSTA FORTES

VALMIR FLORIANO VIEIRA DE ANDRADE E OUTRO(S)

INTERES. : HERÁCLITO MENEZES DA SILVA

INTERES. : CLÁUDIO MÁRCIO SANTOS MATOS

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO
– Atos Administrativos – Improbidade Administrativa – Violação aos Princípios Administrativos

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A Seção, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.”

Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Og Fernandes, Benedito Gonçalves, Assusete Magalhães, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região) e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.413.674 / SERGIPE (2013/0356246-9)

RELATOR: MINISTRO OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO)

REL. P/ ACÓRDÃO: MINISTRO BENEDITO GONÇALVES

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RECORRIDO: GILDEON FERREIRA DA SILVA

ADVOGADO: ANTÔNIO NERY DO NASCIMENTO JUNIOR

INTERES. : MUNICÍPIO DE TOMAR DO GERU

ADVOGADO: JOSÉ MELO SANTOS

INTERES. : FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO

EMENTA

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONDENAÇÃO DE RESSARCIMENTO DO PREJUÍZO PELO TCU E NA ESFERA JUDICIAL. FORMAÇÃO DE DUPLO TÍTULO EXECUTIVO. POSSIBILIDADE. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. PENALIDADE QUE DEVE SER NECESSARIAMENTE IMPOSTA QUANDO HÁ COMPROVADO PREJUÍZO AO ERÁRIO. APLICAÇÃO DE MULTA CIVIL. DESNECESSIDADE. SANÇÕES DEFINIDAS NA ORIGEM QUE SE MOSTRAM SUFICIENTES E PROPORCIONAIS. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO, ACOMPANHANDO EM PARTE O RELATOR.

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, prossequindo o julgamento, por maioria, vencido em parte o Sr. Ministro Relator, dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto-vista do Sr. Ministro Benedito Gonçalves, que lavrará o acórdão. Votaram com o Sr. Ministro Benedito Gonçalves (voto-vista) os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Sérgio Kukina (Presidente) e Regina Helena Costa.

Brasília (DF), 17 de maio de 2016 (Data do Julgamento).

MINISTRO BENEDITO GONÇALVES

Relator p/ Acórdão

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA**

Número Registro: 2013/0356246-9

PROCESSO ELETRÔNICO REsp nº 1.413.674 / SE

Números Origem: 10762012 200567110141 200785020002311 200785020002359
200885020002182497949

PAUTA: 24/11/2015

JULGADO: 24/11/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SÉRGIO KUKINA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MARIO LUIZ BONSAGLIA**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RECORRIDO: GILDEON FERREIRA DA SILVA

ADVOGADO: ANTÔNIO NERY DO NASCIMENTO JUNIOR

INTERES.: MUNICÍPIO DE TOMAR DO GERU

ADVOGADO: JOSÉ MELO SANTOS

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO –
Atos Administrativos – Improbidade Administrativa – Dano ao Erário

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“Adiado por indicação do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).”

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA**

Número Registro: 2013/0356246-9

PROCESSO ELETRÔNICO REsp nº 1.413.674 / SE

Números Origem: 10762012 200567110141 200785020002311 200785020002359
200885020002182497949

PAUTA: 17/12/2015

JULGADO: 17/12/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SÉRGIO KUKINA**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **DARCY SANTANA VITO BELLO**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RECORRIDO: GILDEON FERREIRA DA SILVA

ADVOGADO: ANTÔNIO NERY DO NASCIMENTO JUNIOR

INTERES.: MUNICÍPIO DE TOMAR DO GERU

ADVOGADO: JOSÉ MELO SANTOS

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO –
Atos Administrativos – Improbidade Administrativa – Dano ao Erário

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“Adiado por indicação do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).”

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA**

Número Registro: 2013/0356246-9

PROCESSO ELETRÔNICO REsp nº 1.413.674 / SE

Números Origem: 10762012 200567110141 200785020002311 200785020002359
200885020002182497949

PAUTA: 17/12/2015

JULGADO: 02/02/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SÉRGIO KUKINA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO CARLOS FONSECA DA SILVA**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RECORRIDO: GILDEON FERREIRA DA SILVA

ADVOGADO: ANTÔNIO NERY DO NASCIMENTO JUNIOR

INTERES.: MUNICÍPIO DE TOMAR DO GERU

ADVOGADO: JOSÉ MELO SANTOS

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO – Atos Administrativos – Improbidade Administrativa – Dano ao Erário

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“Adiado por indicação do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).”

RELATÓRIO

Exmo. Sr. MINISTRO OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO) – Relator: – O Ministério Público Federal interpõe o presente recurso especial (art. 105, III, “a” e “c”, da Constituição) contra acórdão do TRF-5, que manteve sentença condenatória por ato de improbidade administrativa, inclusive no capítulo que deixara de impor ao agente a obrigação de ressarcir o erário e de pagamento de multa civil, em razão de já haver condenação do TCU a essas sanções, pelo mesmo fato apontado como ímprobo, estando o acórdão recorrido assim lançado nos autos:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EX-PREFEITO. ENQUADRAMENTO DOS FATOS OCORRIDOS ÀS SANÇÕES DO ART. 12, 1, 11 DA LEI Nº 8.429/92. AS SANÇÕES PODEM SER APLICADAS

ISOLADA OU CUMULATIVAMENTE DE ACORDO COM A GRAVIDADE DO FATO. OBSERVÂNCIA DOS – PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE.

1. O ex-prefeito foi omissivo quando da obrigação de prestar contas – ato de improbidade por violação aos princípios norteadores da Administração Pública – art. 11, VI, LIA.
2. De idêntica forma, não comprovando, pela via documental, qual o destino dos valores oriundos dos recursos recebidos em virtude do Programa Nacional de Apoio ao Transporte Escolar (PNATE), fica caracterizada a má-fé do agente, pois este não possuía liberdade alguma quanto a aplicação das verbas – o ato de improbidade administrativa – causador de lesão ao Erário – art. 10, IX, LIA.
3. O art. 12 da Lei 8.429/92 estipula que “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.”
4. O juiz, ao condenar o agente público por ato de improbidade, observando os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, pode escolher, entre as sanções previstas em lei, aquela que melhor se amolde ao caso concreto.
5. Apelação a que se nega provimento.

Sustenta o recorrente que o acórdão recorrido teria violado o art. 12, II e III, da Lei 8.429/1992, em face do entendimento firmado no acórdão de que não seria possível a condenação do agente ao ressarcimento e à multa civil, diante da existência de tal condenação, pelos mesmos fatos, pelo Tribunal de Contas da União.

Argumenta, ainda, com a existência de dissídio jurisprudencial do julgado com os arestos do REsp's nº 1.298.814, nº 622.234 e nº 1.122.984.

Nesta Instância, o órgão do Ministério Público Federal, em parecer firmado pela Subprocuradora-Geral da República Gilda Pereira de Carvalho, opina pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

Exmo. Sr. MINISTRO OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO) – Relator: – A imputação é a de que o réu, Prefeito do Município de Tomar do Geru/SE, teria deixado de prestar contas de valores repassados por meio de convênio com a União (PNATE).

A sentença reconheceu a procedência do pedido, com a confirmação da ocorrência do ato de improbidade, mas, embora impondo as demais sanções da Lei

de Improbidade Administrativa, deixou de condená-lo ao ressarcimento e à multa civil, à consideração de já existir condenação do TCU nesse sentido. O réu não recorreu da sentença, sobrevivendo apelação do MPF sobre essa parte específica, tendo ao acórdão assim enfrentado o tema:

(...) No que diz respeito à aplicabilidade das sanções, já justapostas na esfera administrativa, de ressarcimento integral do dano e multa civil, o magistrado *a quo* entendeu, corretamente, por não aplicá-las na presente demanda (fl. 209), veja-se:

(...) Considerando a necessidade de fixação das penas, nos termos dos incisos II e III do artigo 12 do diploma em tela, trilho o entendimento de Marcelo Figueiredo, no sentido de que ‘(...) é de se afastar a possibilidade da aplicação conjunta de penas em bloco, obrigatoriamente. É dizer, há margem de manobra para o juiz, de acordo com o caso concreto, aplicar as penas, dentre as cominadas, isolada ou cumulativamente (...). Tudo dependerá da análise da conduta do agente público que praticou ato de improbidade em suas variadas formas. (...)’ 40. Por esta razão, e considerando a comprovação das condutas, considerando a extensão do dano, entendo por bem impor ao demandado a pena de perda da função pública, na eventualidade de que esteja no exercício de alguma suspensão dos direitos políticos pelo prazo de cinco anos e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário pelo mesmo período. Por outro lado, deixo de aplicar as penalidades de multa civil e de ressarcimento do dano, tendo em vista que as mesmas já foram aplicadas na esfera administrativa e, não obstante a independência de instâncias, entendo-as suficiente para a finalidade a qual foram criadas (...).

Nesse diapasão, o art. 12 da Lei 8.429/92 estipula que “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, o juiz, ao condenar o agente público por ato de improbidade, pode escolher, entre as sanções previstas em lei, as que sejam mais proporcionais ao fato cometido. O agente ímprobo pode ser condenado a uma ou mais sanções previstas em lei.

O magistrado *a quo* sentenciou o réu, pela ausência de prestação de contas, nas penas do art. 12, III, da LIA, quais sejam: perda da função

pública, suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 5 (cinco) anos, proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 5 (cinco) anos. Entendeu, portanto, da análise do caso concreto, não ser necessária a aplicação das reprimendas de multa civil e ressarcimento do dano causado ao Erário, pois que estas foram aplicadas em âmbito administrativo pelo Tribunal de Contas da União.

Ressalte-se que as sanções que foram aplicadas na seara administrativa podem ser aplicadas cumulativamente às da seara civil, entretanto, não obrigatoriamente.

Dever-se-á observar os princípios da proporcionalidade e razoabilidade a fim de que a pena se amolde ao caso concreto.

Do exposto, nego provimento à apelação.

O tema é polêmico, mas não deixa de ter certa razoabilidade (evitando um possível excesso) a opção de julgamento do acórdão, merecendo destaque o exame do tema também à luz do interesse processual na geração do título judicial de ressarcimento do dano.

Se já existe decisão do Tribunal de Contas da União imputando ao requerido um débito, em função da execução irregular, ou da inexecução, do convênio que levou ao repasse da verba pública, a obrigação de ressarcir já está certificada no plano de existência (*an debeatur*), e com força executiva, nos termos do art. 71, §3º, da Constituição, pelo que não há interesse processual na geração de outro título executivo, agora judicial, tanto mais que a dívida não vai ser executada duas vezes; a execução de um título afasta a do outro.

Existindo um título executivo extrajudicial, líquido e certo, incumbe ao erário, na condição de credor, apenas a execução, pura e simples – depois da inscrição em dívida ativa (art. 2º, §§1º a 4º – Lei 6.830/1980) –, sem necessidade de busca de outro, agora judicial, apenas para dispor de um título, dir-se-ia, com mais “respeitabilidade”, mas sem nenhum sentido de utilidade processual. O interesse de agir é uma das condições da ação, e no caso não se faz presente.

Não se pode considerar a letra da lei como o critério de centralidade jurídica exclusiva, sobretudo em matéria punitiva, sem esquecer que as leis são sempre opções de poder e precisam ser interpretadas em face da realidade e das tendências da jurisprudência.

Elas se expressam em determinados signos, tradutores da realidade do momento da sua elaboração, mas a realidade muda constantemente, o que leva o intérprete a novos desafios. Apesar de novos rótulos modernos, de princípios e regras, justiça é sempre aquilo que está num dos princípios de direito romano – dar a cada um o que é seu (*suum cuique tribuere*).

O TCU, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, autorizou a cobrança judicial das dívidas, caso não atendida a notificação. O ofício 433/2006 informa que o acórdão transitou em julgado e não houve recolhimento espontâneo do débito, sendo que a dívida constitui o objeto do processo de cobrança executiva autuado sob o número TC 007.526/2006-5 (fl. 119 do apenso I).

A Súmula 27 do STJ afirma que “Pode a execução fundar-se em mais de um título extrajudicial relativos ao mesmo negócio”, embora o enunciado não tenha aproximação real (e direta) com a hipótese.

A execução pode fundar-se em mais de um título quando são gerados em um mesmo negócio jurídico e de forma direta. Num crédito hipotecário, por exemplo, pode existir contrato de hipoteca e, ainda, uma nota promissória da mesma operação, ambos com força executiva (art. 585, I e III – CPC).

Não no caso, onde já existe um título executivo extrajudicial gerado pela mesma razão de direito material, porém (instrumentalmente) autônomo em relação à acolhida do pedido na ação de improbidade, que enseja execução definitiva (art. 587 – CPC e Súmula 317 – STJ), não se justificaria, de forma sucessiva, a produção de outro título, com a mesma finalidade.

Pode-se afirmar que seria mais vantajoso para o erário o título judicial, em razão das restrições de defesa em eventuais embargos do devedor (art. 475-L/CPC), considerando que, no título extrajudicial, a cognição nos embargos do devedor é, em regra, plena (art. 745 – CPC), e mesmo para o devedor, que, na ação de improbidade, poderá se defender com mais amplitude.

Mas esse critério, meramente utilitarista, além de não ser constitutivo do título – a condenação, no processo de conhecimento, deve levar em conta, prioritariamente, critérios constitutivos de direito material –, mas apenas projetado para uma hipotética vantagem do credor na sua fase de eficácia (execução), não se me afigura(ria) suficiente para justificar o interesse processual, condição da ação, expresso na necessidade (indispensabilidade) de vir a juízo.

Além disso, comparando os dois elencos de matérias de defesa, eles, na realidade, praticamente se equivalem, podendo, nas duas situações, inclusive, ser discutido o excesso de execução (art. 475-L, V, e art. 745, III), quiçá a matéria mais importante em casos como o presente, nos quais tanto o título expedido pelo TCU como a condenação da sentença levam em conta, via de regra, o valor cheio do convênio, sem as glosas, que se impõem, sob pena de enriquecimento ilícito inverso, das parcelas dos serviços eventualmente realizados.

Se a entidade pública já dispõe de um título executivo extrajudicial líquido e exigível, uma nova condenação no mesmo sentido (ressarcimento e multa), na seara judicial, implicaria desrespeito aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, balizadores da tarefa do julgador na individualização e dosimetria das sanções, nos termos do art. 12, *caput*, e parágrafo único, da LIA.

Sem embargo do acerto dessas razões teóricas, a compreensão que o STJ tem adotado no particular aconselha a alteração do acórdão. Embora isso possa implicar

o aparente risco de *bis in idem* quanto ao crédito já cobrado, o desfecho da ação de improbidade não deve ficar submisso a essa contingência.

De toda forma, para evitar o risco do duplo pagamento, basta deduzir de eventual valor a ser executado o que já tiver sido pago por conta da execução de decisão do TCU. A vedação do *bis in idem* se restringe apenas ao pagamento da dívida; não à possibilidade de coexistirem mais de um título executivo relativo ao mesmo débito (Súmula 27/STJ).

Nesta linha de compreensão é a jurisprudência desta Corte, conforme aresto abaixo:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – CONDENAÇÃO AO RESSARCIMENTO DO DANO – EXISTÊNCIA DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL PROVENIENTE DE DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS – COEXISTÊNCIA DOS TÍTULOS EXECUTIVOS – POSSIBILIDADE – NÃO OCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM*.

1. O fato de existir um título executivo extrajudicial, decorrente de condenação proferida pelo Tribunal de Contas da União, não impede que os legitimados ingressem com ação de improbidade administrativa requerendo a condenação da recorrida nas penas constantes no art. 12, II da Lei nº 8429/92, inclusive a de ressarcimento integral do prejuízo.

2. A formação do título executivo judicial, em razão da restrição às matérias de defesa que poderão ser alegadas na fase executória, poderá se mostrar mais útil ao credor e mais benéfica ao devedor que, durante o processo de conhecimento, terá maiores oportunidades para se defender.

3. Ademais, não se há falar em *bis in idem*. A proibição da dupla penalização se restringe ao abalo patrimonial que o executado poderá sofrer. O princípio não pode ser interpretado de maneira ampla, de modo a impedir a formação de um título executivo judicial, em razão do simples fato de já existir um outro título de natureza extrajudicial.

4. Na mesma linha de raciocínio, qual seja, a de que o *bis in idem* se restringe apenas ao pagamento da dívida, e não à possibilidade de coexistirem mais de um título executivo relativo ao mesmo débito, encontra-se a súmula 27 desta Corte Superior. Recurso especial provido. (REsp nº 1135858/TO, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/09/2009, DJe 05/10/2009).

Em relação à multa, da mesma forma, a sentença merece ser revista. A multa civil tem o sentido de um *plus* punitivo que se agrega à condenação, como uma forma de sancionar o agente ímprobo.

A imposição da pena de multa, nas ações de improbidade administrativa, destina-se a coibir a afronta ao princípio da moralidade ou probidade, revestindo-se de caráter punitivo do agente ímprobo e intimidativo sobre os demais componentes do grupo social quanto à prática de novas infrações, além de representar um fator de renda para o ente público prejudicado.

A multa, na ação de improbidade, de natureza civil-punitiva, embora não indenizatória, não se confunde com a multa eventualmente aplicada pelo TCU, de natureza de sanção pecuniária administrativa, não havendo *bis in idem* na imposição conjunta.

O artigo 12, incisos II e III, da Lei 8.429/1992 prevê as seguintes sanções para atos causadores de dano ao erário e atentatórios aos princípios da administração pública:

Art. 12. 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:

II – na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III – na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

A aplicação da sanção deve guardar consonância com a gravidade da conduta infracional. O parágrafo único do art. 12 da Lei 8.429/1992 estabelece que, na dosimetria da pena, o juiz levará em conta a extensão do dano e o proveito patrimonial obtido pelo agente.

Impõe-se, portanto, a reforma do acórdão, para condenar o recorrido ao ressarcimento do dano, no valor de R\$ 8.785,89, ao pagamento de multa civil de uma vez o valor do dano (Lei 9.429/1992 – art. 12, II), conforme quantificado na inicial, atendendo aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

No que tange à alegação de dissídio pretoriano, o recurso não mereceria provimento. Os arestos colacionados pelo recorrente não se enquadram na mesma similitude fática, considerando-se que o tema central em discussão é a possibilidade ou não de se condenar o réu ao ressarcimento e à multa civil, na hipótese de já havê-lo condenado o TCU.

Contrariamente do que consta nos arestos paradigmas, não está em discussão a imposição obrigatória do ressarcimento, como consequência do dano ao erário, mas se ele é devido, na existência de título executivo extrajudicial que já o contemple.

Tal o contexto, dou provimento ao recurso especial, para condenar o demandado ao ressarcimento ao erário e ao pagamento da multa civil, nos termos acima referidos.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2013/0356246-9

PROCESSO ELETRÔNICO REsp nº 1.413.674 / SE

Números Origem: 10762012 200567110141 200785020002311 200785020002359
200885020002182497949

PAUTA: 17/12/2015

JULGADO: 04/02/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF
1ª REGIÃO)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SÉRGIO KUKINA**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **DENISE VINCI TULIO**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RECORRIDO: GILDEON FERREIRA DA SILVA

ADVOGADO: ANTÔNIO NERY DO NASCIMENTO JUNIOR

INTERES.: MUNICÍPIO DE TOMAR DO GERU

ADVOGADO: JOSÉ MELO SANTOS

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO – Atos Administrativos – Improbidade Administrativa – Dano ao Erário

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, pediu vista antecipada o Sr. Ministro Benedito Gonçalves. Aguardam os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Sérgio Kukina (Presidente) e Regina Helena Costa.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2013/0356246-9

PROCESSO ELETRÔNICO REsp nº 1.413.674 / SE

Números Origem: 10762012 200567110141 200785020002311 200785020002359
200885020002182497949

PAUTA: 19/04/2016

JULGADO: 19/04/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SÉRGIO KUKINA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS AUGUSTO DA SILVA CAZARRÉ**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RECORRIDO: GILDEON FERREIRA DA SILVA

ADVOGADO: ANTÔNIO NERY DO NASCIMENTO JUNIOR

INTERES.: MUNICÍPIO DE TOMAR DO GERU

ADVOGADO: JOSÉ MELO SANTOS

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO – Atos Administrativos – Improbidade Administrativa – Dano ao Erário

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“Adiado por indicação do Sr. Ministro Benedito Gonçalves.”

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2013/0356246-9

PROCESSO ELETRÔNICO REsp nº 1.413.674 / SE

Números Origem: 10762012 200567110141 200785020002311 200785020002359
200885020002182497949

PAUTA: 10/05/2016

JULGADO: 10/05/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SÉRGIO KUKINA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO CARLOS FONSECA DA SILVA

Secretária

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RECORRIDO: GILDEON FERREIRA DA SILVA

ADVOGADO: ANTÔNIO NERY DO NASCIMENTO JUNIOR

INTERES.: MUNICÍPIO DE TOMAR DO GERU

ADVOGADO: JOSÉ MELO SANTOS

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO – Atos Administrativos – Improbidade Administrativa – Dano ao Erário

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Adiado para a próxima sessão por indicação do Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.413.674 / SE (2013/0356246-9)

RELATOR: MINISTRO OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO)

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RECORRIDO: GILDEON FERREIRA DA SILVA

ADVOGADO: ANTÔNIO NERY DO NASCIMENTO JUNIOR

INTERES.: MUNICÍPIO DE TOMAR DO GERU

ADVOGADO: JOSÉ MELO SANTOS

EMENTA

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONDENAÇÃO DE RESSARCIMENTO DO PREJUÍZO PELO TCU E NA ESFERA JUDICIAL. FORMAÇÃO DE DUPLO TÍTULO EXECUTIVO. POSSIBILIDADE. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. PENALIDADE QUE DEVE SER NECESSARIAMENTE IMPOSTA QUANDO HÁ COMPROVADO PREJUÍZO AO ERÁRIO. APLICAÇÃO DE MULTA CIVIL. DESNECESSIDADE. SANÇÕES DEFINIDAS NA ORIGEM QUE SE MOSTRAM SUFICIENTES E PROPORCIONAIS. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO, ACOMPANHANDO EM PARTE O RELATOR.

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES: Como delimitado pelo Ministro Olindo Menezes em seu voto, trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público Federal contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, assim ementado (fl. 321, e-STJ):

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EX-PREFEITO. ENQUADRAMENTO DOS FATOS OCORRIDOS ÀS SANÇÕES DO ART. 12, I, II DA LEI Nº 8.429/92. AS SANÇÕES PODEM SER APLICADAS ISOLADA OU CUMULATIVAMENTE DE ACORDO COM A GRAVIDADE DO FATO. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE.

1. O ex-prefeito foi omissos quando da obrigação de prestar contas – ato de improbidade por violação aos princípios norteadores da Administração Pública – art. 11, VI, LIA.

2. De idêntica forma, não comprovando, pela via documental, qual o destino dos valores oriundos dos recursos recebidos em virtude

do Programa Nacional de Apoio ao Transporte Escolar (PNATE), fica caracterizada a má-fé do agente, pois este não possuía liberdade alguma quanto a aplicação das verbas – o ato de improbidade administrativa causador de lesão ao Erário – art. 10, IX, LIA.

3. O art. 12 da Lei 8.429/92 estipula que “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”.

4. O juiz, ao condenar o agente público por ato de improbidade, observando os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, pode escolher, entre as sanções previstas em lei, aquela que melhor se amolde ao caso concreto.

5. Apelação a que se nega provimento.

O *Parquet* aduz a violação dos arts. 12, II e III, da Lei nº 8.429/92. Argumenta que devem ser impostas, ao recorrido, as sanções de ressarcimento do dano causado ao Erário e multa civil, pois a multa administrativa aplicada pelo Tribunal de Contas da União possui natureza e objetivo diversos, sendo, portanto, acumuláveis.

Não houve apresentação de contrarrazões, conforme certidão de fl. 404, e-STJ.

Juízo positivo de admissibilidade à fl. 405, e-STJ.

Parecer do Ministério Público Federal pelo provimento do recurso especial.

É o relatório.

O Ministro Relator votou para dar provimento ao recurso especial e condenar o demandado ao ressarcimento ao erário e ao pagamento de multa civil.

Pedi vista dos autos a fim de melhor analisá-lo.

Conforme sedimentada jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, nos casos em que fica demonstrada a existência de prejuízo ao erário, a sanção de ressarcimento, prevista no art. 12 da Lei nº 8.429/92, é imperiosa, constituindo consequência necessária do reconhecimento da improbidade administrativa.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. IMPRESCRITIBILIDADE. ART. 37, §5º, DA CF. APLICAÇÃO DAS PENALIDADES. PRAZO QUINQUENAL. *DIES A QUO*. TÉRMINO DO MANDATO DE PREFEITO. RECURSO PROVIDO.

[...] 8. O ressarcimento não constitui penalidade; é consequência lógica do ato ilícito praticado e consagração dos princípios gerais de todo ordenamento jurídico: *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que é seu), *honeste vivere* (viver honestamente) e *neminem laedere* (não causar dano a ninguém).

9. Recurso especial provido para determinar o retorno dos autos à primeira instância para análise do mérito (REsp nº 1028330/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 12/11/2010).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONDENAÇÃO DO AGENTE ÍMPROBO APENAS NO RESSARCIMENTO DOS DANOS CAUSADOS AO ERÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. MULTA ANTERIORMENTE IMPOSTA, POR INFRINGÊNCIA ÀS DISPOSIÇÕES DA LEGISLAÇÃO ELEITORAL. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 12 DA LEI 8.429/92. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

[...]

IV. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “o ressarcimento não constitui sanção propriamente dita, mas sim consequência necessária do prejuízo causado. Caracterizada a improbidade administrativa por dano ao Erário, a devolução dos valores é imperiosa e deve vir acompanhada de pelo menos uma das sanções legais que, efetivamente, visam a reprimir a conduta ímproba e a evitar o cometimento de novas infrações” (STJ, REsp nº 1.184.897/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 27/04/2011).

[...]

VI. Agravo Regimental provido, para conhecer do Recurso Especial e dar-lhe provimento (AgRg no AREsp nº 606.352/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 10/02/2016).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ATO ÍMPROBO CONFIGURADO. IMPOSIÇÃO DE DEVOLUÇÃO EM DOBRO DOS VALORES DESVIADOS. INADEQUAÇÃO. NECESSIDADE DE IMPOSIÇÃO DAS ESPÉCIES DE SANÇÕES PREVISTAS NA LEI 8.429/92. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

[...]

4. A aplicação das penalidades previstas na norma exige que o magistrado considere, no caso concreto, “a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente” (conforme previsão expressa contida no parágrafo único do art. 12 da Lei 8.429/92). Assim, é necessária a análise da razoabilidade e proporcionalidade em relação à gravidade do ato de improbidade e à cominação das penalidades, as quais podem ocorrer de maneira

cumulativa, embora não necessariamente. Nesse sentido: REsp nº 1.091.420/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe de 5.11.2014; AgRg no AREsp nº 149.487/MS, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 29.6.2012.

5. Todavia, apesar de a cumulação das referidas sanções não ser obrigatória, é pacífico no âmbito desta Corte Superior o entendimento de que, caracterizado o prejuízo ao erário, o ressarcimento não pode ser considerado propriamente uma sanção, mas apenas consequência imediata e necessária de reparação do ato ímprobo, razão pela qual não pode figurar isoladamente como penalidade. Sobre o tema: REsp nº 1.315.528/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 9.5.2013; REsp nº 1.184.897/PE, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 27.4.2011; REsp nº 977.093/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 25.8.2009; REsp nº 1.019.555/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 29.6.2009.

[...]

7. Recurso especial provido (REsp nº 1376481/RN, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 22/10/2015).

Saliente-se, ainda, que, como bem apontado no voto do Ministro Relator, não obstante ter o Tribunal de Contas da União condenado o recorrido ao ressarcimento do prejuízo causado e ao pagamento de multa administrativa, é assente o entendimento de que não se configura *bis in idem* a coexistência de título executivo extrajudicial (acórdão do TCU) e sentença condenatória em ação civil pública de improbidade que determinam o ressarcimento ao erário. O que não se permite é a constrição patrimonial além do efetivo prejuízo apurado. Assim, é possível a formação de dois títulos executivos, devendo ser observada a devida dedução do valor da obrigação que primeiramente foi executada no momento da execução do título remanescente.

Confira-se:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – CONDENAÇÃO AO RESSARCIMENTO DO DANO – EXISTÊNCIA DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL PROVENIENTE DE DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS – COEXISTÊNCIA DOS TÍTULOS EXECUTIVOS – POSSIBILIDADE – NÃO OCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM*.

1. O fato de existir um título executivo extrajudicial, decorrente de condenação proferida pelo Tribunal de Contas da União, não impede que os legitimados ingressem com ação de improbidade administrativa requerendo a condenação da recorrida nas penas constantes no art. 12, II da Lei nº 8429/92, inclusive a de ressarcimento integral do prejuízo.

2. A formação do título executivo judicial, em razão da restrição às matérias de defesa que poderão ser alegadas na fase executória, poderá se mostrar mais útil ao credor e mais benéfica ao devedor que, durante o processo de conhecimento, terá maiores oportunidades para se defender.

3. Ademais, não se há falar em *bis in idem*. A proibição da dupla penalização se restringe ao abalo patrimonial que o executado poderá sofrer. O princípio não pode ser interpretado de maneira ampla, de modo a impedir a formação de um título executivo judicial, em razão do simples fato de já existir um outro título de natureza extrajudicial.

4. Na mesma linha de raciocínio, qual seja, a de que o *bis in idem* se restringe apenas ao pagamento da dívida, e não à possibilidade de coexistirem mais de um título executivo relativo ao mesmo débito, encontra-se a súmula 27 desta Corte Superior.

Recurso especial provido (REsp nº 1135858/TO, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 05/10/2009).

Nesse mesmo sentido, o seguinte acórdão da Suprema Corte:

1. O Tribunal de Contas tem atribuição fiscalizadora acerca de verbas recebidas do Poder Público, sejam públicas ou privadas (MS nº 21.644/DF), máxime porquanto implícito ao sistema constitucional a aferição da escorreita aplicação de recursos oriundos da União, mercê da interpretação extensiva do inciso II do art. 71 da Lei Fundamental. 2. O art. 71, inciso II, da CRFB/88 eclipsa no seu âmago a fiscalização da Administração Pública e das entidades privadas. 3. É cediço na doutrina pátria que “o alcance do inciso [II do art. 71] é vasto, de forma a alcançar todos os que detenham, de alguma forma, dinheiro público, sem seu sentido amplo. Não há exceção e a interpretação deve ser a mais abrangente possível, diante do princípio republicano, (...)”. (OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 564). 4. O Decreto nº 200/67 dispõe de há muito que “quem quer que utilize dinheiros públicos terá de justificar seu bom e regular emprego na conformidade das leis, regulamentos e normas emanadas das autoridades administrativas competentes.” 5. O Tribunal de Contas da União, sem prejuízo de sua atuação *secundum constitutionem*, atua com fundamento infraconstitucional, previsto no art. 8º da Lei Orgânica desse órgão fiscalizatório. 6. As instâncias judicial e administrativa não se confundem, razão pela qual

a fiscalização do TCU não inibe a propositura da ação civil pública, tanto mais que, consoante informações prestadas pela autoridade coatora, “na hipótese de ser condenada ao final do processo judicial, bastaria à Impetrante a apresentação dos documentos comprobatórios da quitação do débito na esfera administrativa ou vice-versa”. Assim, não ocorreria duplo ressarcimento em favor da União pelo mesmo fato. 7. Denegação da segurança, sem resolução do mérito, diante da falta de apresentação, nesta ação, de fundamento capaz de afastar a exigibilidade do título constituído pelo TCU em face da Impetrante, ficando ressaltado, *ex vi* do art. 19 da Lei nº 12.016, o direito de propositura de ação própria, ou mesmo de eventual oposição na execução fiscal ou na ação civil pública para o afastamento da responsabilidade da Impetrante (MS 26969, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 18/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-244 DIVULG 11-12-2014 PUBLIC 12-12-2014) (grifo nosso).

No ponto, portanto, acompanho o Relator para condenar o recorrido ao ressarcimento do prejuízo causado ao erário.

Por outro lado, no que se refere ao acréscimo da penalidade de multa civil requerido pelo MPF, não obstante os consistentes fundamentos apresentados, dele divirjo, com a devida vênia.

Consta dos autos, que nas instâncias ordinárias foram impostas, ao recorrido, as sanções de perda de função pública, suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 5 (cinco) anos, proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, pelo prazo de 5 (cinco) anos. Além disso, o Tribunal de Contas da União aplicou-lhe multa administrativa.

Conforme sedimentada jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, as sanções em decorrência de ato improbidade administrativa, previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/92, devem observar o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade. Assim, a cumulação é facultativa, ou seja, deve observar a devida medida da culpabilidade, a gravidade do ato, a extensão do dano causado e a reprimenda do ato ímprobo.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE IMPROBIDADE. RECURSOS ESPECIAIS DO MPMG E DO ACUSADO (EX-PREFEITO). DESVIO DE VERBAS DO FUNDEF PARA PAGAMENTO DO SALÁRIO DO PREFEITO E DE ASSESSORES E DETENTORES DE CARGOS DE CONFIANÇA DO MUNICÍPIO. CONDENAÇÃO POR INFRINGÊNCIA AO ART. 11, I DA LEI 8.492/92. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC. ACÓRDÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. INCONFORMIDADE DE AMBOS OS RECURSOS VOLTADA APENAS

PARA A DOSIMETRIA DA PENA. SANÇÕES APLICADAS: PROIBIÇÃO DE CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO E DE RECEBER BENEFÍCIOS OU INCENTIVOS FISCAIS OU CREDITÍCIOS PÚBLICOS, DIRETA OU INDIRETAMENTE, PELO PRAZO DE 3 ANOS E SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS PELO MESMO PERÍODO. JUÍZO DE EQUIDADE REALIZADO PELO TRIBUNAL A QUO. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. RECURSOS ESPECIAIS DESPROVIDOS.

[...]

4. Na fixação das penas, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, o Juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

[...]

8. Recursos Especiais do recorrente e do MPMG desprovidos (REsp nº 1232785/MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 24/03/2014).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 458 E 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. REVISÃO DA DOSIMETRIA DAS PENAS. IMPOSSIBILIDADE REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. CUMULAÇÃO DE PENAS. DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO. PRECEDENTES. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO.

[...]

5. A jurisprudência desta Corte é assente no sentido de que a cumulação de penalidades na ação de improbidade administrativa é facultativa, devendo o magistrado levar em conta os critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Precedentes. REsp nº 1.324.418/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 05/08/2014, DJe 25/09/2014; EDcl no AREsp nº 360.707/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 05/12/2013, DJe 16/12/2013; (REsp nº 1.283.476/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19/11/2013, DJe 29/11/2013).

[...]

Agravo regimental improvido (AgRg no AREsp nº 695.500/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 16/09/2015).

Tendo em vista as penas já aplicadas pela Corte de origem e pelo TCU e, ainda, a condenação nesta instância de ressarcimento ao erário, verifica-se que as sanções impostas são suficientes, atendendo, pois, o princípio da proporcionalidade e razoabilidade. Dessa feita, indevida a aplicação de multa civil requerida pelo *Parquet*.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso especial, acompanhando em parte o Relator.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2013/0356246-9

PROCESSO ELETRÔNICO REsp nº 1.413.674 / SE

Números Origem: 10762012 200567110141 200785020002311 200785020002359
200885020002182497949

PAUTA: 10/05/2016

JULGADO: 17/05/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO)**

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SÉRGIO KUKINA**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **DARCY SANTANA VITOBELLO**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RECORRIDO: GILDEON FERREIRA DA SILVA

ADVOGADO: ANTÔNIO NERY DO NASCIMENTO JUNIOR

INTERES.: MUNICÍPIO DE TOMAR DO GERU

ADVOGADO: JOSÉ MELO SANTOS

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO –
Atos Administrativos – Improbidade Administrativa – Dano ao Erário

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 maioria, vencido em parte o Sr. Ministro Relator, deu parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto-vista do Sr. Ministro Benedito Gonçalves, que lavrará o acórdão.

Votaram com o Sr. Ministro Benedito Gonçalves (voto-vista) os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Sérgio Kukina (Presidente) e Regina Helena Costa.



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 (Pacto de San José da Costa Rica), assinada em 22 de novembro de 1969, reconheceu uma série de direitos que devem ser respeitados pelos Estados-Partes e, de acordo com o seu art. 2º, se o exercício desses direitos ainda não estiver garantido por comandos legislativos ou de outra natureza, tais Estados comprometer-se-iam a adotar as medidas necessárias para torná-los efetivos.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos, integrado basicamente pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, contribuiu para consolidar uma nova percepção do Direito Internacional. Desde 25 de setembro de 1992, o Brasil é Estado-Parte da Convenção e, em 10 de dezembro de 1998, reconheceu a competência contenciosa da Corte.

A partir de 2015, nossa Revista tomou a iniciativa de divulgar seletos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos, especialmente para facilitar o acesso de nossos assinantes a esse tipo de jurisprudência. No primeiro momento, foram divulgados os quatro casos de condenação do Brasil por violações de direitos humanos: a) Revista nº 55, caso Escher e outros; b) Revista nº 56, caso Gomes Lund e outros; c) Revista nº 57, caso Ximenes Lopes; e, d) Revista nº 58, caso Sétimo Garibaldi.

Nessa nova fase, almejando o fomento do conhecimento jurídico de forma mais ampla e interativa, apresentaremos diversos outros julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos, cujos temas assumem indiscutível relevância no debate jurídico contemporâneo.

CASO VLADIMIR HERZOG E OUTROS *VERSUS* BRASIL

**RELATÓRIO Nº 71/15
CASO 12.879**

**MÉRITO
VLADIMIR HERZOG E OUTROS
BRASIL
28 DE OUTUBRO DE 2015**

ÍNDICE

- I. RESUMO**
- II. TRAMITAÇÃO PERANTE A COMISSÃO APÓS O RELATÓRIO DE ADMISSIBILIDADE**
- III. POSIÇÃO DAS PARTES**
 - A. Posição dos petionários
 - B. Posição do Estado
- IV. QUESTÃO PRÉVIA: RECONHECIMENTO DE RESPONSABILIDADE**
- V. FATOS PROVADOS**
 - A. Contexto e Antecedentes
 - B. Vladimir Herzog e seu trabalho intelectual e jornalístico
 - C. Prisão arbitrária, tortura e morte de Vladimir Herzog
 - D. Atuações no âmbito interno
 - i. Inquérito Policial Militar (IPM Nº 1173-75)
 - ii. Ação Declaratória Nº 136-76, apresentada pelos familiares de Vladimir Herzog
 - iii. Inquérito Policial Nº 487/92 – Justiça Estadual
 - iv. Reconhecimento de Responsabilidade sob a Lei 9.140/1995 (Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos)
 - v. Atuações do Ministério Público Federal (Processo Nº 2008.61.81.013434-2)
 - vi. Ação Civil Pública apresentada pelo Ministério Público Federal (MPF)
 - vii. Atuações da Comissão Nacional da Verdade (CNV) pela Lei Nº 12.528/2011
- VI. ANÁLISE DE MÉRITO**

A. Análise da violação do Artigo I (Direito à vida, à liberdade, à segurança e integridade da pessoa) e do Artigo XXV (Direito de proteção contra a prisão arbitrária) da Declaração Americana

B. Análise da violação do Artigo IV (Direito de liberdade de investigação, opinião, expressão e difusão) e do Artigo XXII (Direito de associação) da Declaração Americana

C. Análise da violação do Artigo XVIII (Direito à Justiça) da Declaração Americana, dos Artigos 8 (Garantias judiciais) e 25 (Proteção Judicial) da Convenção Americana, em relação ao Artigo 1.1 (Obrigação de respeitar os direitos) e ao Artigo 2 (Dever de adotar disposições de direito interno) deste instrumento e Artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura

i. Investigação da Polícia Militar sobre a morte de Vladimir Herzog

ii. Ação Declaratória de natureza civil perante a Justiça Federal de São Paulo

iii. A investigação penal na jurisdição ordinária

D. Análise do direito à vida, à integridade, à segurança e integridade da pessoa (Artigo I) e do direito de proteção à maternidade e à infância (Artigo VII) da Declaração Americana, e do direito à integridade pessoal (Artigo 5.1) da Convenção Americana

VII. CONCLUSÕES

VIII. RECOMENDAÇÕES

I. RESUMO¹

1. Em 10 de julho de 2009, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante, “a Comissão” ou a “CIDH”) recebeu uma petição apresentada pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL/Brasil), a Fundação Interamericana de Defesa dos Direitos Humanos (FiddH), o Centro Santos Dias da Arquidiocese de São Paulo e o Grupo Tortura Nunca Mais de São Paulo (doravante, “os peticionários”), na qual alegaram a responsabilidade internacional da República Federativa do Brasil (doravante, “o Estado” ou o “Brasil”) pela violação de direitos humanos em prejuízo do jornalista Vladimir Herzog (doravante, também, “o jornalista” ou “Herzog”) e seus familiares.

2. Os peticionários alegaram a responsabilidade internacional do Estado pela prisão arbitrária, tortura e morte do jornalista Vladimir Herzog, ocorrida em uma dependência do Exército em 25 de outubro de 1975, e pela contínua impunidade dos fatos, em virtude de uma Lei de Anistia promulgada durante a ditadura militar brasileira. Afirmaram que essas ações configuram uma violação dos artigos I, IV, VII, XVIII, XXI, XXII e XXV da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (doravante, “a Declaração Americana”); dos

¹ Em conformidade com o disposto no artigo 17.2 do Regulamento da Comissão, o Membro da Comissão Paulo Vannuchi, de nacionalidade brasileira, não participou do debate e da decisão do presente caso.

artigos 1, 2, 5, 8, 13 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante, “a Convenção Americana”); e dos artigos 1, 6 e 8 da Convenção Americana para Prevenir e Punir a Tortura (doravante, também, “CIPST”).

3. O Estado afirmou ter adotado uma série de medidas pelas quais reconheceu, em âmbito interno, sua responsabilidade em relação à prisão arbitrária, à tortura e ao assassinato do jornalista Vladimir Herzog por agentes do Estado. O Estado solicitou à Comissão que, ao avaliar o mérito do presente caso, considere as medidas adotadas até o presente.

4. Em 8 de novembro de 2012, a CIDH aprovou o relatório N° 80/12, pelo qual declarou a admissibilidade da petição em relação aos artigos I (direito à vida, à liberdade, à segurança e integridade da pessoa), IV (direito de liberdade de investigação, opinião, expressão e difusão), XVIII (direito à justiça) e XXV (direito de proteção contra prisão arbitrária) da Declaração Americana; aos direitos consagrados nos artigos 5.1 (direito à integridade pessoal), 8.1 (garantias judiciais) e 25 (proteção judicial) da Convenção Americana, em relação com as obrigações gerais estabelecidas nos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento; e aos artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.

5. Após analisar o mérito do caso, a Comissão concluiu que o Estado é responsável pela violação dos direitos consagrados nos artigos I, IV, VII, XVIII, XXII e XXV da Declaração Americana e dos direitos consagrados nos artigos 5.1, 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento. A Comissão também concluiu que o Estado é responsável pela violação dos artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.

II. TRAMITAÇÃO PERANTE A COMISSÃO APÓS O RELATÓRIO DE ADMISSIBILIDADE

6. Em 30 de novembro de 2012, a Comissão notificou as partes a respeito do Relatório de Admissibilidade; concedeu um prazo de três meses para que os peticionários apresentassem observações adicionais quanto ao mérito da petição e colocou-se à disposição das partes para facilitar um processo de solução amistosa. Em 28 de fevereiro de 2013, os peticionários solicitaram uma prorrogação de três meses para apresentar suas observações adicionais em relação ao mérito da petição e foi-lhes outorgado o prazo até 29 de março de 2013, em conformidade com o artigo 37.2 do Regulamento da CIDH. Em 27 de março de 2013 e em 2 de dezembro de 2013, os peticionários solicitaram outra prorrogação de dois meses e três meses, respectivamente, para apresentar suas observações adicionais a respeito do mérito da petição, a qual não lhes foi outorgada, em conformidade com o artigo 37.2 do Regulamento da CIDH.

7. Em 21 de novembro de 2014, os peticionários apresentaram suas observações adicionais em relação ao mérito da petição. Adicionalmente, em 11 de dezembro de 2014, os peticionários apresentaram os anexos do presente caso. Em 13 de janeiro de 2015, a Comissão transmitiu ao Estado as partes pertinentes do escrito citado e solicitou que o Estado apresentasse suas observações no prazo de um mês. Em 21 de janeiro de

2015, o Estado solicitou a concessão do prazo previsto no artigo 37.1 do Regulamento da CIDH, o qual lhe foi outorgado até 13 de maio de 2015. Em 11 de maio de 2015, o Estado solicitou uma prorrogação de dois meses, em conformidade com o artigo 37.2 do Regulamento da CIDH, a qual foi outorgada até 13 de julho de 2015. Em 13 de julho de 2015, o Estado solicitou outra prorrogação, a qual lhe foi negada em conformidade com o artigo 37.2 do Regulamento da Comissão.

8. Em 13 de agosto de 2015, o Estado apresentou suas observações a respeito do mérito da petição. Também apresentou seu interesse em iniciar um processo de Solução Amistosa. Em 20 de agosto de 2015, o mencionado relatório foi trasladado aos peticionários, e solicitou-se que eles se manifestassem no prazo de um mês quanto à sua vontade de iniciar um processo de Solução Amistosa. Em 25 de setembro de 2015, os peticionários apresentaram uma comunicação, na qual informaram que não tinham interesse em iniciar o citado processo com o Estado. Em 16 de outubro de 2015, a mencionada comunicação foi trasladada ao Estado.

III. POSIÇÃO DAS PARTES

A. Posição dos peticionários

9. De acordo com os peticionários, os fatos do presente caso ocorreram no contexto do regime ditatorial no Brasil, que iniciou com um golpe de Estado em 31 de março de 1964 e se estendeu até 1985. A esse respeito, alegaram que durante esse período, as forças de segurança do Estado mantiveram uma prática sistemática e generalizada de graves violações de direitos humanos contra líderes sindicais, dissidentes políticos, jornalistas e estudantes, entre outras pessoas. Essa prática incluía prisões arbitrárias, torturas e execuções extrajudiciais. Do mesmo modo, apontaram a censura prévia imposta aos meios de comunicação no país a fim de garantir que não se difundissem notícias que prejudicassem a imagem de prosperidade desejada pelo regime vigente.

10. Nesse contexto, Vladimir Herzog, jornalista de 38 anos e diretor de jornalismo do canal de televisão pública *TV Cultura*, era supostamente visto pelo regime militar como um “inimigo do Estado”, por conta de reportagens jornalísticas que havia publicado, em particular, uma “reportagem histórica” que fez uma análise da primeira década do golpe militar no Brasil, em 1974. Posteriormente, de acordo com os peticionários, na noite de 24 de outubro de 1975, agentes do Destacamento de Operações de Informação do Centro de Operações de Defesa Interna do II Exército (DOI/CODI) de São Paulo convocaram Vladimir Herzog a prestar declarações na sede desse órgão e tentaram localizá-lo e prendê-lo, sem sucesso. Segundo informam os peticionários, apesar disso, Vladimir Herzog compareceu espontaneamente à sede do DOI/CODI no dia seguinte, 25 de outubro de 1975, para prestar declarações, quando foi arbitrariamente preso, sem a ordem de uma autoridade judicial competente.

11. De acordo com os peticionários, no mesmo dia, o então comandante do DOI/CODI divulgou publicamente que Vladimir Herzog havia morrido em sua cela, supostamente por suicídio. Os peticionários alegam que a morte do jornalista foi uma execução extrajudicial perpetrada por meio de tortura, e que foi disfarçada como um suicídio, seguindo uma prática reiterada durante a ditadura militar brasileira. De acordo com os peticionários, sua morte provocou uma grande comoção na sociedade brasileira e resultou na conscientização acerca da prática generalizada de torturar os presos políticos.

12. Após a morte de Herzog, os peticionários indicam que foi iniciado um Inquérito Policial Militar (IPM Nº 1.173/75), que determinou que sua morte foi causada por suicídio por enforcamento. Como consequência, o Inquérito Policial Militar foi arquivado pela Justiça Militar em 8 de março de 1976. A esse respeito, afirmam que a investigação realizada não observou as garantias mínimas do devido processo e orientou-se a sustentar a legalidade da versão segundo a qual o jornalista teria se suicidado, assegurando assim a impunidade do ocorrido.

13. Porém, os peticionários apontam que familiares de Vladimir Herzog – Clarice Herzog (viúva), Ivo Herzog e André Herzog (filhos) – interpuseram uma ação declaratória civil (*Ação Declaratória* Nº 136/76) pleiteando a responsabilidade da União Federal pela prisão arbitrária, tortura e consequente morte de Herzog, e solicitando a respectiva indenização. De acordo com os peticionários, a ação civil foi interposta após a descoberta de elementos que levavam à conclusão de que a morte por meio de tortura de Vladimir Herzog havia sido dissimulada como um suicídio, em particular, depoimentos de outros presos políticos que tinham estado nas dependências do DOI/CODI de São Paulo e ouviram o jornalista sendo torturado até a sua morte.

14. Os peticionários ressaltaram que essa ação declaratória estabeleceu cabalmente que Vladimir Herzog foi preso arbitrariamente, torturado e assassinado nas dependências do DOI/CODI em São Paulo, mediante sentença emitida em 27 de outubro de 1978. Apesar disso, os peticionários argumentam que após essa decisão, em 28 de agosto de 1979, foi sancionada a Lei 6.683 (“Lei de Anistia” ou “Lei 6.683/79”), que extinguiu a responsabilidade penal de todos os indivíduos que haviam cometido “crimes políticos ou conexos com estes” no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979. Os peticionários argumentaram que a referida Lei de Anistia continua em vigência até o presente e representa um obstáculo à persecução penal de graves violações de direitos humanos, assim como o são os fatos denunciados em sua petição, e que, portanto, ela é incompatível com as obrigações do Estado emanadas da Convenção Americana.

15. Apesar da situação descrita acima, os peticionários listam diversas tentativas posteriores com vistas a alcançar a persecução penal dos responsáveis pela morte de Vladimir Herzog. Nesse sentido, observam que o Ministério Público Estadual de São Paulo solicitou à Polícia Civil o início de uma investigação a respeito da morte do jornalista em 1992, após a publicação de uma reportagem na revista “*Isto É, Senhor*”, em 25 de março de 1992, na qual um oficial do DOI/CODI de codinome “Capitão Ramiro” declarou que interrogou Vladimir Herzog no referido estabelecimento militar e esteve envolvido na sua morte. A esse respeito, os peticionários apontam que o “Capitão

Ramiro” interpôs um recurso de *habeas corpus* à 4ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, que determinou o arquivamento do inquérito policial, em virtude da Lei de Anistia. A decisão foi apelada pelo Ministério Público Estadual, mas foi confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça em 18 de agosto de 1993.

16. Os peticionários observam que, mais recentemente, vários fatos supervenientes lançaram uma nova luz sobre as violações de direitos humanos perpetradas durante a ditadura brasileira, incluindo a promulgação da Lei 9.140/95, pela qual o Estado reconheceu sua responsabilidade pelas mortes e pelos desaparecimentos ocorridos durante o período do regime militar; a consequente criação da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos; a publicação, em 2007, do relatório dessa Comissão Especial: “Direito à Memória e à Verdade”; e a sentença emitida em 24 de novembro de 2010 pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante, “a Corte Interamericana”) no caso *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia)*, entre outros. Os peticionários ressaltam que no livro “Direito à Memória e à Verdade”, o Estado reconheceu sua responsabilidade pela morte mediante tortura de Vladimir Herzog.

17. Os peticionários observam que, com base nos novos fatos citados e no direito internacional, em 5 de março de 2008, representantes do Ministério Público Federal de São Paulo, sem prerrogativa criminal, solicitaram ao Procurador da República de São Paulo que instrísse funcionários da área criminal desse Ministério Público Federal a iniciar uma investigação a respeito da morte de Vladimir Herzog. De acordo com os peticionários, essa solicitação baseou-se no fato de que a competência para tal investigação seria da Justiça Federal, uma vez que os agentes do DOI/CODI eram agentes federais; por tratar-se de um crime de lesa-humanidade imprescritível e não suscetível de anistia; e em virtude das obrigações internacionais do Estado brasileiro, incluindo as obrigações previstas na Convenção Americana.

18. Segundo os peticionários, o representante do Ministério Público Federal responsável pela área criminal discordou de seus colegas e solicitou o arquivamento do processo. Os peticionários indicam que o processo foi arquivado em virtude da decisão da juíza federal encarregada, em 9 de janeiro de 2009. Nessa sentença, a juíza federal reconheceu que a competência original era da Justiça Federal. Contudo, determinou que a decisão anterior adotada pela Justiça Estadual de São Paulo constituía coisa julgada material e que os crimes perpetrados contra Vladimir Herzog haviam prescrito. Os peticionários apontaram que a figura da coisa julgada material, supostamente produzida por meio da decisão do Tribunal Superior de Justiça, e a incorreta aplicação da prescrição seriam outro obstáculo ao julgamento das alegadas violações de direitos humanos.

19. Como consequência, de acordo com os peticionários, a aplicação da Lei de Anistia e das disposições do direito interno privariam Vladimir Herzog e seus familiares da proteção judicial, bem como do seu direito a serem ouvidos por uma autoridade competente, e impediria que eles obtivessem uma reparação adequada. Indicaram que a impunidade em que se encontram os fatos, em razão do descumprimento da obrigação de investigar, também configura uma situação de violação continuada

dos artigos 4, 5 e 7 da Convenção Americana, relativas ao dever geral estabelecido no artigo 1.1 do mesmo instrumento. De acordo com os peticionários, essa situação se torna mais grave, considerando-se o caráter de *jus cogens* da disposição, que proíbe “expressamente” a prática dos crimes de lesa-humanidade e impõe o dever de investigar e punir os responsáveis.

20. Ademais, os peticionários alegaram que ao não adotar as medidas necessárias para dar os efeitos próprios [*effet utile*] às disposições da Convenção Americana e à jurisprudência da Corte Interamericana, o Estado também incorreu em responsabilidade internacional por omissão. Apontaram que tal violação teria um caráter permanente e persistiria até que se realizasse uma investigação diligente, imparcial e efetiva dos fatos, com o objetivo de identificar, julgar e punir todos os responsáveis.

21. Nesse sentido, os peticionários se referiram à sentença da Corte Interamericana no caso *Gomes Lund e outros*, na qual a Corte determinou que a Lei 6.683/79 não podia continuar representando um obstáculo para a investigação e punição dos responsáveis por graves violações de direitos humanos. Do mesmo modo, indicaram que a Corte Interamericana ressaltou que este ponto resolutivo da sentença teria efeitos para outros casos de graves violações de direitos humanos que ocorreram no Brasil. Assim, de acordo com os peticionários, isso se aplicaria ao caso de Vladimir Herzog, uma vez que a sua tortura e execução arbitrária seriam graves violações de direitos humanos. A esse respeito, indicaram que os obstáculos legais utilizados pelas autoridades nacionais no caso de Vladimir Herzog seriam os mesmos que foram afastados pela Corte no caso *Gomes Lund e outros*. Assim, segundo os peticionários, essa sentença teria produzido coisa julgada internacional e tem um caráter obrigatório e vinculante para todos os órgãos estatais.

22. Segundo os peticionários, a permanente impunidade e a falta de informações completas em relação às circunstâncias da morte de Vladimir Herzog não permitem que sua família e que a sociedade saibam toda a verdade a respeito do ocorrido, em violação do direito à verdade.

23. De acordo com os peticionários, as circunstâncias dos fatos denunciados no presente caso causaram danos à integridade psíquica e moral da mãe de Vladimir Herzog, Zora Herzog, que, segundo os peticionários, morreu em 18 de novembro de 2006; de sua viúva Clarice Herzog, e de seus dois filhos André e Ivo Herzog.

24. Em relação aos filhos de Vladimir Herzog, André e Ivo Herzog, que na época dos fatos deste caso tinham sete e nove anos de idade, respectivamente, os peticionários alegaram que o “impacto negativo” da prisão arbitrária, da tortura e da morte de Herzog e os danos causados pela alegada impunidade foram “especialmente agravados” pela sua condição de crianças.

25. Por fim, os peticionários apontaram, em comunicação de 25 de setembro de 2015, que os fatos denunciados no presente caso não sofreram “qualquer modificação” desde sua comunicação anterior, de novembro de 2014, e que não foi formalizada qualquer denúncia penal que possibilite a abertura de um processo penal, “perpetuando desta forma, por décadas, o cenário de contínua impunidade”. Do mesmo modo, os

peticionários reiteraram que no Brasil, a Lei de Anistia, assim como a aplicação de “institutos de excludentes de responsabilidade criminal, prescrição e a coisa julgada, seguem sendo óbices legais à investigação, processamento e responsabilização de agentes públicos que atuaram na repressão à dissidência política durante a ditadura civil militar brasileira”.

B. Posição do Estado

26. O Estado alegou que não incorreu em omissão em relação aos fatos denunciados no presente caso e que inclusive reconheceu formalmente em âmbito interno sua responsabilidade pela prisão arbitrária, tortura e assassinato do jornalista Vladimir Herzog por agentes do Estado, na sede do DOI-CODI/II Exército, em 1975. A esse respeito, o Estado referiu-se à sentença de 1978 proferida pela Justiça Federal, mediante a qual se declarou a responsabilidade do Brasil por esses fatos. O Estado também afirmou ter promovido um conjunto de medidas de reparação e não repetição, em relação à morte de Vladimir Herzog. Ressaltou, nesse sentido, que em março de 1996, a Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos reconheceu a responsabilidade do Estado pela morte de Vladimir Herzog, em conformidade com o disposto no artigo 4º, I, “b” da Lei 9.140/95 e, como consequência, outorgou a reparação monetária de R\$100.000,00 (cem mil reais) à sua viúva, Clarice Herzog. O Estado destacou que a morte de Herzog revelou as violações de direitos humanos perpetradas contra os presos políticos durante a ditadura militar, abrindo a discussão rumo à redemocratização do Brasil.

27. Do mesmo modo, o Estado se referiu a diversas iniciativas adotadas com vistas a preservar o direito à memória de Vladimir Herzog, por exemplo, o lançamento, em 2007, do livro “Direito à Memória e à Verdade”, elaborado pela Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos. Esse livro traz um relato a respeito da trajetória profissional do jornalista e as circunstâncias de sua morte. O Estado observou também que em 2009 apoiou a criação do Instituto Vladimir Herzog, a fim de contribuir para a proteção do direito à vida e do acesso à justiça. Em dezembro de 2011, a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República outorgou ao Instituto Vladimir Herzog o prêmio nacional de direitos humanos na categoria de “Verdade e Memória” pelo seu projeto *Resistir é preciso*, sob os auspícios do Governo Federal. O Estado apontou que esse projeto estaria “resgatando e divulgando informações sobre jornalistas e jornais que combateram a ditadura, entre 1964 e 1979 – ano em que entrou em vigor a Lei da Anistia”.

28. O Estado ressaltou a criação da Comissão Nacional da Verdade (doravante, CNV) em 16 de maio de 2012, no âmbito da Casa Civil da Presidência da República. Indicou que essa Comissão foi instituída pela Lei 12.528, de 18 de novembro de 2011, “para examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticadas entre 1946 e 1988”, a fim de promover a reconciliação nacional e efetivar o direito à memória e à verdade histórica. O Estado alegou que por um lado, o artigo 4º, § 4º da Lei menciona que as “atividades da Comissão Nacional da Verdade não terão caráter jurisdicional ou persecutório”, mas, por outro, compreende que a CNV pôde, com base em suas atribuições, “identificar a autoria e tornar de conhecimento público o resultado de suas apurações”.

29. Do mesmo modo, informou que ao final de seu mandato, em 10 de dezembro de 2014, a Comissão Nacional da Verdade apresentou seu Relatório composto por três tomos e abordou casos como o de Vladimir Herzog. A esse respeito, o Brasil apontou que o relatório apresenta informações relativas às circunstâncias de sua morte, a lista de agentes do Estado que poderiam ser responsabilizados pelas “graves violações de direitos humanos” ocorridas em seu caso e sua biografia. Do mesmo modo, a CNV registrou em seu relatório final “não existir mais qualquer dúvida acerca das circunstâncias da morte de Vladimir Herzog, detido ilegalmente, torturado e assassinado por agentes do Estado nas dependências do DOI-CODI do II Exército, em São Paulo, em outubro de 1975”.

30. Adicionalmente, o Estado brasileiro informou que em 2012, a 2ª Vara de Registros Públicos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ordenou a retificação do atestado de óbito de Vladimir Herzog. De acordo com o Estado, o Juiz determinou a retificação para que se constasse que a morte de Vladimir Herzog foi consequência de lesões e maus-tratos sofridos sob a custódia do Exército.

31. O Estado indicou que a CNV, em suas conclusões e recomendações a respeito do caso de Vladimir Herzog, recomendou a continuação das investigações penais para a identificação e responsabilização dos agentes envolvidos. A esse respeito, o Brasil indicou que o relatório final recomenda a criação de um órgão permanente com a atribuição de dar seguimento às ações e recomendações da CNV. Adicionou que além de contribuir para a não repetição dos fatos, os esforços da CNV também apoiam o fortalecimento dos procedimentos de investigação criminal e das ações penais apresentadas pelo Ministério Público Federal.

32. De acordo com o Estado, três projetos de lei estão em tramitação no Congresso Nacional e duas ações de controle de constitucionalidade estão em tramitação perante o Supremo Tribunal Federal (doravante, STF) com o objetivo de modificar a Lei Nº 6.683/79 (Lei de Anistia).

33. Em relação às reformas legislativas, o Estado informou que, por meio do Projeto de Lei [PL] 573/2011, o Poder Legislativo pretende dar uma “interpretação autêntica” do disposto no artigo 1º, § 1, da Lei de Anistia, de tal forma que o conceito de “crimes conexos” “[n]ão incluem os crimes cometidos por agentes públicos, militares ou civis, contra pessoas que, de modo efetivo ou suposto, praticaram crimes políticos”. Por sua vez, o PL 7.357/2014 busca excluir da Lei de Anistia “[o]s agentes públicos, militares ou civis que tenham cometido crimes de tortura, sequestro, cárcere privado, execução sumária, ocultação de cadáver ou de atentado”. Em 9 de abril de 2014, foi determinada a sua anexação ao PL 573/2011. O Estado também se referiu ao Projeto de Lei 237/2013, que, além de definir o conceito de “crime conexo” contido no artigo 1º, §1, da Lei de Anistia nos mesmos termos mencionados, busca estabelecer que a prescrição ou outros motivos de extinção da punibilidade não se apliquem aos crimes, aos que se refere o artigo 1º.

34. Quanto às ações perante o Supremo Tribunal Federal, o Estado apontou que existem duas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs).

35. Em relação à primeira delas, ADPF 153, o Estado informou que, apesar de o Supremo Tribunal Federal (STF) ter ditado uma sentença em 20 de abril de 2010, a Ordem dos Advogados do Brasil apresentou um recurso denominado Embargo de Declaração, cuja decisão estava, até então, pendente. Do mesmo modo, alegou que em 21 de março de 2011, a Ordem dos Advogados do Brasil solicitou ao STF que, ao decidir o recurso, pronuncie-se “expressamente sobre a executoriedade, [no Brasil] da Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, de 24 de novembro de 2010”.

36. Em relação à segunda delas, ADPF 320, o Brasil indicou que ela foi apresentada em maio de 2014 para que o STF declare que a Lei de Anistia, de modo geral, “não se aplica aos crimes de graves violações de direitos humanos, cometidos por agentes públicos, militares ou civis, contra pessoas que, de modo [efetivo] ou suposto, praticaram crimes políticos” e, de modo especial, para que essa Lei não seja aplicada “aos autores de crimes continuados ou permanentes, tendo em vista que os efeitos desse diploma legal expiraram em 15 de agosto de 1979 (art. 1º)”. Do mesmo modo, a ação solicitou que o Estado brasileiro cumpra “integralmente” os doze pontos decisórios da conclusão da sentença do caso *Gomes Lund e outros* da Corte Interamericana.

37. O Estado informou que a ADPF 320 foi apensada à ADPF 153, em função da identidade temática entre os dois processos.

38. De acordo com o Estado, desde a sentença da Corte Interamericana no caso *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, o Ministério Público Federal, em cumprimento aos pontos resolutivos 3 e 9 dessa decisão, adotou como instrução institucional “investigar e ajuizar ações penais contra agentes do Estado envolvidos em graves violações a direitos humanos cometidas durante a ditadura”. Nesse contexto, indicou que desde 2012, foram iniciados cerca de 290 procedimentos de investigação criminal e foram ajuizadas 12 ações penais contra 24 agentes civis e militares ligados à ocultação de cadáveres, sequestro, homicídio, associação criminosa armada, fraude processual e transporte de explosivos.

39. Em relação às mencionadas denúncias apresentadas pelo Ministério Público Federal, o Brasil indicou que elas se referiam “[a]o contexto de ataque sistemático e generalizado à população civil em que os crimes foram praticados e à classificação dos fatos como delitos de lesa-humanidade”. Apontou também que essas ações penais estão sendo processadas e julgadas na “jurisdição ordinária” e não no “foro militar”, em conformidade com o parágrafo 257 da sentença ditada pela Corte Interamericana no caso *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*.

40. O Estado também indicou que em 2011, foi criado o Grupo de Trabalho “Justiça Transicional” na 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, com a finalidade de atuar nos aspectos penais do cumprimento da sentença da Corte Interamericana no caso *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*.

41. De acordo com o Estado, após a publicação, em dezembro de 2014, do Relatório da Comissão Nacional da Verdade, o supracitado Grupo de Trabalho fez um levantamento das 434 pessoas indicadas no documento como vítimas de morte ou

desaparecimento durante a ditadura militar, a fim de verificar quais delas ainda não haviam sido objeto de investigações nos 290 Procedimentos Investigatórios Criminais já instituídos. E apontou que esses procedimentos envolviam cerca de 340 vítimas. Após essa verificação, o Grupo de Trabalho apresentou um requerimento aos respectivos “procuradores naturais”, membros do Ministério Público com competência legalmente estabelecida, solicitando a instauração das investigações ligadas a outras 102 vítimas.

42. Por fim, o Brasil indicou que a atuação do Ministério Público Federal não se limita aos crimes ocorridos durante a *Guerrilha do Araguaia* e apontou que seria feita uma “interpretação ampla” do que foi determinado na sentença da Corte Interamericana. Também informou a respeito do acordo assinado entre a Procuradoria Geral da República e a Procuradoria Geral da Nação Argentina para a criação da primeira equipe conjunta de investigação enfocada na “Operação Condor”.

43. O Estado apontou outras medidas que está implementando em relação ao direito à verdade e à memória, bem como à justiça transicional. Essas medidas estariam sendo implementadas no âmbito da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça, da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República e do Ministério Público Federal.

44. No âmbito da Comissão de Anistia, o Estado brasileiro fez referência ao Memorial da Anistia Política do Brasil, que se encontra em fase de implementação. Entre outras coisas, destacou que o Memorial terá um centro de documentação e pesquisa que permitirá ao público interessado o acesso à integralidade dos acervos da Comissão de Anistia. Também informou a respeito do Projeto *Caravanas de Anistia*, que consiste de sessões públicas itinerantes de apreciação de requerimentos de anistia, seguidas de atividades educativas e culturais. Além de informar a respeito das publicações da Comissão de Anistia, apontou a realização do “Ciclo 50 anos”, que inclui diversas atividades alusivas ao cinquentenário do “golpe civil-militar”.

45. O Brasil também informou a respeito das atividades desenvolvidas no âmbito da Secretaria de Direitos Humanos, incluindo, entre outras, a *Mostra de Cinema em Direitos Humanos*, que em 2014 teve o tema “Memória e Verdade” e os 50 anos passados desde o “golpe de 64”, o projeto *Direito à Memória e à Verdade* e o portal *Memórias da Ditadura*.

IV. QUESTÃO PRÉVIA: RECONHECIMENTO DE RESPONSABILIDADE

46. Em seu escrito de setembro de 2012, o Estado afirmou que “é importante reiterar, de início, que o Estado brasileiro reconhece as violações perpetradas contra Vladimir Herzog”. Afirmou que sua posição contra a admissibilidade da petição não significava “por em dúvida a gravidade dos atos cometidos contra Vladimir Herzog. O Estado, contudo, não pode deixar de questionar as alegações dos peticionários de que teria sido omissos, de que não teria reconhecido sua responsabilidade e de que não teria buscado reparar as vítimas”. Também reconheceu “a necessidade de melhor averiguar as circunstâncias e os fatos relacionados ao homicídio de Vladimir

Herzog, inclusive em relação à autoria dessas violações”. O Estado também destacou que a morte de Herzog revelou as graves violações de direitos humanos perpetradas contra os presos políticos durante a ditadura militar.

47. Posteriormente, em seu escrito de agosto de 2015, o Estado reiterou que adotou uma série de medidas pelas quais reconhece, no âmbito interno, sua responsabilidade em relação à prisão arbitrária, à tortura e ao assassinato do jornalista Vladimir Herzog por agentes do Estado em dependências do Exército. De acordo com o Estado, essas medidas incluem a reparação material concedida a Clarice Herzog, viúva do jornalista; a sentença emitida pelo Poder Judiciário em 1978, na qual se reconheceu a responsabilidade do governo federal nesses fatos; a determinação da verdade dos fatos no relatório da Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP), publicado em 2007, e no relatório final apresentado pela Comissão Nacional da Verdade em 10 de dezembro de 2014. Também destacou que três projetos de lei estão em tramitação no Congresso e duas ações de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) estão em tramitação no Supremo Tribunal Federal (STF), a fim de modificar a Lei de Anistia. Do mesmo modo, o Estado do Brasil informou que desde a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, o Ministério Público Federal (MPF), em cumprimento aos pontos 3 e 9 da mesma decisão, adotou como orientação institucional “investigar e ajuizar ações penais contra agentes do Estado envolvidos em graves violações de direitos humanos cometidas durante a ditadura”.

48. O Estado do Brasil indicou que essas medidas demonstram “a firme disposição do Estado de proporcionar uma reparação integral pelas violações de direitos humanos invocadas pelos peticionários”.

49. Em seu escrito de novembro de 2014, os peticionários valorizaram o reconhecimento de responsabilidade manifestado pelo Estado nesse procedimento internacional e solicitaram que a CIDH “tome nota e incorpore os termos de tais manifestações em sua análise quanto ao mérito do presente caso”. No entanto, afirmou também que “resta evidente que as distintas manifestações realizadas pelo Estado brasileiro em relação ao reconhecimento de responsabilidade neste caso não são suficientemente claras. O Estado não especificou quais são os fatos alegados [pelos peticionários] que aceita como certos, nem sobre quais violações aos direitos das vítimas e seus familiares aceita [sua] responsabilidade”.

50. A Comissão adverte que apesar de o Estado ter omitido a especificação dos fatos concretos que admitia e as violações dos direitos alegados que reconhecia, é clara a sua disposição de reconhecer os fatos e as violações resultantes da prisão arbitrária, tortura e assassinato do jornalista Vladimir Herzog. Nessa medida, o reconhecimento feito pelo Estado constitui uma admissão desses fatos, bem como um alinhamento com as pretensões de direito contidas na petição a esse respeito. Do mesmo modo, a CIDH observa que os fatos do presente caso não foram controvertidos nem objetados pelo Estado, e, assim como se verá, os mesmos se encontram devidamente acreditados nos autos do processo.

51. Como já se afirmou em outras oportunidades, o reconhecimento de responsabilidade é uma contribuição positiva ao desenvolvimento deste processo, à vigência dos princípios que inspiram o Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos e à conduta à qual os Estados estão obrigados nesta matéria.

52. Assim, a CIDH entende que cessou a controvérsia quanto à responsabilidade internacional do Estado pela prisão arbitrária, tortura e assassinato do jornalista Herzog, perpetrados em um contexto de graves violações de direitos humanos contra os presos políticos durante a ditadura militar, e a consequente violação dos artigos I, IV e XXV da Declaração Americana em seu prejuízo. Porém, considera que o reconhecimento que foi feito é ambíguo em relação às consequências jurídicas da falta de investigação, julgamento e punição dos responsáveis pela prisão arbitrária, tortura e assassinato de Vladimir Herzog, e, em particular, das alegadas violações dos direitos dos familiares do jornalista e que, por isso, é necessário analisar de forma integral os fatos e todos os elementos do mérito do assunto.

V. FATOS PROVADOS

53. Aplicando o artigo 43.1 do seu Regulamento, a Comissão considerará as alegações e as provas apresentadas pelas partes, bem como as informações de conhecimento público.² Estas últimas poderão incluir leis, decretos e outros atos normativos vigentes no Brasil no momento dos fatos do presente assunto e resumos da tramitação de ações judiciais, publicados em relação aos fatos do caso. A CIDH também ressalta que, para a determinação dos fatos contidos na seção a seguir, baseia-se no Relatório Direito à Verdade e à Memória, da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos da Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República, publicado em 2007, e no Relatório da Comissão Nacional da Verdade do Brasil, publicado em 10 de dezembro de 2014.

54. Do mesmo modo, em conformidade com o artigo 38 do seu Regulamento³ e à luz do alcance do reconhecimento de responsabilidade, feito pelo Estado, a CIDH presume como verdadeiros os fatos alegados que não foram controvertidos pelo Estado do Brasil, sempre que de outros elementos de convicção não resulte uma conclusão contrária.

² Regulamento da CIDH, Artigo 43.1. “A Comissão deliberará quanto ao mérito do caso, para cujos fins preparará um relatório em que examinará as alegações, as provas apresentadas pelas partes e a informação obtida em audiências e mediante investigações *in loco*. Além disso, a Comissão poderá levar em conta outra informação de conhecimento público”.

³ Regulamento da CIDH, Artigo 38. “Presumir-se-ão verdadeiros os fatos relatados na petição, cujas partes pertinentes hajam sido transmitidas ao Estado de que se trate, se este, no prazo máximo fixado pela Comissão de conformidade com o artigo 37 do presente Regulamento, não proporcionar a informação respectiva, desde que, de outros elementos de convicção, não resulte conclusão diversa”. A disposição citada corresponde ao Artigo 39 do Regulamento aprovado em 1980 e vigente na data de apresentação da petição, e ao Artigo 39 do Regulamento aprovado em 2000, que estava em vigor na decisão de admissibilidade.

A. Contexto e Antecedentes

55. Como reconheceu o Estado, os fatos do presente caso enquadram-se em um contexto de graves violações de direitos humanos cometidas durante a ditadura civil-militar instaurada no Brasil após o golpe de Estado de 31 de março de 1964,⁴ que se estendeu por 21 anos.⁵

56. Em sua sentença no caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos observou que “cerca de 50 mil pessoas foram 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.”⁶ Mais recentemente, a Comissão Nacional da Verdade do Brasil documentou que nessa época houve 434 mortos e desaparecidos políticos no Brasil e no Exterior.⁷

57. Como consta em documentos oficiais, as graves violações de direitos humanos cometidas durante a ditadura militar foram parte de uma política de repressão planejada e executada pelo Estado, por meio dos órgãos das Forças Armadas, das polícias Militar e Civil, e do Poder Judiciário, com o propósito de eliminar qualquer resistência ao golpe de Estado e ao regime instaurado. Assim como em outros regimes em vigor na mesma época na região,⁸ a ditadura no Brasil articulou um “gigantesco aparato repressivo”⁹ sobre a base da “Doutrina de Segurança Nacional”.¹⁰

58. A ditadura militar brasileira não foi um fato isolado na América Latina. Ela estava inserida no contexto geopolítico mundial da assim chamada “Guerra Fria”. Na América Latina, salvo raras exceções, nas décadas de 1960 e 1970, os países do Cone Sul – Paraguai (1954), Brasil (1964), Argentina (1966 e 1976), Uruguai (1973) e Chile (1973) – vivenciaram ditaduras militares

⁴ Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C, Nº 219, § 2 e 85; *Anexo 1*. Brasil. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Direito à Memória e à Verdade: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Brasília, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007, fl. 21. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014; *Anexo 2*. Relatório da Comissão Nacional da Verdade. Volume I. Parte I, “A Comissão Nacional da Verdade”. Capítulo 1 – A criação da Comissão Nacional da Verdade (E) Comissões da verdade: a experiência internacional, fl. 41, §77, de 10 de dezembro de 2014. Anexo à comunicação do Estado de 12 de agosto de 2015.

⁵ *Anexo 2*. Relatório da Comissão Nacional da Verdade. Volume I. Parte II, “As estruturas do Estado e as graves violações de direitos humanos”. Capítulo 3 – Contexto histórico das graves violações entre 1946 e 1988 (E) O golpe de 1964, fl. 97, § 62, de 10 de dezembro de 2014. Anexo à comunicação do Estado de 12 de agosto de 2015.

⁶ Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C, Nº 219, § 87.

⁷ *Anexo 3*. Relatório da Comissão Nacional da Verdade. Volume III – Mortos e desaparecidos políticos. Introdução. fl. 26, de 10 de dezembro de 2014. Anexo à comunicação do Estado de 12 de agosto de 2015.

⁸ Corte IDH. *Caso Goiburú e outros vs. Paraguai*. Sentença de 22 de setembro de 2006. Série C, Nº 153; Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Sentença de 14 de março de 2001, Série C, Nº 75; Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. Sentença de 26 de setembro de 2006 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Série C, Nº 154; Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguai*, Sentença de 24 de fevereiro de 2011 (Mérito e Reparações), série C, Nº 221.

⁹ *Anexo 3*. Relatório da Comissão Nacional da Verdade. Volume III – Mortos e desaparecidos políticos. Introdução. fl. 23, de 10 de dezembro de 2014. Anexo à comunicação do Estado de 12 de agosto de 2015.

¹⁰ Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C, Nº 219, §85; *Anexo 1*. Brasil. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Direito à Memória e à Verdade: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Brasília, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007, fl. 22. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

que também aplicaram a estratégia de luta contra o comunismo por meio da “Doutrina de Segurança Nacional.”¹¹ A esse respeito, a Corte Interamericana afirmou que na maioria dos governos ditatoriais da região do Cone Sul que chegaram ao poder ou estavam no poder durante a década de 1970, “(...) o embasamento ideológico de todos esses regimes era a ‘Doutrina de Segurança Nacional’, pela qual eles visualizavam os movimentos de esquerda e outros grupos como ‘inimigos comuns’”¹².

59. Com base na Doutrina de Segurança Nacional, o regime militar no Brasil emitiu sucessivas “Leis de Segurança Nacional”¹³. Do mesmo modo, o suporte jurídico mais preponderante do regime militar no Brasil foi o denominado “Ato Institucional” (doravante, “AI”).¹⁴

60. A evolução do ordenamento jurídico repressivo gradualmente provocou reações dos setores populares. Em particular, o movimento estudantil se manifestou de modo enérgico, até alcançar o seu auge nas grandes manifestações de 1968.¹⁵

61. Nesse contexto de aumento dos protestos populares contra o regime militar, em 13 de dezembro de 1968, o então presidente Costa e Silva ditou o AI-5. Diferentemente dos outros AIs, o AI-5 não tinha prazo de vigência; “era a ditadura sem disfarces”.¹⁶ O Congresso Nacional foi fechado e o AI-5 restabeleceu a possibilidade de demissões sumárias, terminações sumárias de mandatos, suspensões de direitos políticos e a suspensão dos direitos constitucionais à liberdade de expressão e reunião. Além disso, permitiu a proibição do exercício profissional (o que prejudicou a atividade jornalística), permitiu o confisco de bens e suspendeu a garantia do *habeas corpus* em casos de crimes políticos contra a segurança nacional.¹⁷

¹¹ Demanda da Comissão Interamericana de Direitos Humanos perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos contra a República Federativa do Brasil. Caso 11.552 – *Júlia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia)*, de 26 de março de 2009, §53.

¹² Corte IDH. *Caso Goiburú e outros vs. Paraguai*, Sentença de 22 de setembro de 2006. Série C, Nº 153, §61.5.

¹³ Demanda da Comissão Interamericana de Direitos Humanos perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos contra a República Federativa do Brasil. Caso 11.552 – *Júlia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia)*, de 26 de março de 2009, §54; *Anexo 1*. Brasil. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Direito à Memória e à Verdade: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Brasília, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007, fl. 19. *Anexo* à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹⁴ Os Atos Institucionais eram normas de exceção emitidas por meio de Decretos do Poder Executivo, isto é, do próprio governo militar, que podiam inclusive reformar matérias constitucionais, outorgando assim ao regime total liberdade para modificar ou suspender direitos estabelecidos na Constituição de 1946. Demanda da Comissão Interamericana de Direitos Humanos perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos contra a República Federativa do Brasil. Caso 11.552 – *Júlia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia)*, de 26 de março de 2009, §54.

¹⁵ Demanda da Comissão Interamericana de Direitos Humanos perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos contra a República Federativa do Brasil. Caso 11.552 – *Júlia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia)*, de 26 de março de 2009, §59; *Anexo 4*. GASPARI, Elio. *A Ditadura Envergonhada*. São Paulo, Companhia das Letras, 2004, p.277-283. *Anexo* à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014; *Anexo 1*. Brasil. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Direito à Memória e à Verdade: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Brasília, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007, fls. 24 e 25. *Anexo* à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹⁶ Demanda da Comissão Interamericana de Direitos Humanos perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos contra a República Federativa do Brasil. Caso 11.552 – *Júlia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia)*, de 26 de março de 2009, §60.

¹⁷ Demanda da Comissão Interamericana de Direitos Humanos perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos contra a República Federativa do Brasil. Caso 11.552 – *Júlia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia)*, de 26 de março de 2009, § 60; Ver também: *Anexo 4*. GASPARI, Elio. *A Ditadura Envergonhada*. São Paulo, Companhia das Letras, 2004, p 340. *Anexo* à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de

62. Do mesmo modo, em março de 1970, durante o mandato do Presidente Médici, o então Ministro do Exército, General Geisel (que se tornou o Presidente da República seguinte), codificou a atuação policial do Exército em um documento chamado “Diretriz Presidencial de Segurança Interna”. Em julho de 1970, o Ministro Geisel comunicou aos generais sob o seu mando que, em conformidade com as instruções do presidente Médici, o Exército assumiria o comando das atividades de segurança, e, por isso, prevaleceria sobre a Marinha e a Aeronáutica, e também sobre a gestão civil de segurança. Dois meses depois, o Ministério do Exército criou os Destacamentos de Operações de Informações – DOI. Apesar da primazia do Exército, criou-se também um órgão colegiado para garantir a participação das três Forças Armadas: o Centro de Operações de Defesa Interna – CODI.¹⁸

63. Segundo a CNV, em janeiro de 1970, os DOI/CODI estavam instalados em várias capitais do país¹⁹ como “unidades de inteligência especializadas em operações e subordinadas aos comandantes de cada força”.²⁰ De acordo com um estudo das Forças Armadas de 1977, o CODI tinha a finalidade de “[g]arantir a necessária coordenação do planejamento e da execução das medidas de Defesa Interna, nos diversos escalões de Comando”.²¹ Por sua vez, o DOI era encarregado de realizar detenções, investigações e interrogatórios.²²

64. A CEMDP concluiu que “[c]hefiado por um alto oficial do Exército, o DOI-CODI assumiu o primeiro posto na repressão política no país”.²³ A CEMDP destacou que apenas o DOI-CODI do II Exército, no estado de São Paulo, foi responsável, no mínimo, por mais de 6.000 prisões e pelo menos 64 casos de desaparecimentos ou mortes.²⁴

65. Em 1974, o general Ernesto Geisel tomou posse como Presidente da República em meio a um desgaste da imagem do regime, especialmente no exterior, após numerosas

2014; Anexo 1. Brasil. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Direito à Memória e à Verdade: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Brasília, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007, fl. 26. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹⁸ Demanda da Comissão Interamericana de Direitos Humanos perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos contra a República Federativa do Brasil. Caso 11.552 – *Júlia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia)*, de 26 de março de 2009, § 63.

¹⁹ Anexo 2. Relatório da Comissão Nacional da Verdade. Volume I. Parte II, “As estruturas do Estado e as graves violações de direitos humanos”, Capítulo 4 – Órgãos e procedimentos da repressão política. fl. 112, § 1, de 10 de dezembro de 2014. Anexo à comunicação do Estado de 12 de agosto de 2015.

²⁰ Anexo 2. Relatório da Comissão Nacional da Verdade. Volume I. Parte II, “As estruturas do Estado e as graves violações de direitos humanos”, Capítulo 4 – Órgãos e procedimentos da repressão política, (B) Órgãos de repressão do Exército, fl. 138, § 101, de 10 de dezembro de 2014. Anexo à comunicação do Estado de 12 de agosto de 2015.

²¹ Anexo 5. PEREIRA, Freddie Perdigão. *O Destacamento de Operações de Informações (DOI) – Histórico Penal no Combate à Subversão – Situação Atual e Perspectivas*. Monografia. Escola de Comando e Estado Maior do Exército, Rio de Janeiro, 1977, p. 20. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

²² Anexo 2. Relatório da Comissão Nacional da Verdade. Volume I. Parte II, “As estruturas do Estado e as graves violações de direitos humanos”, Capítulo 4 – Órgãos e procedimentos da repressão política, (B) Órgãos de repressão do Exército, fl. 138, § 101, de 10 de dezembro de 2014. Anexo à comunicação do Estado de 12 de agosto de 2015.

²³ Anexo 1. Brasil. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Direito à Memória e à Verdade: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Brasília, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007, fl. 23. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

²⁴ Anexo 6. Petição Inicial da Ação Civil Pública Nº 2008.61.00.011414-5, datada de 12 de maio de 2008, fls. 12 e 13. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

denúncias de violações dos direitos humanos, difundidas em particular pela Igreja Católica.²⁵ Como consequência, ao chegar ao poder, Geisel buscou recuperar a “legitimidade” perdida durante o governo do ex-presidente Médici, com promessas de uma “abertura” lenta e gradual, além de abrandar, relativamente, as restrições à liberdade de imprensa.²⁶

66. De acordo com o Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade (CNV):

Até o final do mandato, a Presidência de Geisel será caracterizada – talvez mais do que as anteriores – por um duplo movimento que atravessa todo o período ditatorial. O primeiro dizia respeito à vigilância repressiva em vários níveis: censura à imprensa, prisões, tortura e assassinatos. Mais tarde, o próprio Geisel legitimaria a violência quando, em depoimento concedido a historiadores sobre sua trajetória no regime autoritário de 64, admitiu considerar a tortura necessária em determinados casos: “Há circunstâncias em que o indivíduo é impelido a praticar a tortura, para obter determinadas confissões e, assim, evitar um mal maior”. Um segundo movimento era o da reinvenção institucional casuística que visava [a] resguardar o caráter autoritário do regime em circunstâncias diversas.²⁷

67. Sob o mandato de Geisel, uma extensa ofensiva dos órgãos de segurança do regime militar contra o Partido Comunista do Brasil (PCB) começou a tornar-se pública. De acordo com o Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade (CNV), em janeiro de 1975, o regime empreendeu “[a]ções repressivas contra o Partido Comunista Brasileiro (PCB). Dezenas de militantes foram presos e torturados”.²⁸ Apesar do fato de que o PCB era uma das organizações de oposição que não haviam aderido à “resistência armada”,²⁹ entre os anos de 1974 e 1975, “os órgãos de segurança eliminaram fisicamente a quase totalidade”

²⁵ Demanda da Comissão Interamericana de Direitos Humanos perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos contra a República Federativa do Brasil. Caso 11.552 – *Júlia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia)*, de 26 de março de 2009, § 71; Ver também: *Anexo 1. Brasil. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Direito à Memória e à Verdade: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos*. Brasília, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007, fl. 27. Anexo à comunicação dos Petitionários de 11 de dezembro de 2014.

²⁶ Demanda da Comissão Interamericana de Direitos Humanos perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos contra a República Federativa do Brasil. Caso 11.552 – *Júlia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia)*, de 26 de março de 2009, § 71; Ver também: *Anexo 1. Brasil. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Direito à Memória e à Verdade: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos*. Brasília, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007, fl. 27. Anexo à comunicação dos Petitionários de 11 de dezembro de 2014.

²⁷ *Anexo 2. Relatório da Comissão Nacional da Verdade. Volume I. Parte II, “As estruturas do Estado e as graves violações de direitos humanos”*. Capítulo 3 – (J) O controle da política, fl. 105, de 10 de dezembro de 2014. Anexo à comunicação do Estado de 12 de agosto de 2015.

²⁸ *Anexo 2. Relatório da Comissão Nacional da Verdade. Volume I. Parte II, “As estruturas do Estado e as graves violações de direitos humanos”*. Capítulo 3 – (J) O controle da política, fl. 104, de 10 de dezembro de 2014. Anexo à comunicação do Estado de 12 de agosto de 2015.

²⁹ *Anexo 5. PEREIRA, Freddie Perdigão. O Destacamento de Operações de Informações (DOI) – Histórico Penal no Combate à Subversão – Situação Atual e Perspectivas*. Monografia. Escola de Comando e Estado Maior do Exército, Rio de Janeiro, 1977, p. 1. Anexo à comunicação dos Petitionários de 11 de dezembro de 2014.

do comitê central do PCB.³⁰ Nesse contexto, pelo menos 12 jornalistas foram detidos em outubro de 1975 no DOI/CODI/SP por sua militância ou suspeita de militância no PCB.

68. A esse respeito, o CEMDP apontou que:

[...] começou a se tornar pública uma extensa ofensiva dos órgãos de segurança do regime militar contra o PCB que se alongaria até janeiro de 1976, quando foi morto sob torturas o operário metalúrgico Manoel Fiel Filho. No cômputo geral dessa investida, que mais tarde receberia o nome de Operação Radar, Operação Marumbi ou Operação Barriga Verde, dependendo do estado atingido, centenas de integrantes desse partido foram presos, atingindo uma cifra que a revista *Isto É* de 31/03/2004 calculou em 679. Se até aquele momento a estratégia do regime militar tinha sido exterminar os opositores envolvidos com a resistência armada, o foco central da repressão passaria então a ser o PCB, que sempre se posicionou contra as ações de guerrilha e tinha conseguido preservar uma estrutura partidária que, para o aparelho de repressão, se tornaria uma ameaça caso a distensão de Geisel evoluísse para uma verdadeira abertura política. Tratava-se, pois, de neutralizar o PCB antes da volta à democracia.³¹

69. As ações dos “organismos repressivos” contaram com “[t]otal impunidade e acobertamento” incluso através de determinados dispositivos legais, como a anistia.³² As denúncias sobre as mortes, os desaparecimentos e torturas nesse período ditatorial eram “[p]rontamente desmentidas, censuradas na imprensa e, muitas vezes, acarretavam problemas para os denunciante[s]”.³³ Segundo o projeto “Brasil: Nunca Mais”, “[o] Ministério Público agia mais como braço judicial dos organismos policiais de repressão política[,] do que como fiscal da lei e verdadeiro titular da ação penal”.³⁴ E também o aparato de perícia técnica estava “[a]trelado e subordinado ao sistema de repressão policial”.³⁵ De modo similar, o Relatório Final da CNV afirmou que “a Justiça Militar se consolidou como a principal instância punitiva política da ditadura, especialmente com o advento do AI-2,

³⁰ Anexo 1. Brasil. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Direito à Memória e à Verdade: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Brasília, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007, fls. 27, 373 e 374. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

³¹ Anexo 1. Brasil. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Direito à Memória e à Verdade: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Brasília, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007, fls. 373-374. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

³² Anexo 7. Arquidiocese de São Paulo. Projeto “Brasil: Nunca Mais”, tomo I – O Regime Militar. Petrópolis: Editora Vozes, 1985, fl. 34. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

³³ Anexo 7. Arquidiocese de São Paulo. Projeto “Brasil: Nunca Mais”, tomo I – O Regime Militar. Petrópolis: Editora Vozes, 1985, fl. 34. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

³⁴ Anexo 8. Arquidiocese de São Paulo. Projeto “Brasil: Nunca Mais”, tomo IV – As Leis Repressivas. Petrópolis: Editora Vozes, 1985, fl. 20. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

³⁵ Anexo 9. Câmara Municipal de São Paulo. CPI – Perus/Desaparecidos. In: *Vala clandestina de Perus: desaparecidos políticos, um capítulo não encerrado da história brasileira*. São Paulo: Instituto Macuco, 2012, fl. 172. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

na medida em que suas atribuições foram ampliadas para processar e julgar civis incurso em crimes contra a segurança nacional”.³⁶

70. Em 15 de março de 1979, o general João Baptista de Oliveira Figueiredo assumiu a Presidência da República.³⁷ Em 28 de agosto do mesmo ano, foi sancionada a Lei 6.683 (doravante, “Lei de Anistia” ou “Lei 6.683/79”), que extinguiu a responsabilidade penal de todos os indivíduos que haviam cometido “crimes políticos ou conexos com estes” no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979.³⁸ A Lei de Anistia teve o propósito principal de indultar os cidadãos que foram processados com base nas normas de exceção aprovadas pelo governo militar. Porém, ela incorporou o conceito de “crimes conexos” “para beneficiar, em teoria, os agentes do Estado envolvidos na prática de torturas e assassinatos”.³⁹

71. A esse respeito, a CEMDP constatou que a partir da adoção da Lei 6.683/79 “prevaleceu como interpretação oficial [...] a ideia de que eram inimputáveis os crimes cometidos pelos agentes da repressão política”.⁴⁰ A Comissão Nacional da Verdade observou que:

[A] Justiça Militar (...) aplicou extensivamente – e a fatos posteriores – a Lei de Anistia aos militares; e perpetrou uma omissão e legitimação sistemática em relação às graves violações de direitos humanos denunciadas por presos políticos, seus familiares e advogados. Na Justiça comum federal e estadual, vislumbrou-se um significativo abuso do direito de defesa por parte da União e dos agentes da repressão processados. Observou-se, também, um comportamento dos órgãos judicantes – notadamente, das instâncias superiores –, no mais das vezes, pautado na interpretação do STF, que persiste, ainda na atualidade, por entender a Lei de Anistia como um óbice ao processamento e à apuração de graves violações de direitos humanos perpetradas pelos agentes da repressão durante a ditadura.⁴¹

³⁶ Anexo 2. Relatório da Comissão Nacional da Verdade. Volume I. Parte IV – “Dinâmica das graves violações de direitos humanos: casos emblemáticos, locais e autores. O Judiciário” Capítulo 17 – O Judiciário na ditadura (D) Considerações finais sobre a apreciação judicial acerca de graves violações de direitos humanos, fl. 41, § 68-70, de 10 de dezembro de 2014. Anexo à comunicação do Estado de 12 de agosto de 2015.

³⁷ Demanda da Comissão Interamericana de Direitos Humanos perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos contra a República Federativa do Brasil. Caso 11.552 – *Júlia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia)*, de 26 de março de 2009, § 109.

³⁸ Brasil. Presidência da República. Lei Nº 6.683, de 28 de agosto de 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm.

³⁹ Demanda da Comissão Interamericana de Direitos Humanos perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos contra a República Federativa do Brasil. Caso 11.552 – *Júlia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia)*, de 26 de março de 2009, § 110; Ver também: Anexo 1. Brasil. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Direito à Memória e à Verdade: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Brasília, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007, fl. 28. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

⁴⁰ Anexo 1. Brasil. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Direito à Memória e à Verdade: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Brasília, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007, fl. 35. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

⁴¹ Anexo 2. Relatório da Comissão Nacional da Verdade. Volume I. Parte IV – “Dinâmica das graves violações de direitos humanos: casos emblemáticos, locais e autores. O Judiciário” Capítulo 17 – O Judiciário na ditadura

B. Vladimir Herzog e seu trabalho intelectual e jornalístico

72. O jornalista Vladimir Herzog (também conhecido como “Vlado” por seus familiares e amigos) nasceu em 27 de maio de 1937 na cidade de Osijek, na Croácia, e em 1946 imigrou com seus pais, Zora e Zigmund Herzog, ao Brasil.⁴² Herzog estudou filosofia na Universidade de São Paulo e, em 1959, começou sua carreira jornalística⁴³ como repórter, redator e chefe de notícias do jornal *O Estado de São Paulo*. Também participou, no *Teatro de Arena* e no *Cinema Novo*, de movimentos culturais voltados a mostrar a realidade do país.⁴⁴ No ano de 1963, começou a trabalhar na televisão como editor de notícias.⁴⁵ Nesse ano, dirigiu um conhecido documentário em curta-metragem a respeito da precária situação dos trabalhadores da pesca na Praia de Copacabana, no Rio de Janeiro.⁴⁶

73. Em 15 de fevereiro de 1964, casou-se com Clarice Ribeiro Chaves,⁴⁷ estudante de Ciências Sociais e repórter do jornal *Última Hora*. Após o golpe de Estado, em 1965, o casal se radicou em Londres, onde o jornalista trabalhou como produtor e locutor da BBC.⁴⁸ Nessa cidade, nasceram seus dois filhos, Ivo e André.⁴⁹ Vladimir Herzog regressou ao Brasil no final de 1968,⁵⁰ após uma estadia “repleta de conquistas pessoais e profissionais”.⁵¹

74. Com a volta ao Brasil, Vladimir Herzog tornou-se editor cultural da revista *Visão*,⁵² na qual trabalhou durante cinco anos.⁵³ Enquanto esteve na revista *Visão*, Vladimir

(D) Considerações finais sobre a apreciação judicial acerca de graves violações de direitos humanos, fl. 41, § 68-70, de 10 de dezembro de 2014. Anexo à comunicação do Estado de 12 de agosto de 2015.

⁴² Anexo 3. Relatório da Comissão Nacional da Verdade. Volume III. Parte III, “Mortos e desaparecidos políticos”, fl. 1794, de 10 de dezembro de 2014; Anexo à comunicação do Estado de 12 de agosto de 2015; Anexo 11. Brasil. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Direito à Memória e à Verdade: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Brasília, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007, fls. 407-408. Anexo à comunicação do Estado de 18 de junho de 2012; Anexo 12. DANTAS, Audálio. *As duas guerras de Vlado Herzog*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2012, p. 35. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

⁴³ Anexo 3. Relatório da Comissão Nacional da Verdade. Volume III. Parte III, “Mortos e desaparecidos políticos”, fl. 1794, de 10 de dezembro de 2014. Anexo à comunicação do Estado de 12 de agosto de 2015.

⁴⁴ Anexo 12. DANTAS, Audálio. *As duas guerras de Vlado Herzog*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2012, p. 47-48. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014; Anexo 11. Brasil. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Direito à Memória e à Verdade: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Brasília, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007, p. 408. Anexo à comunicação do Estado de 18 de junho de 2012.

⁴⁵ Anexo 3. Relatório da Comissão Nacional da Verdade. Volume III. Parte III, “Mortos e desaparecidos políticos”, fl. 1794, de 10 de dezembro de 2014. Anexo à comunicação do Estado de 12 de agosto de 2015.

⁴⁶ Anexo 12. DANTAS, Audálio. *As duas guerras de Vlado Herzog*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2012, p. 47-48. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

⁴⁷ Anexo 12. DANTAS, Audálio. *As duas guerras de Vlado Herzog*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2012, p. 49-50. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

⁴⁸ Anexo 11. Brasil. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Direito à Memória e à Verdade: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Brasília, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007, p. 408. Anexo à comunicação do Estado de 18 de junho de 2012.

⁴⁹ Anexo 12. DANTAS, Audálio. *As duas guerras de Vlado Herzog*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2012, fl. 56. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

⁵⁰ Anexo 12. DANTAS, Audálio. *As duas guerras de Vlado Herzog*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2012, p. 58. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014; Anexo 13. Comissão de Familiares e Desaparecidos Políticos. “1975: Vladimir Herzog”. In: *Dossiê Ditadura: Mortos e Desaparecidos Políticos no Brasil, 1964-1985*. 2ª edição, 2007, fl. 626. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

⁵¹ Anexo 3. Relatório da Comissão Nacional da Verdade. Volume III. Parte III, “Mortos e desaparecidos políticos”, fl. 1794, de 10 de dezembro de 2014. Anexo à comunicação do Estado de 12 de agosto de 2015.

⁵² Anexo 3. Relatório da Comissão Nacional da Verdade. Volume III. Parte III, “Mortos e desaparecidos políticos”, fl. 1794, de 10 de dezembro de 2014. Anexo à comunicação do Estado de 12 de agosto de 2015.

⁵³ Anexo 12. DANTAS, Audálio. *As duas guerras de Vlado Herzog*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2012, p. 60. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014; Anexo 11. Brasil. Presidência

Herzog participou da equipe de jornalismo do canal de televisão público *TV Cultura*, onde trabalhou desde 1972,⁵⁴ primeiro como editor da equipe do programa “Hora da Notícia” e, posteriormente, como diretor do departamento de telejornalismo.⁵⁵ Nesses anos, Vladimir Herzog promoveu o conceito da responsabilidade social da imprensa⁵⁶ e começou a ser vigiado por agentes repressivos, por sua suposta militância no Partido Comunista Brasileiro.⁵⁷ Também realizou uma importante reportagem a respeito da primeira década do regime militar.⁵⁸

75. Um mês antes de seu assassinato, em setembro de 1975, Herzog assumiu o cargo de diretor de jornalismo da *TV Cultura*.⁵⁹ Os órgãos de informação militares que operavam secretamente nessa emissora caracterizaram o jornalista “como um problema para o regime militar”⁶⁰ e reportaram que o seu regresso ao meio de comunicação evidenciava “[a] reabertura de um processo de infiltração de esquerda naquele veículo de comunicação subsidiado pelo governo do estado”.⁶¹ Essa visão foi compartilhada publicamente por deputados estaduais que acusaram a emissora pública de proselitismo em favor do comunismo.⁶²

da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Direito à Memória e à Verdade: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Brasília, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007, fl. 408. Anexo à comunicação do Estado de 18 de junho de 2012.

⁵⁴ Anexo 3. Relatório da Comissão Nacional da Verdade. Volume III. Parte III, “Mortos e desaparecidos políticos”, fl. 1794, de 10 de dezembro de 2014. Anexo à comunicação do Estado de 12 de agosto de 2015.

⁵⁵ Anexo 12. DANTAS, Audálio. *As duas guerras de Vlado Herzog*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2012, p. 63-64. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014; Anexo 13. Comissão de Familiares e Desaparecidos Políticos. “1975: Vladimir Herzog”. In: *Dossiê Ditadura: Mortos e Desaparecidos Políticos no Brasil, 1964-1985*. 2ª edição, 2007, fl. 626. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014; Anexo 11. Brasil. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Direito à Memória e à Verdade: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Brasília, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007, fl. 408. Anexo à comunicação do Estado de 18 de junho de 2012.

Anexo 12. DANTAS, Audálio. *As duas guerras de Vlado Herzog*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2012, p. 63. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014; Anexo 11. Brasil. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Direito à Memória e à Verdade: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Brasília, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007, fl. 408. Anexo à comunicação do Estado de 18 de junho de 2012.

⁵⁶ Anexo 3. Relatório da Comissão Nacional da Verdade. Volume III. Parte III, “Mortos e desaparecidos políticos”, fl. 1794, de 10 de dezembro de 2014. Anexo à comunicação do Estado de 12 de agosto de 2015; Anexo 11. Brasil. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Direito à Memória e à Verdade: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Brasília, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007, fl. 408. Anexo à comunicação do Estado de 18 de junho de 2012.

⁵⁷ Anexo 3. Relatório da Comissão Nacional da Verdade. Volume III. Parte III, “Mortos e desaparecidos políticos”, fl. 1794, de 10 de dezembro de 2014. Anexo à comunicação do Estado de 12 de agosto de 2015.

⁵⁸ Anexo 14. NERY, João Elias. *Páginas de Cultura, resistência e submissão: livros na revista Visão. Em Questão*, Porto Alegre, vol. 13, nº 2, jul./dez. de 2007, p. 290. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014; Anexo 12. DANTAS, Audálio. *As duas guerras de Vlado Herzog*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2012, p. 60. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

⁵⁹ Anexo 12. DANTAS, Audálio. *As duas guerras de Vlado Herzog*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2012, p. 66. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014; Anexo 15. GASPARI, Elio. *A Ditadura Encurralada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 173. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

⁶⁰ Anexo 2. Informe da Comissão Nacional da Verdade. Volume I. Parte III, “Métodos e práticas nas graves violações de direitos humanos e suas vítimas”. Capítulo 11 – (E) Execuções e mortes decorrentes de tortura, fl. 474, de 10 de dezembro de 2014. Anexo à comunicação do Estado de 12 de agosto de 2015.

⁶¹ Anexo 2. Relatório da Comissão Nacional da Verdade. Volume I. Parte III, “Métodos e práticas nas graves violações de direitos humanos e suas vítimas”. Capítulo 11 – (E) Execuções e mortes decorrentes de tortura, fl. 474, de 10 de dezembro de 2014. Anexo à comunicação do Estado de 12 de agosto de 2015.

⁶² Anexo 16. Diário Oficial do Estado de São Paulo. Imprensa Oficial. São Paulo, 9 de outubro de 1975, fl. 62. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

C. Prisão arbitrária, tortura e morte de Vladimir Herzog

76. Em 17 de outubro de 1975, um colega de trabalho de Vladimir Herzog, o jornalista Paulo Sérgio Markun, foi detido por agentes do Destacamento de Operações de Informação/Centro de Operações de Defesa Interna do II Exército em São Paulo (DOI/CODI/SP). Em 19 de outubro de 1975, Paulo Sérgio Markun pediu a seu pai que informasse a Vladimir Herzog de que ele também estava sendo apontado como militante do PCB e possivelmente seria preso.⁶³ Em 20 de outubro de 1975, o pai de Markun advertiu Vladimir Herzog de que ele seria chamado a prestar declarações.⁶⁴

77. O jornalista comunicou o ocorrido ao Dr. Rui Nogueira Martins, Presidente da Fundação Padre Anchieta (patrocinadora da *TV Cultura*). Herzog também se dirigiu à Secretaria de Cultura do estado de São Paulo, à qual a *TV Cultura* estava ligada, para informar o fato ao Secretário de estado da época, o senhor José Mindlin. Porém, Herzog só foi atendido pelo assessor do Secretário.⁶⁵

78. Em 24 de outubro de 1975 à noite, duas pessoas vestidas de civis chegaram à casa de Vladimir Herzog e disseram à Clarice Herzog que estavam buscando o seu esposo para fazer uma reportagem. Clarice Herzog indicou-lhes que seu esposo estava na *TV Cultura* e que poderiam procurá-lo na emissora. Clarice Herzog comunicou o acontecido ao seu esposo.⁶⁶ Nessa mesma noite, dois agentes do DOI/CODI/SP foram ao canal de televisão *TV Cultura*. Os agentes solicitaram que Herzog os acompanhasse ao destacamento para prestar depoimento,⁶⁷ “sob a suspeita de integrar e articular contatos com membros do PCB”.⁶⁸ Os diretores do canal de televisão indicaram aos agentes que a presença de Vladimir Herzog era indispensável no programa que estava sendo transmitido. Seguindo as instruções do Coronel Audir Santos Maciel, ficou acordado que o jornalista se apresentaria “voluntariamente” na manhã seguinte ao DOI/CODI/SP.⁶⁹

⁶³ Anexo 17. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 5, fl. 921 (número de página ilegível) – Depoimento de Paulo Sérgio Markun no Inquérito Policial Nº 704/92, de 30 de junho de 1992. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

⁶⁴ Anexo 18. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 3, fl. 577 – Depoimento de Clarice Herzog no Inquérito Policial Militar, de 27 de novembro de 1975. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

⁶⁵ Anexo 18. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 3, fl. 577 – Depoimento de Clarice Herzog no Inquérito Policial Militar, de 27 de novembro de 1975. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

⁶⁶ Anexo 18. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 3, fl. 577 – Depoimento de Clarice Herzog no Inquérito Policial Militar, de 27 de novembro de 1975. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

⁶⁷ Anexo 19. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 3, fl. 466 – Depoimento de Paulo Pereira Nunes na Ação Declaratória Nº 136/76, de 26 de maio de 1978. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

⁶⁸ Anexo 2. Relatório da Comissão Nacional da Verdade. Volume I. Parte III, “Métodos e práticas nas graves violações de direitos humanos e suas vítimas”. Capítulo 11 – (E) Execuções e mortes decorrentes de tortura, fl. 474, de 10 de dezembro de 2014. Anexo à comunicação do Estado de 12 de agosto de 2015.

⁶⁹ Anexo 20. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 3, fl. 537 – Depoimento de Audir Santos Maciel no Inquérito Policial Militar, de 5 de novembro de 1975. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014; Anexo 18. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 3, fl. 577 – Depoimento de Clarice Herzog no Inquérito Policial Militar, de 27 de novembro de 1975. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

79. Vladimir Herzog se apresentou em 25 de outubro às 8h ao DOI/CODI/SP, acompanhado pelo jornalista Paulo Pereira Nunes.⁷⁰ Ao chegarem, foram recebidos por um soldado, que após verificar seus documentos de identidade e comunicar-se com alguém por um interfone, disse-lhes que Herzog deveria ficar e Pereira Nunes deveria ir embora.⁷¹

80. Testemunhas declararam que ao chegarem ao DOI/CODI/SP, era-lhes entregue um macacão sem cinto e sapatos sem cadarços ou meias.⁷² Além disso, na entrada, era-lhes colocado um “capuz de pano preto na cabeça”.⁷³ De acordo com as testemunhas Rodolfo Osvaldo Konder e George Benigno Jatahy Duque Estrada, jornalistas que também estavam detidos no DOI/CODI/SP em 25 de outubro de 1975 e que foram levados a uma sala de interrogatórios onde estava Vladimir Herzog, este se encontrava vestido da forma descrita acima, sem qualquer cinto, com um capuz de pano negro em sua cabeça.⁷⁴ De acordo com as testemunhas, eles puderam identificar Herzog e seu investigador, uma vez que ao entrar na sala de interrogatórios, foi-lhes ordenado que retirassem os capuzes.⁷⁵ No processo interno, se certificou que o investigador da Polícia designado a tratar de Herzog foi Pedro Antônio Mira Grancieri, que em agosto de 1986 foi nomeado Delegado de Polícia em uma Delegacia de São Paulo.⁷⁶

⁷⁰ *Anexo 18*. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 3, fl. 577 – Depoimento de Clarice Herzog no Inquérito Policial Militar, de 27 de novembro de 1975. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014; *Anexo 21*. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 5, fl. 989 – Sentença proferida na Ação Declaratória Nº 136/76, de 27 de outubro de 1978. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014; *Anexo 2*. Relatório da Comissão Nacional da Verdade. Volume I. Parte III, “Métodos e práticas nas graves violações de direitos humanos e suas vítimas”. Capítulo 11 – (E) Execuções e mortes decorrentes de tortura, fl. 474, de 10 de dezembro de 2014. Anexo à comunicação do Estado de 12 de agosto de 2015.

⁷¹ *Anexo 19*. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 3, fl. 466 – Depoimento de Paulo Pereira Nunes na Ação Declaratória Nº 136/76, de 26 de maio de 1978. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

⁷² *Anexo 22*. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 2, fl. 433 – Declaração de George Benigno Jatahy Duque Estrada na Ação Declaratória Nº 136/76, de 16 de maio de 1978. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014; *Anexo 17*. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 5, fl. 921 (número de página ilegível) – Depoimento de Paulo Sérgio Markun no Inquérito Policial Nº 704/92, de 30 de junho de 1992. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014; *Anexo 23*. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 5, fls. 887-888 – Depoimento de Rodolfo Osvaldo Konder no Inquérito Policial Nº 704/92, de 3 de junho de 1992. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

⁷³ *Anexo 24*. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 2, fl. 276 – Declarações a termo de Rodolfo Osvaldo Konder, de 7 de novembro de 1975. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

⁷⁴ *Anexo 24*. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 2, fl. 278 – Declarações a termo de Rodolfo Osvaldo Konder, de 7 de novembro de 1975. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014; *Anexo 22*. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 2, fl. 434 – Depoimento de George Benigno Jatahy Duque Estrada na Ação Declaratória Nº 136/76, de 16 de maio de 1978. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

⁷⁵ *Anexo 24*. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 2, fl. 278 – Declarações a termo de Rodolfo Osvaldo Konder, de 7 de novembro de 1975. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

⁷⁶ *Anexo 25*. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 3, fls. 567/569 – Depoimento de Pedro Mira Grancieri no Inquérito Policial Militar, de 21 de novembro de 1975. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014; *Anexo 26*. Petição de Clarice Herzog e outros, datada de 16 de maio de 1978, na Ação Declaratória Nº 136/76 (CF. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 2, fl. 429). Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014; *Anexo 27*. Revista “Isto é Senhor”, reportagem “Eu, Capitão Ramiro, interroguei Herzog”, edição de 25 de março de 1992. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014; *Anexo 23*. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 5, fl.

81. Nesse 25 de outubro, os jornalistas Konder e Duque Estrada foram convocados por Mira Grancieri para confirmar a identidade de Herzog, que estava sentado em um banco de choques elétricos apelidado de “trono do dragão”⁷⁷ na sala de interrogatórios.⁷⁸ Coagidos, ambos aconselharam Vladimir Herzog de que “não adiantava sonegar informação”,⁷⁹ e que dissesse “o que sabia, inclusive porque as informações que os interrogadores desejavam (...) ver confirmadas já tinham sido dadas por pessoas presas antes” deles.⁸⁰ Contudo, Herzog insistiu que “não sabia de nada”.⁸¹ Konder e Duque Estrada foram retirados da cela e levados a uma sala contígua, de onde puderam ouvir os gritos do jornalista e de Mira Grancieri; “[a] exigência era que Vladimir Herzog reconhecesse sua participação numa das bases do Partido Comunista Brasileiro”.⁸²

82. Consta no depoimento de Rodolfo Osvaldo Konder, que “de lá, [puderam] ouvir nitidamente os gritos, primeiro do interrogador e depois de Vladimir, e ouvi(r) quando o interrogador pediu que lhe trouxessem a ‘pimentinha’ e solicitou a ajuda de uma equipe de torturadores”.⁸³ Indicou que alguém ligou um rádio e por isso os gritos de Herzog, enquanto era torturado, misturavam-se com o seu som.⁸⁴ Também apontou que “a partir de um determinado momento, o som da voz de Vladimir se modificou, como se tivessem introduzido alguma coisa em sua boca; sua voz ficou abafada, como se lhe tivessem posto uma mordaca”.⁸⁵ E afirmou que, posteriormente, os ruídos cessaram.⁸⁶

892 – Depoimento de Rodolfo Osvaldo Konder no Inquérito Policial Nº 704/92, de 3 de junho de 1992. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014; Anexo 22. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 2, fl. 433 – Declaração de George Benigno Jatáhy Duque Estrada na Ação Declaratória Nº 136/76, de 16 de maio de 1978. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

⁷⁷ De acordo com o depoimento de George Benigno Duque Estrada, o “trono do dragão” era uma cadeira branca com uma placa de metal no lugar do assento. Além disso, indicou que teve conhecimento de que dita cadeira era utilizada para dar choques nos detidos. Anexo 22. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 2, fl. 434 – Declaração de George Benigno Jatáhy Duque Estrada na Ação Declaratória Nº 136/76, de 16 de maio de 1978. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

⁷⁸ Anexo 22. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 2, fl. 434 – Depoimento de George Benigno Jatáhy Duque Estrada na Ação Declaratória Nº 136/76, de 16 de maio de 1978. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

⁷⁹ Anexo 24. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 2, fl. 278 – Declarações a termo de Rodolfo Osvaldo Konder, de 7 de novembro de 1975. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

⁸⁰ Anexo 24. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 2, fl. 278 – Declarações a termo de Rodolfo Osvaldo Konder, de 7 de novembro de 1975. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

⁸¹ Anexo 24. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 2, fl. 278 – Declarações a termo de Rodolfo Osvaldo Konder, de 7 de novembro de 1975. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

⁸² Anexo 22. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 2, fl. 434 – Depoimento de George Benigno Jatáhy Duque Estrada na Ação Declaratória Nº 136/76, de 16 de maio de 1978. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

⁸³ Anexo 24. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 2, fl. 278 – Declarações a termo de Rodolfo Osvaldo Konder, de 7 de novembro de 1975. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

⁸⁴ Anexo 24. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 2, fl. 278 – Declarações a termo de Rodolfo Osvaldo Konder, de 7 de novembro de 1975. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

⁸⁵ Anexo 24. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 2, fl. 278 – Declarações a termo de Rodolfo Osvaldo Konder, de 7 de novembro de 1975. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

⁸⁶ Anexo 24. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 2, fl. 279 – Declarações a termo de Rodolfo Osvaldo Konder, de 7 de novembro de 1975. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

83. Vladimir Herzog foi encontrado morto horas mais tarde, em 25 de outubro de 1975.⁸⁷ De acordo com os autos do processo, Rodolfo Osvaldo Konder foi a última testemunha que pôde ver Herzog com vida,⁸⁸ quando foi chamado para uma acareação com a vítima.⁸⁹ Em sua declaração a respeito desses fatos, Osvaldo Konder relatou:

O interrogador saiu novamente da sala e dali a pouco voltou para me apanhar pelo braço e me levar até a sala onde se encontrava Vladimir, permitindo mais uma vez que eu tirasse o capuz. Vladimir estava sentado na mesma cadeira, com o capuz enfiado na cabeça, mas agora parecia particularmente nervoso, as mãos tremiam muito e a voz era débil. Então o interrogador pediu a Vladimir que me falasse a respeito dessa reunião. (...) O interrogador então fez um gesto para que nós – eu e o interrogador – saíssemos novamente. (...) esperei algumas horas até que (...) o mesmo interrogador, muito nervoso, nos ditou uma declaração, em que dizíamos ter convencido Vladimir Herzog a prestar espontaneamente seu depoimento.⁹⁰

84. No mesmo dia, o II Exército publicou uma nota oficial informando que “[c]erca das 16:00hs, ao ser procurado na sala onde fora deixado desacompanhado, [Vladimir Herzog] foi encontrado morto, enforcado, tendo para tanto utilizado uma tira de pano”.⁹¹

85. Também, de acordo com a nota oficial, em diligências conduzidas pelo II Exército nas quais foram reveladas “[a] estrutura e as atividades do ‘Comitê Estadual do Partido Comunista’”,⁹² Vladimir Herzog foi catalogado por “seus companheiros” como “[m]ilitante e integrante de uma cédula de base de jornalistas do citado ‘Partido’”.⁹³ Em função

⁸⁷ Anexo 11. Brasil. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Direito à Memória e à Verdade: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Brasília, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007, fl. 408. Anexo à comunicação do Estado de 18 de junho de 2012; Anexo 10. Relatório da Comissão Nacional da Verdade. Volume II. Parte IV, “Dinâmica das graves violações de direitos humanos: casos emblemáticos, locais e autores. O Judiciário”. Capítulo 15 – (A) Unidades militares e policiais, fl. 758, de 10 de dezembro de 2014. Anexo à comunicação do Estado de 12 de agosto de 2015; Anexo 28. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 3, fl. 492, Nota Oficial do Comando do II Exército. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

⁸⁸ Anexo 29. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 5, fl. 892 – Declaração de George Benigno Jatahy Duque Estrada na Ação Declaratória Nº 136/76, de 16 de maio de 1978. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

⁸⁹ Anexo 22. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 2, fl. 433 – Depoimento de George Benigno Jatahy Duque Estrada na Ação Declaratória Nº 136/76, de 16 de maio de 1978. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

⁹⁰ Anexo 24. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 2, fl. 278 – Declarações a termo de Rodolfo Osvaldo Konder, de 7 de novembro de 1975. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

⁹¹ Anexo 28. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 3, fl. 493, Nota Oficial do Comando do II Exército. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

⁹² Anexo 28. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 3, fl. 492, Nota Oficial do Comando do II Exército. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

⁹³ Anexo 28. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 3, fl. 492, Nota Oficial do Comando do II Exército. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

disso, foi “[c]onvidado a prestar esclarecimentos”,⁹⁴ e compareceu acompanhado por um “[c]olega de profissão, às 08:00hs do dia 25 do mês fluente”.⁹⁵ A nota indicou que apesar de haver “relutado” inicialmente em admitir “[s]uas ligações e atividades criminosas”,⁹⁶ Vladimir Herzog admitiu sua participação no PCB após ser acareado com os jornalistas Rodolfo Osvaldo Konder e George Benigno Jatahy Duque Estrada, “[q]ue o aconselharam a dizer toda a verdade, pois, assim já o haviam procedido”.⁹⁷ A nota também aponta que lhe foi permitido escrever “[s]uas declarações de próprio punho”,⁹⁸ e que o papel foi posteriormente encontrado “em pedaços” ao lado de seu corpo.⁹⁹

86. Por fim, a nota apontava que “foi solicitada à Secretaria de Segurança a necessária perícia técnica, positivando os Srs. Peritos a ocorrência de suicídio”.¹⁰⁰ De fato, em 25 de outubro, foi redigido um relatório criminalístico a cargo do oficial Motoho Chiota, que concluiu que “o cenário em que foi encontrado o cadáver correspondia a um ‘quadro típico de suicídio por enforcamento’”.¹⁰¹ Também foi elaborado um laudo necroscópico, assinado pelos médicos legistas do Instituto Médico Legal do Estado de São Paulo, Arildo Viana e Harry Shibata.¹⁰² Uma famosa e controversa foto na qual Vladimir Herzog aparece “pendurado por um pedaço de pano na janela da cela em que estava e com os joelhos dobrados” também foi anexada à perícia criminalística como prova do suicídio.¹⁰³

87. Em 27 de outubro de 1975, o jornal *Folha de São Paulo* divulgou o comunicado emitido pelo II Exército sobre a morte de Herzog com o título: “II Exército anuncia

⁹⁴ Anexo 28. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 3, fl. 492, Nota Oficial do Comando do II Exército. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

⁹⁵ Anexo 28. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 3, fl. 492, Nota Oficial do Comando do II Exército. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

⁹⁶ Anexo 28. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 3, fl. 492, Nota Oficial do Comando do II Exército. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

⁹⁷ Anexo 28. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 3, fl. 492, Nota Oficial do Comando do II Exército. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

⁹⁸ Anexo 28. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 3, fl. 492, Nota Oficial do Comando do II Exército. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

⁹⁹ Anexo 28. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 3, fl. 493, Nota Oficial do Comando do II Exército. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹⁰⁰ Anexo 28. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 3, fl. 493, Nota Oficial do Comando do II Exército. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹⁰¹ Anexo 30. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 1, fl. 126, Perícia do local onde foi encontrado o cadáver. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014; Anexo 3. Relatório da Comissão Nacional da Verdade. Volume III. Parte III, “Mortos e desaparecidos políticos”, fl. 1795, de 10 de dezembro de 2014. Anexo à comunicação do Estado de 12 de agosto de 2015.

¹⁰² Anexo 31. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 4, fls. 827/829, Laudo de exame de corpo delito e exame necroscópico, de 25 de outubro de 1975. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014; Anexo 3. Relatório da Comissão Nacional da Verdade. Volume III. Parte III, “Mortos e desaparecidos políticos”, fl. 1795, de 10 de dezembro de 2014. Anexo à comunicação do Estado de 12 de agosto de 2015.

¹⁰³ Anexo 3. Relatório da Comissão Nacional da Verdade. Volume III. Parte III, “Mortos e desaparecidos políticos”, fl. 1795, de 10 de dezembro de 2014. Anexo à comunicação do Estado de 12 de agosto de 2015.

suicídio de jornalista”.¹⁰⁴ O jornal publicou “[a] nota com a versão oficial da mort[e]”.¹⁰⁵ Dessa forma, forma “era montada a falsa versão de suicídio”.¹⁰⁶

88. A morte de Vladimir Herzog foi comunicada à Clarice Herzog na noite de 25 de outubro de 1975.¹⁰⁷ De acordo com o depoimento de Clarice Herzog, prestado durante o Inquérito Policial Militar de 1975 (§91-100 *infra*), as pessoas que lhe comunicaram não informaram as condições nas quais Vladimir Herzog havia morrido.¹⁰⁸ Clarice Herzog afirmou que se dirigiu ao Instituto Médico Legal, mas não foi permitido que ela ou seus familiares vissem o corpo de Vladimir Herzog. Apontou que outros médicos não tiveram permissão para realizar um exame no corpo antes de ele ser preparado de acordo com os rituais judaicos.¹⁰⁹ Uma pessoa da Congregação Israelita responsável pelos serviços funerários lhe disse que “[h]avia recebido ordens de autoridades superiores para não permitir [que o seu corpo fosse examinado por outros médicos], alegando ainda que havia policiais [à] paisana no Hospital e que se a declarante insistisse, seria presa”.¹¹⁰ Clarice Herzog também declarou que apenas conseguiu ver o rosto de Vladimir Herzog no caixão já fechado, durante o velório no hospital israelita Albert Einstein em 26 de outubro de 1975.¹¹¹ Em 27 de outubro de 1975, Vladimir Herzog foi sepultado no Cemitério Israelita do Butantã, com a presença de “centenas de pessoas”.¹¹²

89. Entre as pessoas presentes no funeral, encontravam-se quatro jornalistas que estiveram detidos no DOI/CODI/SP.¹¹³ Esses jornalistas receberam instruções

¹⁰⁴ Anexo 2. Relatório da Comissão Nacional da Verdade. Volume I. Parte III, “Métodos e práticas nas graves violações de direitos humanos e suas vítimas”. Capítulo 11 – (E) Execuções e mortes decorrentes de tortura, fl. 473, de 10 de dezembro de 2014. Anexo à comunicação do Estado de 12 de agosto de 2015.

¹⁰⁵ Anexo 2. Relatório da Comissão Nacional da Verdade. Volume I. Parte III, “Métodos e práticas nas graves violações de direitos humanos e suas vítimas”. Capítulo 11 – (E) Execuções e mortes decorrentes de tortura, fl. 473, de 10 de dezembro de 2014. Anexo à comunicação do Estado de 12 de agosto de 2015.

¹⁰⁶ Anexo 3. Relatório da Comissão Nacional da Verdade. Volume III. Parte III, “Mortos e desaparecidos políticos”, fl. 1795, de 10 de dezembro de 2014. Anexo à comunicação do Estado de 12 de agosto de 2015.

¹⁰⁷ Anexo 18. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 3, fl. 578 – Depoimento de Clarice Herzog no Inquérito Policial Militar, de 27 de novembro de 1975. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹⁰⁸ Anexo 18. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 3, fl. 578 – Depoimento de Clarice Herzog no Inquérito Policial Militar, de 27 de novembro de 1975. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹⁰⁹ Anexo 18. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 3, fl. 578 – Depoimento de Clarice Herzog no Inquérito Policial Militar, de 27 de novembro de 1975. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹¹⁰ Anexo 18. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 3, fl. 578 – Depoimento de Clarice Herzog no Inquérito Policial Militar, de 27 de novembro de 1975. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹¹¹ Anexo 15. GASPARI, Elio. A Ditadura encurralada. São Paulo, Companhia das Letras, 2004, p. 179. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014; Anexo 18. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 3, fl. 578 – Depoimento de Clarice Herzog no Inquérito Policial Militar, de 27 de novembro de 1975. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014; Anexo 12. DANTAS, Audálio. As duas guerras de Vlado Herzog. Rio de Janeiro. Editora Civilização Brasileira, 2012, p. 238. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹¹² Anexo 12. DANTAS, Audálio. As duas guerras de Vlado Herzog. Rio de Janeiro. Editora Civilização Brasileira, 2012, p. 242. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹¹³ Anexo 24. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 2, fl. 280, Declarações a termo de Rodolfo Osvaldo Konder, de 7 de novembro de 1975. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

na manhã de 27 de outubro de 1975 para irem ao funeral de Vladimir Herzog; caso o fizessem, “[p]oder[iam] inclusive dormir em casa naquela noite”.¹¹⁴ Segundo um dos jornalistas presentes no funeral, “o objetivo, aparentemente, era mostrar que os outros jornalistas estavam bem”.¹¹⁵ De acordo com o depoimento do jornalista Rodolfo Osvaldo Konder, quando estavam no funeral, George Benigno Jatahy Duque Estrada e ele ficaram sabendo que haviam sido citados na nota oficial emitida pelo II Exército como “delatores de Vladimir Herzog”.¹¹⁶ Também indicou que ao retornar ao DOI/CODI/SP, exigiram “a retificação da nota”, pela qual foram ameaçados por uma pessoa identificada como “Dr. Paulo”. Segundo Konder, o “Dr. Paulo” lhes disse que “[a] nota do Segundo Exército [lhes] havia colocado numa situação extremamente perigosa, porque a qualquer momento [eles] poder[iam] ser ‘justiçados’ por elementos do Partido Comunista”.¹¹⁷

90. A Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP) afirmou que a morte e a tortura de Vladimir Herzog foram “[c]omo gota d’água para que se afluísse um forte repúdio da opinião pública, na imprensa e na sociedade civil como um todo, contra a repetição de encenações aviltantes (de suicídio) para tentar encobrir a verdadeira rotina dos porões do regime”.¹¹⁸ Ao receberem a notícia da morte de Vladimir Herzog, vários jornalistas “[p]aralisaram muitas redações em São Paulo”.¹¹⁹ Do mesmo modo, o Sindicato dos Jornalistas declarou vigília permanente e mais de 30 mil estudantes protestaram, paralisando a Pontifícia Universidade Católica (PUC), a Universidade de São Paulo e a Fundação Getúlio Vargas.¹²⁰ Apesar da tentativa do comandante do II Exército de fechar as grandes avenidas que conduziam à Praça da Sé para evitar manifestações durante um ato ecumênico na Catedral da Sé em homenagem ao jornalista, esse ato contou com a presença de cerca de 8 mil pessoas.¹²¹

¹¹⁴ Anexo 24. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 2, fl. 280 – Declarações a termo de Rodolfo Osvaldo Konder, de 7 de novembro de 1975. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹¹⁵ Anexo 12. DANTAS, Audálio. *As duas guerras de Vlado Herzog*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2012, p. 243. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹¹⁶ Anexo 12. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 2, fl. 280 – Declarações a termo de Rodolfo Osvaldo Konder, de 7 de novembro de 1975. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹¹⁷ Anexo 12. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 2, fl. 280 – Declarações a termo de Rodolfo Osvaldo Konder, de 7 de novembro de 1975. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹¹⁸ Anexo 1. Brasil. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Direito à Memória e à Verdade: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Brasília, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007, fl. 27. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹¹⁹ Anexo 11. Brasil. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Direito à Memória e à Verdade: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Brasília, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007, fl. 408. Anexo à comunicação do Estado de 18 de junho de 2012.

¹²⁰ Anexo 13. Comissão de Familiares e Desaparecidos Políticos. “1975: Vladimir Herzog”. In: Dossiê Ditadura: Mortos e Desaparecidos Políticos no Brasil, 1964-1985. 2ª edição, 2007, fl. 627. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹²¹ Anexo 13. Comissão de Familiares e Desaparecidos Políticos. “1975: Vladimir Herzog”. In: Dossiê Ditadura: Mortos e Desaparecidos Políticos no Brasil, 1964-1985. 2ª edição, 2007, fl. 627. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014; Anexo 11. Brasil. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Direito à Memória e à Verdade: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Brasília, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007, fl. 408. Anexo à comunicação do Estado de 18 de junho de 2012.

Assim, o assassinato de Vladimir Herzog “[f]oi um dos mais divulgados e documentados do período da ditadura, sendo considerado um marco na luta de resistência”.¹²²

D. Atuações no âmbito interno

i. Inquérito Policial Militar (IPM Nº 1173-75)

91. Como consequência do impacto da notícia da morte de Vladimir Herzog na opinião pública, em 30 de outubro de 1975, o General Comandante do II Exército emitiu a Portaria Nº 03-SJ, a fim de “[a]purar as circunstâncias em que ocorreu o suicídio do jornalista [Vladimir Herzog]”.¹²³

92. O Inquérito Policial Militar Nº 1173-75 começou em 31 de outubro de 1975 e foi liderado pelo General de Brigada Fernando Guimarães de Cerqueira Lima.¹²⁴ As diligências incluíram a participação do Promotor representante do Ministério Público Militar, que também era Assessor Jurídico do Comando do II Exército.¹²⁵ Do mesmo modo, o laudo do exame de necropsia assinado pelos peritos Arildo Viana e Harry Shibata, em 27 de outubro de 1975,¹²⁶ e o relatório da perícia de 25 de outubro de 1975, elaborado após a morte de Vladimir Herzog, foram remetidos ao IPM.¹²⁷ De acordo com o relatório, o Capitão Ubirajara foi a pessoa que encontrou o corpo de Herzog no DOI/CODI/SP.¹²⁸ O resultado do exame forense também indicou que sua morte ocorreu por suicídio. Posteriormente, o perito Harry Shibata declarou em juízo que nunca viu o corpo de Vladimir Herzog (§105 *infra*).¹²⁹

93. Nessa investigação, os jornalistas George Benigno Jatahy Duque Estrada e Rodolfo Osvaldo Konder, que estavam detidos no DOI/CODI/SP do II Exército desde 24 de outubro de 1975, foram ouvidos como testemunhas pelas autoridades da sede

¹²² Anexo 13. Comissão de Familiares e Desaparecidos Políticos. “1975: Vladimir Herzog”. In: Dossiê Ditadura: Mortos e Desaparecidos Políticos no Brasil, 1964-1985. 2ª edição, 2007, fl. 627. Anexo à comunicação dos Petitionários de 11 de dezembro de 2014.

¹²³ Anexo 32. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 3, fl. 494, Portaria de instauração do Inquérito Policial Militar, de 31 de outubro de 1975. Anexo à comunicação dos Petitionários de 11 de dezembro de 2014. Ver também: Anexo 3. Relatório da Comissão Nacional da Verdade. Volume III. Parte III, “Mortos e desaparecidos políticos”, fl. 1795, de 10 de dezembro de 2014. Anexo à comunicação do Estado de 12 de agosto de 2015.

¹²⁴ Anexos 33 e 34. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 3, fls. 491 e 494, Despachos de 25, 30 e 31 de outubro de 1975. Anexo à comunicação dos Petitionários de 11 de dezembro de 2014.

¹²⁵ Anexo 35. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 3, fl. 495, Despacho no Inquérito Policial Militar, de 31 de outubro de 1975. Anexo à comunicação dos Petitionários de 11 de dezembro de 2014.

¹²⁶ Anexo 31. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 4, fls. 827/829, Laudo de exame de corpo delicto e exame necroscópico, de 25 de outubro de 1975. Anexo à comunicação dos Petitionários de 11 de dezembro de 2014.

¹²⁷ Anexo 30. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 1, fls. 125/128, Perícia do local onde foi encontrado o cadáver. Anexo à comunicação dos Petitionários de 11 de dezembro de 2014.

¹²⁸ Anexo 30. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 1, fl. 125, Perícia do local onde foi encontrado o cadáver. Anexo à comunicação dos Petitionários de 11 de dezembro de 2014.

¹²⁹ Anexo 36. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 2, fl. 441 – Depoimento de Harry Shibata na Ação Declaratória Nº 136/76, de 16 de maio de 1978. Anexo à comunicação dos Petitionários de 11 de dezembro de 2014.

do Comando do II Exército em 31 de outubro de 1975.¹³⁰ De acordo com os autos do processo, anos mais tarde, no inquérito policial estadual iniciado em 1992 (§118 *infra*), Konder declarou que: “[q]uando foi interrogado a respeito dos fatos, já vinha abalado pelas circunstâncias de torturas já descritas anteriormente, sendo ouvido somente na presença de militares, sem acompanhamento de qualquer advogado; que, ciente de que deveria retornar ao DOI/CODI após ali ser ouvido, o depoente, logicamente, achou prudente não revelar a verdade real dos fatos, qual seja, a sua tortura e a [tortura] de [V]ladimir”.¹³¹ Por sua vez, Duque Estrada declarou em 1992 que a maioria das afirmações feitas por ele no âmbito do Inquérito Policial Militar “são inverídicas, já que impostas pelo Procurador que atuou naquele IPM [...], principalmente quanto ao fato de ter sido mencionado pelo depoente que [V]ladimir não havia sido torturado, já que realmente o havia sido”.¹³² Duque Estrada também apontou que “[q]uando do depoimento, o fez sem acompanhamento de advogado e já ciente que deveria retornar ao DOI/CODI a seguir, razão pela qual também moderou suas acusações, por receio do que lhe poderia acontecer no retorno àquele órgão”.¹³³

94. O general Fernando Cerqueira solicitou a realização de outras diligências “com o objetivo de impossibilitar quaisquer críticas sobre a dissimulação” do Inquérito Policial Militar.¹³⁴ Ordenou a elaboração de um laudo de corpo de delito complementar,¹³⁵ a cargo dos peritos Armando Canger Rodrigues e Arildo de Toledo Viana, que em 10 de novembro de 1975 corroboraram a versão divulgada na época e apontaram, entre outras coisas, que o exame “não evidenciou a presença de lesões mortais de qualquer natureza, capazes de qualificar a morte de violenta ou natural patológica”, e concluíram que se tratou de “asfixia por enforcamento”.¹³⁶ Do mesmo modo, novas testemunhas foram escutadas, entre elas o tenente coronel Audir Santos

¹³⁰ Anexo 35. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 3, fl. 495, Despacho no Inquérito Policial Militar, de 31 de outubro de 1975. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹³¹ Anexo 23. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 5, fl. 888 verso, Depoimento de Rodolfo Osvaldo Konder no Inquérito Policial Nº 704/92, de 3 de junho de 1992. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹³² Anexo 29. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 5, fl. 891 verso, Declaração de George Benigno Jatahy Duque Estrada no Inquérito Policial Nº 704/92, de 3 de junho de 1992. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹³³ Anexo 29. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 5, fl. 891 verso, Declaração de George Benigno Jatahy Duque Estrada no Inquérito Policial Nº 704/92, de 3 de junho de 1992. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹³⁴ Anexo 3. Relatório da Comissão Nacional da Verdade. Volume III. Parte III, “Mortos e desaparecidos políticos”, fl. 1796, de 10 de dezembro de 2014. Anexo à comunicação do Estado de 12 de agosto de 2015.

¹³⁵ Anexo 3. Relatório da Comissão Nacional da Verdade. Volume III. Parte III, “Mortos e desaparecidos políticos”, fl. 1795, de 10 de dezembro de 2014. Anexo à comunicação do Estado de 12 de agosto de 2015.

¹³⁶ Anexo 37. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 3, fl. 553 – Parecer Médico-Legal Nº 241/75, de 10 de novembro de 1975. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

Maciel;¹³⁷ os jornalistas Luiz Weis,¹³⁸ Anthony Jorge Andrade de Christo¹³⁹ e Paulo Sérgio Markun;¹⁴⁰ o investigador da Polícia, no âmbito do DOI/CODI do II Exército, Pedro Antônio Mira Grancieri;¹⁴¹ e Clarice Herzog.¹⁴² Adicionalmente, o jornalista Marco Antonio de Souza Rocha foi chamado a declarar.¹⁴³

95. Segundo o depoimento do tenente coronel Audir Santos Maciel de 24 de outubro de 1975, agentes do DOI foram à casa de Vladimir Herzog em 24 de outubro de 1974, “[a] fim de convidá-lo a comparecer ao DOI para prestar esclarecimentos sobre o envolvimento[,] a participação[,] de jornalistas no PCB”.¹⁴⁴ Pedro Antônio Mira Grancieri declarou que foi a única pessoa que interrogou Herzog. Afirmou que o jornalista não sofreu “quaisquer maus-tratos, ou qualquer coação física ou moral” durante o tempo em que esteve no DOI.¹⁴⁵ Apontou que não tinha “conhecimento de qualquer fato que possa concluir que a morte de VLADIMIR HERZOG tenha ocorrido senão por voluntário suicídio por meio de enforcamento”.¹⁴⁶

96. Anos depois, os jornalistas Luiz Weis, Anthony Jorge Andrade de Christo e Paulo Sérgio Markun, que também foram detidos no DOI/CODI/SP do II Exército, declararam que se sentiram coagidos e intimidados pelas autoridades militares quando prestaram depoimento.¹⁴⁷ Também Clarice Herzog declarou, entre outras

¹³⁷ *Anexo 20*. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 3, fls. 537/539, Depoimento de Audir Santos Maciel no Inquérito Policial Militar, de 5 de novembro de 1975. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹³⁸ *Anexo 38*. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 3, fls. 535/536, Depoimento de Luis Weis no Inquérito Policial Militar, de 4 de novembro de 1975. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹³⁹ *Anexo 39*. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 3, fls. 545/548, Depoimento de Anthony Christo no Inquérito Policial Militar, de 7 de novembro de 1975. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹⁴⁰ *Anexo 40*. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 3, fls. 542/544, Depoimento de Paulo Markun no Inquérito Policial Militar, de 7 de novembro de 1975. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹⁴¹ *Anexo 25*. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 3, fls. 567/569, Depoimento de Pedro Grancieri no Inquérito Policial Militar, de 21 de novembro de 1975. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹⁴² *Anexo 18*. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 3, fls. 576/580, Depoimento de Clarice Herzog no Inquérito Policial Militar, de 27 de novembro de 1975. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹⁴³ *Anexo 41*. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 3, fls. 546/547, Depoimento de Marco Antonio de Souza Rocha no Inquérito Policial Militar, de 7 de novembro de 1975. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹⁴⁴ *Anexo 20*. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 3, fl. 537, Depoimento de Audir Santos Maciel no Inquérito Policial Militar, de 5 de novembro de 1975. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹⁴⁵ *Anexo 25*. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 3, fls. 567/569, Depoimento de Pedro Mira Grancieri no Inquérito Policial Militar, de 21 de novembro de 1975. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹⁴⁶ *Anexo 25*. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 3, fl. 569, Depoimento de Pedro Mira Grancieri no Inquérito Policial Militar, de 21 de novembro de 1975. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹⁴⁷ *Anexo 42*. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 2, fl. 445 e Volume 5, fl. 918-verso, Depoimento de Anthony Christo, no Inquérito Policial Nº 704/92. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014; *Anexo 17*. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 2, fl. 448 e Volume 5, fl. 921-verso, Depoimento de Paulo Sérgio Markun no Inquérito Policial Nº 704/92, de 30 de junho de 1992. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014; *Anexo 44*. Processo Nº 2008.61.81.013434-2,

coisas, que tinha conhecimento de que Herzog havia sido torturado, mas “[s]e recus[ou] a fornecer o nome das pessoas que a informaram, com medo de que essas pessoas [pudessem] ser mortas”.¹⁴⁸ Por sua vez, Zora Herzog, mãe do jornalista, afirmou que suas declarações escritas foram manipuladas.¹⁴⁹

97. Em 9 de dezembro de 1975, a certidão de óbito de Vladimir Herzog foi emitida. Nela constava como causa de sua morte “[a]sfixia mecânica por enforcamento”.¹⁵⁰

98. Em 16 de dezembro de 1975, o general Fernando Cerqueira, encarregado do Inquérito Policial Militar, emitiu um relatório no qual concluiu que a morte de Herzog havia ocorrido por “[s]uicídio voluntário por enforcamento”.¹⁵¹ Em dezembro de 1975, o Comandante do II Exército determinou o arquivamento da investigação.¹⁵²

99. Em 23 de janeiro de 1976, Clarice Herzog apresentou uma declaração extrajudicial do jornalista Rodolfo Osvaldo Kondor, datada de 7 de novembro de 1975, e solicitou que ela fosse anexada à investigação.¹⁵³ Nessa declaração, o senhor Kondor declarou, entre outras coisas, a respeito das torturas que havia sofrido no DOI/CODI/SP e dos contatos que teve com Vladimir Herzog no DOI/CODI/SP por ordem de Mira Grancieri; declarou também que havia escutado os seus gritos, assim como as ordens do “interrogador” de solicitar a “pimentinha”, um equipamento utilizado para torturar os presos com descargas elétricas.¹⁵⁴

100. O Ministério Público Militar alegou que a declaração extrajudicial do jornalista Rodolfo Osvaldo Kondor devia ser rejeitada, pois o inquérito militar não era um processo judicial¹⁵⁵ e, por isso, não havia justificativa para aceitar essa intervenção.¹⁵⁶ Assim, em 12 de fevereiro de 1976, foi determinado que “[p]or inexistência de crime

Justiça Federal, São Paulo, Volume 5, fl. 916-verso, Depoimento de Luis Weis no Inquérito Policial Nº 704/92, de 3 de junho de 1992. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹⁴⁸ Anexo 18. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 3, fl. 578, Depoimento de Clarice Herzog no Inquérito Policial Militar, de 27 de novembro de 1975. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹⁴⁹ Anexo 45. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 3, fl. 575, Depoimento de Zora Herzog no Inquérito Policial Militar, de 5 de novembro de 1975. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹⁵⁰ Anexo 46. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 3, fl. 629, Certidão de óbito de Vladimir Herzog, de 9 de dezembro de 1975. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹⁵¹ Anexo 47. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 1, fl. 163, Relatório do Inquérito Policial Militar, de 16 de dezembro de 1975. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹⁵² Anexo 48. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 1, fl. 133, Solução do Quartel General do II Exército, de 17 de dezembro de 1975. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹⁵³ Anexo 49. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 4, fl. 652, Requerimento de Clarice Herzog, de 23 de janeiro de 1976. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹⁵⁴ Anexo 24. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 2, fls. 278-279, Declarações a termo de Rodolfo Osvaldo Kondor, de 7 de novembro de 1975. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹⁵⁵ Anexo 50. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 1, fl. 129, Parecer do Ministério Público Militar solicitando o arquivamento, de 12 de fevereiro de 1976. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹⁵⁶ Anexo 51. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 4, fl. 653, Parecer do Ministério Público Militar, de 10 de fevereiro de 1976. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

a punir”, a investigação devia ser arquivada.¹⁵⁷ Em 8 de março de 1976, essa decisão foi confirmada pelo Juiz Auditor da Justiça Militar.¹⁵⁸

ii. Ação Declaratória Nº 136-76, apresentada pelos familiares de Vladimir Herzog

101. Em 19 de abril de 1976, Clarice Herzog e seus dois filhos menores de idade, Ivo e André Herzog, apresentaram uma Ação Declaratória à Justiça Federal de São Paulo, para que se “[d]eclare a responsabilidade da União Federal pela prisão arbitrária de Vladimir Herzog, pelas torturas a que foi submetido e por sua mort[e]”.¹⁵⁹ Nessa ação civil, apontaram que, como Vladimir Herzog estava nas dependências do DOI/CODI/SP do II Exército, a União Federal era responsável por sua integridade física;¹⁶⁰ e que a nota oficial do II Exército que comunicou a sua morte não retratava “[c]om fidelidade, os fatos ocorridos nas dependências do DOI/CODI, no dia 25 de outubro de 1975”.¹⁶¹ Como exemplo dessa contradição, os autores se referiram à declaração de Rodolfo Osvaldo Konder, que indicou que “[o] macacão que lhe deram para vestir nas dependências do DOI/CODI, a exemplo de todos os outros, não tinha cinto”.¹⁶²

102. Em 2 de julho de 1976, a União apresentou sua defesa com base no parecer jurídico do Ministério Público Militar e solicitou que a ação interposta fosse declarada inadmissível.¹⁶³ Nesse parecer, o Ministério afirmou que, com a sentença da Justiça Militar de 8 de março de 1976, o Juiz Auditor havia determinado o arquivamento do processo, ao considerar que “[n]ão houve participação criminosa no suicídio do ex-jornalista Vladimir Herzog”.¹⁶⁴ Além disso, apontou que o que ocorreu foi “[u]ma apresentação espontânea de Vladimir Herzog às autoridades, não uma prisão”.¹⁶⁵

¹⁵⁷ Anexo 50. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 1, fl. 129, Parecer do Ministério Público Militar solicitando o arquivamento, de 12 de fevereiro de 1976. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹⁵⁸ Anexo 52. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 1, fls. 130/132, Decisão de arquivo do Inquérito Policial Militar, de 8 de março de 1976. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹⁵⁹ Anexo 53. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 2, fl. 333, Petição Inicial da Ação Declaratória Nº 136/76, de 19 de abril de 1976. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹⁶⁰ Anexo 53. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 2, fl. 328, Petição Inicial da Ação Declaratória Nº 136/76, de 19 de abril de 1976. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹⁶¹ Anexo 53. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 2, fl. 326, Petição Inicial da Ação Declaratória Nº 136/76, de 19 de abril de 1976. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹⁶² Anexo 53. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 2, fl. 327, Petição Inicial da Ação Declaratória Nº 136/76, de 19 de abril de 1976. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹⁶³ Anexo 54. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 1, fls. 88/123, Parecer do Ministério do Exército na Ação Declaratória Nº 136/76, de 26 de maio de 1976. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹⁶⁴ Anexo 54. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 1, fl. 90, Parecer do Ministério do Exército na Ação Declaratória Nº 136/76, de 26 de maio de 1976. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹⁶⁵ Anexo 54. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 1, fl. 115, Parecer do Ministério do Exército na Ação Declaratória Nº 136/76, de 26 de maio de 1976. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

Também afirmou que os argumentos da ação declaratória interposta por Clarice Herzog eram “inconsistentes”¹⁶⁶ em relação às torturas e à morte do jornalista, e indicou que a sua morte foi causada por “[s]uicídio, voluntário, por enforcamento, e não por qualquer ato ilícito decorrente da participação de agentes da União Federal”,¹⁶⁷ descartando assim “[q]ualquer responsabilidade do Estado”.¹⁶⁸

103. Em 16 de março de 1978, o Juiz Federal afastou as alegações preliminares apresentadas pela União e designou uma audiência para ouvir as testemunhas.¹⁶⁹ A União Federal apelou da decisão, mas o recurso foi negado.¹⁷⁰

104. Por meio do escrito de 16 de maio de 1978, os familiares de Herzog solicitaram que o II Exército esclarecesse a informação a respeito da presença de um agente de nome “Ubirajara” no DOI/CODI/SP no dia da morte de Vladimir Herzog;¹⁷¹ também solicitaram que se determinasse a presença em juízo do responsável pelo seu “interrogatório”.¹⁷² Na mesma data de 16 de maio, a audiência foi realizada¹⁷³ com a participação de seis testemunhas,¹⁷⁴ das quais quatro haviam estado presas no DOI/CODI/SP do II Exército e apontaram que foram submetidas a torturas físicas e/ou psicológicas.

105. Nessa audiência, o médico Harry Shibata, um dos peritos que assinou o exame de necropsia do jornalista, confessou que “[e]m nenhum local viu o corpo de Vladimir Herzog”.¹⁷⁵ O jornalista Anthony Christo declarou que “[n]ão confirmava o depoimento prestado no inquérito policial militar; que o depoente declarou que havia sido torturado

¹⁶⁶ Anexo 54. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 1, fl. 116, Parecer do Ministério do Exército na Ação Declaratória Nº 136/76, de 26 de maio de 1976. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹⁶⁷ Anexo 54. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 1, fl. 118, Parecer do Ministério do Exército na Ação Declaratória Nº 136/76, de 26 de maio de 1976. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹⁶⁸ Anexo 54. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 1, fl. 121, Parecer do Ministério do Exército na Ação Declaratória Nº 136/76, de 26 de maio de 1976. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹⁶⁹ Anexo 55. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 2, fls. 268/270, Despacho Saneador na Ação Declaratória Nº 136/76, de 16 de março de 1978. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹⁷⁰ Anexo 56. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Sentença dos Embargos Infringentes Nº 89.03.7264-2, de 18 de maio de 1994. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹⁷¹ Anexo 57. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 2, fls. 426/427, Petição dos autores na Ação Declaratória Nº 136/76, de 16 de maio de 1978. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹⁷² Anexo 26. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 2, fls. 429/430, Petição dos autores na Ação Declaratória Nº 136/76, de 16 de maio de 1978. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹⁷³ Anexo 58. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 2, fls. 431/452, Audiência de Instrução e Julgamento na Ação Declaratória Nº 136/76, de 16 de maio de 1978. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹⁷⁴ As seis testemunhas que prestaram declarações foram: George Benigno Jatamy Duque Estrada, Professor Godofredo da Silva Telles Junior, Harry Shibata, Antony Jorge Andrade de Christo, Paulo Sérgio Markun e Sérgio Gomes da Silva. Anexo 21. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 5, fl. 1002 – Sentença proferida na Ação Declaratória Nº 136/76, de 27 de outubro de 1978. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹⁷⁵ Anexo 36. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 2, fl. 441 – Depoimento de Harry Shibata na Ação Declaratória Nº 136/76, de 16 de maio de 1978. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

em dependências do DOI/CODI; que declarou também ter visto outras pessoas parecendo torturadas; que essas declarações não foram reduzidas a termo sob alegação de que não eram importantes para esclarecimento dos fatos; que o Procurador Doutor Durval foi quem afirmou não ser importantes (*sic*) essas declarações para apuração dos fatos; [...] que o depoente assinou o termo sob coação”.¹⁷⁶

106. Paulo Sérgio Markun também confirmou a manipulação de seu depoimento por parte do Promotor Militar. Indicou, a esse respeito, que: “[d]urante o IPM foi perguntado ao depoente se ele tinha razões para supor que [V]ladimir Herzog tinha sido torturado, ao que o depoente afirmou que tinha, pelo fato de ter sido torturado, bem como sua esposa; ao que o Promotor respondeu que apresentava alegações subjetivas e que nenhuma dessas afirmações constou no termo de declarações”.¹⁷⁷

107. O jornalista Duque Estrada afirmou que “[c]onversou com [V]ladimir Herzog [e] com um investigador que tinha uma tatuagem no braço em forma de âncora, que convocou o depoente e Rodolfo Oswaldo Konder para identificação de [V]ladimir Herzog; que [V]ladimir Herzog estava vestido com um macacão do Exército Brasileiro e capuz preto na cabeça; que o corpo de Vladimir não tinha nenhum cinto; [...] que o depoente e Rodolfo Oswaldo Konder foram retirados da sala e colocados em duas cadeiras em frente à porta que dá acesso à sala do primeiro andar; que no lugar onde se achava, o depoente podia ouvir os gritos que ele, depoente, atribui aos investigadores e ao próprio [V]ladimir Herzog”.¹⁷⁸ Ademais, o senhor Duque Estrada apontou que depois da sua saída, “começou o interrogatório de [V]ladimir Herzog [...] as portas estavam abertas [...] e havia muitos gritos no interior”.¹⁷⁹

108. Em 24 de maio de 1978, o Comandante do II Exército respondeu o ofício do Juiz Federal, no qual reiterava a convocatória aos membros do Exército, Pedro Antônio Mira Grancieri e “Capitão Ubirajara”, a testemunhar. Em sua resposta, o Comandante informou que havia tomado “[p]rovidências para interrupção do serviço a cargo do Sr. PEDRO ANTÔNIO MIRA GRANCIERI na área de MATO GROSSO”;¹⁸⁰ contudo, apontou que “[p]ela autonomia do trabalho de que é incumbido, é totalmente impossível localizá-lo de momento, o que me impede de apresentá-lo”.¹⁸¹ Em relação ao “Capitão Ubirajara”, informou que havia ordenado “[o] levantamento de dados” que permitisse a

¹⁷⁶ Anexo 59. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 2, fls. 445/446, Depoimentos de Anthony Christo na Ação Declaratória Nº 136/76, de 16 de maio de 1978. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹⁷⁷ Anexo 60. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 2, fl. 448, Depoimentos de Paulo Sérgio Markun na Ação Declaratória Nº 136/76, de 16 de maio de 1978. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹⁷⁸ Anexo 22. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 2, fl. 434, Declaração de George Benigno Jatahy Duque Estrada na Ação Declaratória Nº 136/76, de 16 de maio de 1978. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹⁷⁹ Anexo 22. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 2, fls. 434/435, Depoimento de George Benigno Jatahy Duque Estrada na Ação Declaratória Nº 136/76, de 16 de maio de 1978. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹⁸⁰ Anexo 61. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 3, fl. 460, Ofício na Ação Declaratória Nº 136/76, do Comandante do II Exército, de 24 de maio de 1978. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹⁸¹ Anexo 61. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 3, fl. 460, Ofício na Ação Declaratória Nº 136/76, do Comandante do II Exército, de 24 de maio de 1978. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

sua identificação.¹⁸² Em 26 de maio de 1978, a parte demandante desistiu da solicitação de chamar Pedro Antônio Mira Grancieri e o “Capitão Ubirajara”. Indicaram que o ofício apresentado pelo II Exército evidenciava “[a] preocupação de se ocultar os verdadeiros responsáveis pela morte de Vladimir Herzo[g]”.¹⁸³

109. Em 15 de junho de 1978, a União apresentou seu Memorial, solicitando que a Ação Declaratória fosse julgada “[i]mprocedente, [...] já que o suicídio da suposta vítima não induz a nenhuma ação ou omissão das autoridades, capazes de caracterizar a responsabilidade da Pessoa Jurídica de Direito Público”.¹⁸⁴ Por sua vez, o representante *ad hoc* do Ministério Público apresentou seu Memorial, opinando pela procedência da Ação Declaratória.¹⁸⁵ Posteriormente, a União Federal interpôs um Mandado de Segurança perante o Tribunal Federal de Recursos, para que se suspendesse a “leitura e publicação” da sentença no processo. Em 21 de setembro de 1978, o Pleno do Tribunal Federal de Recursos decidiu não admitir o “*mandamus*”.¹⁸⁶

110. Em 27 de outubro de 1978, o Juiz Federal ditou uma sentença na qual afirmou, entre outras coisas, que “[é] fato incontroverso nos presentes autos que Vladimir Herzog, [...] sofreu morte não natural, quando se encontrava nas dependências do Destacamento de Operações de Informações do Centro de Defesa Interna (DOI/CODI), órgão subordinado e componente do II Exército”.¹⁸⁷ Do mesmo modo, de acordo com o magistrado, era um “[f]ato incontroverso que Vladimir Herzog foi encontrado em sua cela em suspensão incompleta, enforcado por uma cinta de tecido verde, da mesma cor do macacão que trajava, vestimentas que lhe foram entregues pelos próprios agentes policiais encarregados de zelar pela sua integridade física”.¹⁸⁸ O Juiz Federal também apontou que “[n]ão havia qualquer motivo viável para que o detento portasse cinta, posto que o macacão que vestia quando foi encontrado morto era inteiriç[o]”.¹⁸⁹ Além

¹⁸² Anexo 61. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 3, fl. 460, Ofício na Ação Declaratória Nº 136/76, do Comandante do II Exército, de 24 de maio de 1978. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹⁸³ Anexo 62. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 3, fl. 464, Prosseguimento da Audiência de Instrução e Julgamento na Ação Declaratória Nº 136/76, de 26 de maio de 1978. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹⁸⁴ Anexo 63. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 3, fls. 472/473 – Memorial da União Federal na Ação Declaratória Nº 136/76, de 15 de junho de 1978. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹⁸⁵ Anexo 21. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 5, fl. 1003 – Sentença proferida na Ação Declaratória Nº 136/76, de 27 de outubro de 1978. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹⁸⁶ Anexo 21. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 5, fl. 1003 – Sentença proferida na Ação Declaratória Nº 136/76, de 27 de outubro de 1978. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹⁸⁷ Anexo 21. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 5, fl. 1004 – Sentença proferida na Ação Declaratória Nº 136/76, de 27 de outubro de 1978. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹⁸⁸ Anexo 21. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 5, fl. 1132 – Sentença proferida na Ação Declaratória Nº 136/76, de 27 de outubro de 1978. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹⁸⁹ Anexo 21. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 5, fl. 1132 – Sentença proferida na Ação Declaratória Nº 136/76, de 27 de outubro de 1978. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

disso, as testemunhas declararam “[d]e forma coerente e sem que tivesse produzido nos autos qualquer prova em contrário, que os presos do DOI/CODI não portavam cintos, cadarços nos sapatos ou mesmo meias”.¹⁹⁰

111. A respeito do exame de necropsia de Vladimir Herzog, o magistrado indicou que o Dr. Harry Shibata declarou que “[e]m nenhum lugar viu o corpo de Vladimir Herzog”.¹⁹¹ Assim, de acordo com o Juiz Federal, esse laudo de exame de corpo de delito e o posterior exame complementar requerido no Inquérito Policial Militar não teriam “eficácia”.¹⁹² Quanto ao Inquérito Policial Militar, indicou que o seu valor probatório “[é] meramente informativo, ou seja, as informações contidas em seu bojo dirigem-se ao Ministério Público e só adquirem valor probatório se repetidas em Juízo ou se tais informações forem coerentes com as provas produzidas judicialmente”.¹⁹³ Do mesmo modo, indicou que as declarações “mais favoráveis” à versão da União Federal sobre a morte de Vladimir Herzog não foram repetidas em Juízo e “[s]e contrapõem frontalmente à prova colhida sob a égide do princípio do contraditório”.¹⁹⁴ Indicou que a União Federal não foi capaz de comprovar a ocorrência do suicídio.¹⁹⁵

112. O magistrado também apontou a ilegalidade da prisão do jornalista, ao indicar que “[n]ão há qualquer menção à existência de inquérito em que Vladimir Herzog tenha sido indiciado, ao mandato de prisão, à autoridade competente que o tenha expedido e mesmo à comunicação de prisão ao juiz competente”.¹⁹⁶ Quanto à responsabilidade da Administração Pública, apontou que “[a] partir do momento em que o marido e pai dos As. [autores] foi ilegalmente preso nas dependências do DOI/CODI do II Exército, é isento de dúvidas que a União Federal assumiu a responsabilidade pela sua integridade física e moral [...]”.¹⁹⁷

¹⁹⁰ Anexo 21. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 5, fl. 1132 – Sentença proferida na Ação Declaratória Nº 136/76, de 27 de outubro de 1978. Anexo à comunicação dos Petitionários de 11 de dezembro de 2014.

¹⁹¹ Anexo 21. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 5, fl. 1137 – Sentença proferida na Ação Declaratória Nº 136/76, de 27 de outubro de 1978. Anexo à comunicação dos Petitionários de 11 de dezembro de 2014.

¹⁹² Anexo 21. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 5, fl. 1140 – Sentença proferida na Ação Declaratória Nº 136/76, de 27 de outubro de 1978. Anexo à comunicação dos Petitionários de 11 de dezembro de 2014.

¹⁹³ Anexo 21. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 5, fl. 1142 – Sentença proferida na Ação Declaratória Nº 136/76, de 27 de outubro de 1978. Anexo à comunicação dos Petitionários de 11 de dezembro de 2014.

¹⁹⁴ Anexo 21. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 5, fl. 1143 – Sentença proferida na Ação Declaratória Nº 136/76, de 27 de outubro de 1978. Anexo à comunicação dos Petitionários de 11 de dezembro de 2014.

¹⁹⁵ Anexo 21. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 5, fl. 1143 – Sentença proferida na Ação Declaratória Nº 136/76, de 27 de outubro de 1978. Anexo à comunicação dos Petitionários de 11 de dezembro de 2014.

¹⁹⁶ Anexo 21. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 5, fl. 1129 – Sentença proferida na Ação Declaratória Nº 136/76, de 27 de outubro de 1978. Anexo à comunicação dos Petitionários de 11 de dezembro de 2014.

¹⁹⁷ Anexo 21. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 5, fl. 1130 – Sentença proferida na Ação Declaratória Nº 136/76, de 27 de outubro de 1978. Anexo à comunicação dos Petitionários de 11 de dezembro de 2014.

113. Assim, o Juiz Federal julgou ser procedente a Ação Declaratória, declarando a “[e]xistência de relação jurídica entre os As. [autores] e a R. [ré], consistente na obrigação deste indenizar aqueles pelos danos materiais e morais decorrentes da morte do jornalista Vladimir Herzog”.¹⁹⁸ O Juiz também determinou o envio de algumas partes do processo ao Procurador Geral da Justiça Militar para que iniciasse as devidas providências legais.¹⁹⁹ Segundo o Juiz Federal, no âmbito dessa Ação, constatou-se a prática do delito de abuso da autoridade e surgiram “revelações veementes” de torturas, “[n]ão só em Vladimir Herzog, como em outros presos políticos nas dependências do DOI/CODI do II Exército”.²⁰⁰ Desse modo, com base no Código de Processo Penal e no entendimento de que “[f]ora do campo da responsabilidade civil da R. [demandada], tem este Juízo a obrigação de informar ao Ministério Público quanto à existência de crimes que lhe cheguem ao conhecimento em razão do ofício”,²⁰¹ o Juiz determinou o envio da sentença, bem como das declarações das testemunhas, ao Procurador Geral da Justiça Militar.²⁰²

114. Contra essa decisão, a União apresentou um recurso de apelação em 17 de novembro de 1978.²⁰³ Em 14 de fevereiro de 1979, a parte demandante apresentou suas contrarrazões ao recurso de apelação.²⁰⁴ Em 1983, o Tribunal Federal de Recursos, por maioria de votos, declarou a existência da relação jurídica entre os autores e a demandada, “[c]onsistente na obrigação desta indenizar aqueles danos decorrentes da morte do jornalista”.²⁰⁵ Porém, não estipulou uma indenização, apontando que “[t]ais indagações estarão mais adequadas dentro de uma ação ordinária de indenização, se desejada pelos autores”.²⁰⁶ Diante dessa decisão do Tribunal Federal de Recursos, a União apresentou um recurso de Embargos Infringentes²⁰⁷ para que o Pleno do Tribunal Federal conhecesse a apelação.

¹⁹⁸ Anexo 21. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 5, fl. 1148 – Sentença proferida na Ação Declaratória Nº 136/76, de 27 de outubro de 1978. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

¹⁹⁹ Anexo 21. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 5, fl. 1149 – Sentença proferida na Ação Declaratória Nº 136/76, de 27 de outubro de 1978. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

²⁰⁰ Anexo 21. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 5, fl. 1145 – Sentença proferida na Ação Declaratória Nº 136/76, de 27 de outubro de 1978. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

²⁰¹ Anexo 21. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 5, fl. 1145 – Sentença proferida na Ação Declaratória Nº 136/76, de 27 de outubro de 1978. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

²⁰² Anexo 21. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 5, fl. 1149 – Sentença proferida na Ação Declaratória Nº 136/76, de 27 de outubro de 1978. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

²⁰³ Anexo 64. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 4, fls. 725-743 – Apelação da União Federal contra a Sentença proferida na Ação Declaratória Nº 136/76, de 17 de novembro de 1978. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

²⁰⁴ Anexo 65. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 4, fls. 744-779 – Contrarrazões ao Recurso de Apelação na Ação Declaratória Nº 136/76, de 14 de fevereiro de 1978. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

²⁰⁵ Anexo 56. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Sentença dos Embargos Infringentes Nº 89.03.7264-2, fl. 923, de 18 de maio de 1994. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

²⁰⁶ Anexo 56. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Sentença dos Embargos Infringentes Nº 89.03.7264-2, fl. 923, de 18 de maio de 1994. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

²⁰⁷ Anexo 56. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Sentença dos Embargos Infringentes Nº 89.03.7264-2, fl. 932, de 18 de maio de 1994. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

115. Foi apenas em 18 de maio de 1994 que o Tribunal Regional Federal da 3ª Região negou os Embargos Infringentes.²⁰⁸ A decisão foi publicada em 25 de julho de 1995 com status de trânsito em julgado a favor dos autores em 27 de setembro de 1995.²⁰⁹

iii. Inquérito Policial N° 487/92 – Justiça Estadual²¹⁰

116. De acordo com os autos do processo, em 27 de abril de 1992, o então Deputado Federal Dr. Hélio Pereira Bicudo apresentou representação perante o Ministério Público do Estado de São Paulo, solicitando uma investigação policial para apurar a responsabilidade de Pedro Antônio Mira Grancieri, conhecido como “Capitão Ramiro”, na morte de Vladimir Herzog durante o seu interrogatório no DOI/CODI/SP.²¹¹ De acordo com o seu escrito, os fatos foram documentados no processo da Ação Declaratória apresentada por Clarice Herzog e seus dois filhos, bem como na entrevista publicada em 25 de março de 1992, em uma reportagem da revista “Isto é Senhor” com o título “Eu, Capitão Ramiro, interroguei Herzog”.²¹² Na entrevista, Mira Grancieri afirmou que foi a pessoa responsável pelo interrogatório de Vladimir Herzog.²¹³ Antes da reportagem, Mira Grancieri só havia prestado declarações no Inquérito Policial Militar de 1975, uma vez que não compareceu em juízo para declarar na Ação Declaratória, conforme citado acima (§ 108 *supra*).

117. Na reportagem jornalística, Pedro Antônio Mira Grancieri afirmou ter sido “[o] único policial que interrogou [V]ladimir Herzog no DOI-CODI, o único a conversar com ele naquele dia. Ninguém está mais forte e diretamente envolvido na morte de Herzog do que eu”.²¹⁴ Da mesma forma, em relação aos métodos de interrogatório utilizados na época, Mira Grancieri afirmou que: “[U]m dos melhores métodos de interrogatório é não deixar a pessoa dormir, estressá-la o tempo todo, porque assim ela perde a defesa (...). Modéstia a parte, eu sou muito bom nisso. Já escrevi apostilas sobre técnicas de interrogatório que foram distribuídas entre meus colegas. (...) A gente só partia para os conformes com os terroristas, porque também sem pressão não se tira nada de ninguém”.²¹⁵

²⁰⁸ Anexo 56. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Sentença dos Embargos Infringentes N° 89.03.7264-2, fl. 923, de 18 de maio de 1994. Anexo à comunicação dos Petitionários de 11 de dezembro de 2014.

²⁰⁹ Anexo 66. Extrato de andamento processual disponível no Portal do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Processo N° 89.03.7264-2. Disponível em: www.trf3.jus.br. Anexo à comunicação dos Petitionários de 11 de dezembro de 2014.

²¹⁰ Registrado na Câmara Criminal com o N° 704/92. Cf. Anexo 74. Processo N° 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 5, fl. 968. Anexo à comunicação dos Petitionários de 11 de dezembro de 2014.

²¹¹ Anexo 67. Processo N° 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal – São Paulo, Volume 5, fl. 974, Representação de Hélio Bicudo, de 27 de abril de 1992. Anexo à comunicação dos Petitionários de 11 de dezembro de 2014; Anexo 27. Revista “Isto é Senhor”, reportagem “Eu, Capitão Ramiro, interroguei Herzog”, edição de 25 de março de 1992. Anexo à comunicação dos Petitionários de 11 de dezembro de 2014.

²¹² Anexo 27. Revista “Isto é Senhor”, reportagem “Eu, Capitão Ramiro, interroguei Herzog”, edição de 25 de março de 1992. Anexo à comunicação dos Petitionários de 11 de dezembro de 2014.

²¹³ Anexo 67. Processo N° 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal – São Paulo, Volume 5, fls. 974/982, Representação de Hélio Bicudo, de 27 de abril de 1992. Anexo à comunicação dos Petitionários de 11 de dezembro de 2014; Anexo 27. Revista “Isto é Senhor”, reportagem “Eu, Capitão Ramiro, interroguei Herzog”, edição de 25 de março de 1992. Anexo à comunicação dos Petitionários de 11 de dezembro de 2014.

²¹⁴ Anexo 27. Revista “Isto é Senhor”, reportagem “Eu, Capitão Ramiro, interroguei Herzog”, edição de 25 de março de 1992. Anexo à comunicação dos Petitionários de 11 de dezembro de 2014.

²¹⁵ Anexo 27. Revista “Isto é Senhor”, reportagem “Eu, Capitão Ramiro, interroguei Herzog”, edição de 25 de março de 1992. Anexo à comunicação dos Petitionários de 11 de dezembro de 2014.

118. Em 4 de maio de 1992, o Ministério Público do Estado de São Paulo solicitou à Polícia Civil de São Paulo a abertura de inquérito policial para apurar a responsabilidade de Mira Grancieri e as circunstâncias da morte de Vladimir Herzog.²¹⁶ De acordo com os autos do processo, o inquérito policial iniciado pela Polícia Civil do Estado de São Paulo colheu as declarações de Clarice Herzog;²¹⁷ dos jornalistas George Benigno Jatahy Duque Estrada,²¹⁸ Rodolfo Osvaldo Konder,²¹⁹ Anthony Jorge Andrade de Christo,²²⁰ Luis Fernando Passo Correia de Sá,²²¹ Luiz Weis,²²² Antonio Carlos Prado Ribeiro,²²³ e Paulo Sérgio Markun;²²⁴ e das testemunhas Maria Amélia de Almeida Teles e Ivan Akselrud de Seixas, que reconheceram Pedro Antônio Mira Grancieri como um dos autores das torturas que sofreram enquanto estiveram presos.²²⁵

119. Em 11 de maio de 1992, o Ministério Público solicitou que Mira Grancieri fosse “[s]ubmetido a reconhecimento pessoal por parte das mencionadas testemunhas”.²²⁶ Contudo, em 24 de agosto de 1992, o advogado de Mira Grancieri informou que ele não compareceria à Unidade Policial, nem prestaria declarações no Inquérito Policial Nº 487/92.²²⁷

²¹⁶ Anexo 68. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 5, fls. 1150/1153, Requisição do Ministério Público para abertura de Inquérito Policial, de 4 de maio de 1992. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

²¹⁷ Anexo 69. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 5, fls. 874/875. Depoimento de Clarice Herzog no Inquérito Policial Nº 704/92, de 28 de maio de 1992. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

²¹⁸ Anexo 29. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 5, fl. 891. Declaração de George Benigno Jatahy Duque Estrada no Inquérito Policial Nº 704/92, de 3 de junho de 1992. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

²¹⁹ Anexo 23. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 5, fl. 889. Depoimento de Rodolfo Osvaldo Konder no Inquérito Policial Nº 704/92, de 3 de junho de 1992. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

²²⁰ Anexo 42. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 5, fl. 918. Declaração de Anthony Jorge Andrade de Christo no Inquérito Policial Nº 704/92, de 3 de junho de 1992. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

²²¹ Anexo 70. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 5, fl. 901. Depoimento de Luis Fernando Passo Correia de Sá no Inquérito Policial Nº 704/92, de 9 de junho de 1992. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

²²² Anexo 44. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 5, fl. 916. Depoimento de Luiz Weis no Inquérito Policial Nº 704/92, de 3 de junho de 1992. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

²²³ Anexo 71. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 5, fl. 898. Declaração de Antonio Carlos Prado Ribeiro no Inquérito Policial Nº 704/92, de 9 de junho de 1992. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

²²⁴ Anexo 17. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 5, fl. 921. Depoimento de Paulo Sérgio Markun no Inquérito Policial Nº 704/92, de 30 de junho de 1992. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

²²⁵ Anexo 43. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 5, fls. 876/879. Declaração de Maria Amélia de Almeida Teles e Ivan Akselrud de Seixas no Inquérito Policial Nº 704/92, de 28 de maio de 1992. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

²²⁶ Anexo 72. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 5, fl. 865. Requisição de oitiva de Pedro Mira Grancieri no Inquérito Policial Nº 704/92, de 11 de maio de 1992. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

²²⁷ Anexo 73. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 6, fl. 1168. Certidão confirmando que Pedro Mira Grancieri não se apresentaria à polícia para prestar declarações, de 24 de agosto de 1992. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

120. Em 11 de junho de 1992, o juiz da 1ª Vara do Júri de São Paulo outorgou uma prorrogação do prazo para a continuação das investigações por 60 dias.²²⁸ Porém, em 21 de julho de 1992, Pedro Antônio Mira Grancieri interpôs um *habeas corpus* em seu favor, alegando que os fatos da investigação já tinham sido analisados no Inquérito Policial Militar, que foi arquivado. Também apontou que a instância competente para uma nova investigação dos fatos seria a justiça militar, e não a justiça ordinária. Por fim, alegou que a Lei 6.683/79, conhecida como a Lei de Anistia, impediria a investigação dos fatos.²²⁹

121. Em 13 de outubro de 1992, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo acordou por unanimidade outorgar o *habeas corpus* e determinou o trancamento do Inquérito Policial Nº 487/92, em aplicação da Lei 6.683/79 – a Lei de Anistia.²³⁰ Em 28 de janeiro de 1993, a Procuradoria Geral de Justiça apelou da decisão.²³¹ Em 18 de agosto de 1993, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) confirmou a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que determinou o trancamento do Inquérito Policial Nº 487-92 iniciado pela Polícia Civil.²³²

iv. Reconhecimento de Responsabilidade sob a Lei 9.140/1995 (Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos)

122. Em 1995, foi promulgada a Lei Nº 9.140, que reconheceu “[c]omo mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979[9]”.²³³ A Lei Nº 9.140 estabeleceu a criação da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP), com a função, entre outras, de: “[p]roceder ao reconhecimento de pessoas: [...] b) que, por terem participado, ou por terem sido acusadas de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, tenham falecido, por causas não naturais, em dependências policiais ou semelhantes”.²³⁴

123. No âmbito dessa lei, em 28 de fevereiro de 1996, Clarice Herzog apresentou uma solicitação à CEMDP, com vistas ao reconhecimento de que Vladimir Herzog

²²⁸ Anexo 74. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 5, fls. 968-969, Informações apresentadas pelo Juiz Juvenal José Duarte, de 30 de julho de 1992. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

²²⁹ Anexo 75. *Habeas corpus* a favor de Pedro Antônio Mira Grancieri, Nº 131.798/3-4-SP, de 21 de julho de 1992, j. 13/10/92, 4ª Câmara Criminal, unânime, Rel. Ministro Péricles Piza, Cf. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal – SP, Volume 6, fls. 1191-1198 – Acórdão no julgamento do *habeas corpus*, de 13 de outubro de 1992. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

²³⁰ Anexo 75. *Habeas corpus* a favor de Pedro Antônio Mira Grancieri, Nº 131.798/3-4-SP, de 21 de julho de 1992, j. 13/10/92, 4ª Câmara Criminal, unânime, Rel. Ministro Péricles Piza, Cf. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal – SP, Volume 6, fls. 1191-1198 – Acórdão no julgamento do *habeas corpus*, de 13 de outubro de 1992. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

²³¹ Anexo 76. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 6, fl. 1208, Recurso Especial contra a Sentença de *habeas corpus*, de 28 de janeiro de 1993. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

²³² Anexo 77. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 6, fls. 1232/1242, Sentença do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial Nº 33.782-7-SP, de 18 de agosto de 1993. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

²³³ Brasil. Presidência da República. Lei Nº 9.140 de 4 de dezembro de 1995.

²³⁴ Presidência da República. Lei Nº 9.140, artigo 4º, I, b, de 4 de dezembro de 1995. É pertinente mencionar que a referida Lei foi posteriormente modificada pela Lei 10.536/2002 e pela Lei 10.875/2004.

havia sido assassinado sob tortura nas dependências do Exército e buscando uma indenização em conformidade com o artigo 11 da Lei.²³⁵ A solicitação foi aprovada por unanimidade em abril de 1996.²³⁶ Em 17 de julho de 1997, o Presidente da República ratificou a decisão e Clarice Herzog recebeu uma indenização de R\$ 100.000,00 reais.²³⁷

124. No ano de 2007, a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República publicou o relatório *Direito à Memória e à Verdade: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos*, com os resultados do trabalho da CEMDP.²³⁸ O relatório afirma: “Em 25 de outubro de 1975, o jornalista Vladimir Herzog foi assassinado sob torturas no DOI-CODI de São Paul[o]”.²³⁹

v. Atuações do Ministério Público Federal (Processo Nº 2008.61.81.013434-2)²⁴⁰

125. Tendo como base os fatos e as conclusões do relatório da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP), em 19 de novembro de 2007, o advogado e constitucionalista Fábio Konder Comparato apresentou uma Representação²⁴¹ ao Ministério Público Federal,²⁴² requerendo a adoção das medidas necessárias para investigar os “[a] busos e atos criminosos contra opositores políticos ao regim[e]”,²⁴³ praticados por “agentes públicos das diferentes unidades da federação”.²⁴⁴ A solicitação foi analisada por membros do Ministério Público Federal, que, por não possuírem prerrogativa para atuar no âmbito penal, solicitaram em março de 2008 que o procedimento fosse encaminhado a um dos membros do Ministério Público com atribuições penais, para que este determinasse as providências que considerasse necessárias.²⁴⁵ Sem prejuízo para o exposto acima, apontaram no ofício ao Procurador da República que:

²³⁵ Anexo 78. Solicitação de Clarice Herzog à Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, fl. 6, de 28 de fevereiro de 1996. Anexo à comunicação do Estado de 28 de maio de 2012.

²³⁶ Anexo 11. Brasil. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Direito à Memória e à Verdade: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Brasília, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, fl. 408, 2007. Anexo à comunicação do Estado de 18 de junho de 2012.

²³⁷ Comunicação do Estado do Brasil de agosto de 2015, § 10.

²³⁸ Anexo 1. Brasil. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Direito à Memória e à Verdade: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Brasília, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

²³⁹ Anexo 1. Brasil. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Direito à Memória e à Verdade: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Brasília, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, fl. 27, 2007. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

²⁴⁰ O procedimento foi inicialmente autuado no Ministério Público Federal como “Peças de Informação” Nº 1.34.001.001574/2008-17.

²⁴¹ Representação: significa dirigir-se, por escrito, ao Ministério Público (Procurador/a de Justiça, nos Estados; Procurador/a da República, no caso do Ministério Público Federal), para denunciar fatos relacionados ao âmbito das atividades do Ministério Público e solicitar o início de uma investigação.

²⁴² Anexo 6. Petição Inicial da Ação Civil Pública Nº 2008.61.00.011414-5, datada de 12 de maio de 2008. (Representação de Fábio Konder Comparato à Procuradoria da República em São Paulo, datada de 19 de novembro de 2007). Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

²⁴³ Anexo 79. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 7, fl. 1279, Ofício Nº GABPR12-EAGF/SP-000109/2008, de 5 de março de 2008. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

²⁴⁴ Anexo 79. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 7, fl. 1279, Ofício Nº GABPR12-EAGF/SP-000109/2008, de 5 de março de 2008. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

²⁴⁵ Anexo 80. Cabe mencionar que essa solicitação baseou-se em um extenso parecer jurídico de 3 de dezembro de 2007, do Procurador Regional da República Marlon Alberto Weichert. Anexo à comunicação dos Peticionários de 16 de julho de 2012.

[...] crimes de homicídio, lesão corporal (torturas) e sequestro (desaparecimento forçado) perpetrados pelos órgãos de repressão à dissidência política durante o regime de ditadura militar no Brasil, no período de 1964 a 1985, podem ser reputados crimes contra a humanidade, conforme parâmetros da Organização das Nações Unidas, da Corte Internacional de Justiça e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Esses crimes ainda devem ser objeto de investigação e persecução penal pelas autoridades do Ministério Público brasileiro, e submetidos ao Poder Judiciário, pois não são passíveis de serem considerados prescritos ou anistiados.

A aplicação da Lei de Anistia aos agentes estatais da repressão e a omissão em investigar e processar os autores desses crimes violam as obrigações que o Brasil assumiu perante a comunidade internacional, e submeterá o País a uma provável responsabilização da Corte Interamericana de Direitos Humanos.²⁴⁶

126. Adicionalmente, indicaram que o “assassinato de VLADIMIR HERZOG é um dos casos para os quais se impõe a imediata persecução penal”.²⁴⁷ Afirmaram que as decisões anteriores em relação ao presente caso “devem ser consideradas nulas”, considerando-se a “incompetência absoluta da Justiça Estadual de São Paulo”, uma vez que a morte do jornalista ocorreu no âmbito do DOI/CODI/SP – um órgão da estrutura do exército brasileiro.²⁴⁸ A seu juízo, a competência para a tramitação da respectiva ação penal pertence não à Justiça Estadual, e sim à Justiça Federal.²⁴⁹ Do mesmo modo, apontaram que havia “[i]ndícios de autoria de prisão ilícita, torturas e homicídio por parte de PEDRO ANTÔNIO MIRA GRANCIERI (vulgo Capitão Ramiro), sob comando do então Tenente-Coronel AUDIR SANTOS MACIEL, que chefiava o DOI/CODI à época”.²⁵⁰ Por isso, solicitaram a determinação das providências necessárias “[p]ara a persecução penal dos responsáveis pelos crimes praticados contra Vladimir Herzog”.²⁵¹

²⁴⁶ Anexo 79. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 7, fl. 1280, Ofício Nº GABPR12-EAGF/SP-000109/2008, de 5 de março de 2008. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

²⁴⁷ Anexo 79. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 7, fl. 1280, Ofício Nº GABPR12-EAGF/SP-000109/2008, de 5 de março de 2008. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

²⁴⁸ Anexo 79. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 7, fl. 1280, Ofício Nº GABPR12-EAGF/SP-000109/2008, de 5 de março de 2008. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

²⁴⁹ Anexo 79. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 7, fl. 1280, Ofício Nº GABPR12-EAGF/SP-000109/2008, de 5 de março de 2008. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

²⁵⁰ Anexo 79. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 7, fl. 1280, Ofício Nº GABPR12-EAGF/SP-000109/2008, de 5 de março de 2008. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

²⁵¹ Anexo 79. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 7, fl. 1281, Ofício Nº GABPR12-EAGF/SP-000109/2008, de 5 de março de 2008. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

127. Em 12 de setembro de 2008, o procurador do Ministério Público com prerrogativa penal, Fábio Elizeu Gaspar, apresentou uma promoção de arquivamento à 1ª Vara Federal Criminal.²⁵² Reconheceu que “[é] possível concluir que o homicídio de Vladimir Herzog preenche todas as características dos chamados crimes contra a humanidade, como tal podendo perfeitamente ser caracterizado”.²⁵³ Porém, o procurador apontou que “[o] reconhecimento anterior da anistia pela Justiça do Estado de São Paulo produziu coisa julgada material e não mais pode ser modificado”.²⁵⁴ afirmou que independentemente da incompetência absoluta do juízo que ditou a sentença, “[a] decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que reconheceu a anistia em relação ao delito praticado contra Vladimir Herzog transitou em julgado e não mais pode ser modificada, o que justifica o pedido de arquivamento destas peças informativas”.²⁵⁵ Também afirmou que a ação havia prescrito, uma vez que o direito brasileiro não reconhecia a imprescritibilidade penal em 1975, quando Vladimir Herzog foi torturado e assassinado. Além disso, apontou que o “[c]ostume não pode ser fonte de Direito Penal no Brasil para criar regras contra o investigado ou réu”.²⁵⁶ Com base nessas considerações, determinou a “[i]mpossibilidade de punição do autor de homicídio contra Vladimir Herzog no âmbito de uma persecução penal a ser conduzida por órgãos internos brasileiros”²⁵⁷ e solicitou o arquivamento das peças processuais em questão.²⁵⁸

128. Em sua decisão de 9 de janeiro de 2009, a Juíza Federal substituta, Paula Mantovani Avelino, da 1ª Vara Federal Criminal,²⁵⁹ determinou o arquivamento do processo, acolhendo os argumentos do Procurador com prerrogativa.²⁶⁰ O processo foi arquivado em 12 de janeiro de 2009.²⁶¹

²⁵² Anexo 81. Processo 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 1, fl. 26, Solicitação de arquivamento do Procurador da República Fábio Elizeu Gaspar, de 12 de setembro de 2008. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

²⁵³ Anexo 81. Processo 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 1, fl. 28, Solicitação de arquivamento do Procurador da República Fábio Elizeu Gaspar, de 12 de setembro de 2008. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

²⁵⁴ Anexo 81. Processo 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 1, fl. 26, Solicitação de arquivamento do Procurador da República Fábio Elizeu Gaspar, de 12 de setembro de 2008. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

²⁵⁵ Anexo 81. Processo 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 1, fl. 23, Solicitação de arquivamento do Procurador da República Fábio Elizeu Gaspar, de 12 de setembro de 2008. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

²⁵⁶ Anexo 81. Processo 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 1, fl. 45, Solicitação de arquivamento do Procurador da República Fábio Elizeu Gaspar, de 12 de setembro de 2008. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

²⁵⁷ Anexo 81. Processo 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 1, fl. 49/50, Solicitação de arquivamento do Procurador da República Fábio Elizeu Gaspar, de 12 de setembro de 2008. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

²⁵⁸ Anexo 81. Processo 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 1, fl. 50, Solicitação de arquivamento do Procurador da República Fábio Elizeu Gaspar, de 12 de setembro de 2008. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

²⁵⁹ Anexo 82. Processo 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 7, fls. 1381 e 1385, Decisão da Juíza Federal substituta Paula Mantovani Avelino, de 9 de janeiro de 2009. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

²⁶⁰ Anexo 82. Processo 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 7, fls. 1381 e 1385, Decisão da Juíza Federal substituta Paula Mantovani Avelino, de 9 de janeiro de 2009. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

²⁶¹ Anexo 82. Processo 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 7, fl. 1394, Decisão da Juíza Federal substituta Paula Mantovani Avelino, de 9 de janeiro de 2009. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

vi. Ação Civil Pública apresentada pelo Ministério Público Federal (MPF)

129. De acordo com os autos do processo, em 14 de maio de 2008, o Ministério Público Federal (MPF) apresentou uma Ação Civil Pública contra a União e contra os ex-comandantes do DOI/CODI do II Exército em São Paulo, Audir Santos Maciel e Carlos Alberto Brilhante Ustra.²⁶² A ação apontou que o DOI/CODI/SP do II Exército “[s]e caracterizou por ter sido um dos principais locais de prática de tortura e perpetração de homicídios e desaparecimentos forçados por agentes estatais na história do país”.²⁶³

130. A Ação Civil Pública solicitou, entre outros pontos, a determinação da responsabilidade dos ex-comandantes Carlos Alberto Brilhante Ustra e Audir Santos Maciel e o pagamento das indenizações “[s]uportadas pelo Tesouro Nacional na forma da Lei Nº 9.140/95”,²⁶⁴ além da reparação dos danos morais coletivos.²⁶⁵

131. Em 5 de maio de 2010, o Juiz da 8ª Vara da Justiça Federal em São Paulo emitiu sentença na qual decidiu declarar improcedente a solicitação contra os ex-comandantes Carlos Alberto Brilhante Ustra e Audir Santos Maciel, com base na falta de idoneidade do recurso e na aplicação da Lei 6.683/1979, conhecida como Lei de Anistia.²⁶⁶ O Ministério Público Federal apresentou recurso de apelação contra essa sentença, e sua resolução continuava pendente até a data do presente relatório.²⁶⁷

vii. Atuações da Comissão Nacional da Verdade (CNV) pela Lei Nº 12.528/2011

132. Em 18 de novembro de 2011, foi promulgada a Lei Nº 12.528/2011, que criou a Comissão Nacional da Verdade (doravante, “CNV”).²⁶⁸ De acordo com o artigo 1º dessa Lei, a CNV teve o propósito de “[e]xaminar e esclarecer as graves violações de direitos humanos” praticadas durante a ditadura militar,²⁶⁹ “[a] fim de efetivar o

²⁶² Anexo 83. Petição Inicial da Ação Civil Pública Nº 2008.61.00.011414-5, de 14 de maio de 2008. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

²⁶³ Anexo 83. Petição Inicial da Ação Civil Pública Nº 2008.61.00.011414-5, fl. 5, de 14 de maio de 2008. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

²⁶⁴ Anexo 83. Petição Inicial da Ação Civil Pública Nº 2008.61.00.011414-5, fl. 73, de 14 de maio de 2008. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

²⁶⁵ Anexo 83. Petição Inicial da Ação Civil Pública Nº 2008.61.00.011414-5, fl. 73, de 14 de maio de 2008. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

²⁶⁶ Anexo 84. Processo Nº 2008.61.00.011414-5. 8ª Vara da Justiça Federal em São Paulo. Sentença de 5 de maio de 2010, fls. 18 e 20. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

²⁶⁷ Anexo 85. Recurso de apelação Nº 0011414-28.2008.4.03.6100 de 17 de janeiro de 2011. Extrato de consulta processual. Disponível em: www.trf3.jus.br. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

²⁶⁸ Brasil. Presidência da República. Lei Nº 12.528, de 18 de novembro de 2011.

²⁶⁹ De acordo com o artigo 3 da Lei Nº 12.528/2011, os objetivos do seu trabalho foram: “i) esclarecer os fatos e as circunstâncias dos casos de graves violações de direitos humanos mencionados no *caput* do art. 1º; ii) promover o esclarecimento circunstanciado dos casos de torturas, mortes, desaparecimentos forçados, ocultação de cadáveres e sua autoria, ainda que ocorridos no exterior; iii) identificar e tornar públicos as estruturas, os locais, as instituições e as circunstâncias relacionados à prática de violações de direitos humanos mencionadas no *caput* do art. 1º e suas eventuais ramificações nos diversos aparelhos estatais e na sociedade; iv) encaminhar aos órgãos públicos competentes toda e qualquer informação obtida que possa auxiliar na localização e identificação de corpos e restos mortais de desaparecidos políticos, nos termos do artigo 1º da Lei Nº 9.140/95; v) colaborar com todas as instâncias do poder público para apuração de violação de direitos humanos; vi) recomendar a adoção de medidas e políticas públicas para prevenir violação de direitos humanos, assegurar sua não repetição e promover a efetiva reconciliação nacional; e vii) promover, com base nos informes obtidos, a reconstrução da história dos casos de graves violações de direitos humanos, bem como colaborar para que seja prestada assistência às vítimas de tais violações”.

direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional”.²⁷⁰ Suas atividades foram desenvolvidas de maio de 2012 até 10 de dezembro de 2014, quando foi publicado o seu Relatório Final com conclusões e recomendações.²⁷¹

133. Para alcançar seus objetivos, a Lei Nº 12.528 atribuiu à CNV faculdades para promover audiências públicas; solicitar informações, dados e documentos de órgãos e entidades do poder público, incluindo informações classificadas em qualquer grau de sigilo; determinar a realização de perícias e diligências para a coleta ou recuperação de informações, documentos e dados; e requisitar o auxílio de entidades e órgãos públicos para a execução de seus objetivos, entre outros poderes.²⁷²

134. No âmbito de suas atribuições, em 30 de agosto de 2012, a Comissão Nacional da Verdade solicitou ao Juiz da 2ª Vara de Registros Públicos da Comarca de São Paulo a retificação da causa da morte registrada no assento de óbito de Vladimir Herzog.²⁷³ Em 24 de setembro de 2012, o Juiz emitiu sentença, na qual ordenou a retificação do registro de óbito para que nele constasse que a morte de Vladimir Herzog “decorreu de lesões e maus-tratos sofridos em dependência do II Exército – SP (DOI-CODI)”.²⁷⁴

135. Do mesmo modo, em setembro de 2014, uma equipe de peritos da CNV emitiu um laudo pericial indireto sobre a morte de Herzog. Os peritos identificaram a existência de duas lesões no pescoço, ambas ocasionadas à vítima em vida.²⁷⁵ A perícia determinou que o jornalista “foi inicialmente estrangulado, provavelmente com a cinta mencionada pelo perito criminal, e, em ato contínuo, foi montado um sistema de força, onde uma das extremidades [da cinta] foi fixada à grade metálica de proteção da janela e, a outra, envolvida ao redor do pescoço de Vladimir Herzog [...]. Após, o corpo foi colocado em suspensão incompleta de forma a simular um enforcamento”.²⁷⁶

136. Em seu relatório final, a CNV afirmou “não existir mais qualquer dúvida acerca das circunstâncias da morte de Vladimir Herzog, detido ilegalmente, torturado

²⁷⁰ Brasil. Presidência da República. Lei Nº 12.528, artigo 1º, de 18 de novembro de 2011; Anexo 2. Relatório da Comissão Nacional da Verdade. Volume I. Parte I, “A Comissão Nacional da Verdade”, Capítulo 1 – A criação da Comissão Nacional da Verdade, fl. 22, § 8, de 10 de dezembro de 2014. Anexo à comunicação do Estado de 12 de agosto de 2015.

²⁷¹ Anexo 2. Relatório da Comissão Nacional da Verdade. Volume I. Parte I, “A Comissão Nacional da Verdade”, Capítulo 1 – A criação da Comissão Nacional da Verdade, fl. 21, § 4, de 10 de dezembro de 2014. Anexo à comunicação do Estado de 12 de agosto de 2015.

²⁷² Brasil. Presidência da República. Lei Nº 12.528, artigo 4, de 18 de novembro de 2011.

²⁷³ Anexo 86. Processo Nº 0046690-64.2012.8.26.0100. 2ª Vara de Registros Públicos da Comarca de São Paulo. Sentença de 24 de setembro de 2012. Anexo à comunicação do Estado de 01 de outubro de 2012; Anexo 87. Comissão Nacional da Verdade. 30 de agosto de 2012. *Comissão da Verdade recomenda à Justiça retificação do registro de óbito de Vladimir Herzog*. Anexo à comunicação do Estado de 01 de outubro de 2012.

²⁷⁴ Anexo 86. Processo Nº 0046690-64.2012.8.26.0100. 2ª Vara de Registros Públicos da Comarca de São Paulo. Sentença de 24 de setembro de 2012, fl. 4. Anexo à comunicação do Estado de 01 de outubro de 2012.

²⁷⁵ Anexo 3. Relatório da Comissão Nacional da Verdade. Volume III, “Mortos e desaparecidos políticos”, Maio de 1974 – Outubro de 1985, Parte I, fl. 1796, de 10 de dezembro de 2014. Anexo à comunicação do Estado de 12 de agosto de 2015.

²⁷⁶ Anexo 3. Relatório da Comissão Nacional da Verdade. Volume III, “Mortos e desaparecidos políticos”, Maio de 1974 – Outubro de 1985, Parte I, fl. 1796, de 10 de dezembro de 2014. Anexo à comunicação do Estado de 12 de agosto de 2015.

e assassinado por agentes do Estado nas dependências do DOI-CODI do II Exército, em São Paulo, em outubro de 1975”.²⁷⁷ A esse respeito, o relatório concluiu que:

Diante das investigações realizadas, conclui-se que Vladimir Herzog morreu em decorrência de ação perpetrada por agentes do Estado brasileiro, em contexto de sistemáticas violações de direitos humanos promovidas pela ditadura militar implantada no país a partir de abril de 1964, restando desconstruída a versão de suicídio divulgada à época dos fatos. As iniciativas da CNV, tanto em entregar à família a certidão de óbito retificada, quanto em concluir análise pericial que evidencia o homicídio de Vladimir Herzog, foram passos concretos na luta pela elucidação [das] graves [violações] de direitos humanos ocorridas durante a ditadura militar. Recomenda-se a continuidade das investigações sobre as circunstâncias do caso para a identificação e responsabilização dos demais agentes envolvidos.²⁷⁸

137. Do mesmo modo, em seu Relatório Final, a CNV recomenda,²⁷⁹ entre outras coisas:

Determinação, pelos órgãos competentes, da responsabilidade jurídica – criminal, civil e administrativa – dos agentes públicos que deram causa às graves violações de direitos humanos ocorridas no período investigado pela CNV, afastando-se, em relação a esses agentes, a aplicação dos dispositivos concessivos de anistia inscritos nos artigos da Lei Nº 6683, de 28 de agosto de 1979 e em outras disposições constitucionais e legais.²⁸⁰

VI. ANÁLISE DE MÉRITO

A. Análise da violação do Artigo I (Direito à vida, à liberdade, à segurança e integridade da pessoa) e do Artigo XXV (Direito de proteção contra prisão arbitrária) da Declaração Americana

138. O Artigo I da Declaração Americana dispõe que “[t]odo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança de sua pessoa”.

²⁷⁷ Anexo 3. Relatório da Comissão Nacional da Verdade. Volume III, “Mortos e desaparecidos políticos”, Maio de 1974 – Outubro de 1985, Parte I, fl. 1796, de 10 de dezembro de 2014. Anexo à comunicação do Estado de 12 de agosto de 2015.

²⁷⁸ Anexo 3. Relatório da Comissão Nacional da Verdade. Volume III, “Mortos e desaparecidos políticos”, Maio de 1974 – Outubro de 1985, Parte I, fl. 1799, de 10 de dezembro de 2014. Anexo à comunicação do Estado de 12 de agosto de 2015.

²⁷⁹ Anexo 2. Relatório da Comissão Nacional da Verdade. Volume I, Parte V, “Conclusões e recomendações”, Capítulo 18 – Conclusões e recomendações, II RECOMENDAÇÕES – (A) Medidas Institucionais. fls. 964-975, de 10 de dezembro de 2014. Anexo à comunicação do Estado de 12 de agosto de 2015.

²⁸⁰ Anexo 2. Relatório da Comissão Nacional da Verdade. Volume I, Parte V, “Conclusões e recomendações”, Capítulo 18 – Conclusões e recomendações, II RECOMENDAÇÕES – (A) Medidas Institucionais. fl. 965, de 10 de dezembro de 2014. Anexo à comunicação do Estado de 12 de agosto de 2015.

139. Por sua vez, o Artigo XXV da Declaração estabelece que:

Ninguém pode ser privado da sua liberdade, a não ser nos casos previstos pelas leis e segundo as praxes estabelecidas pelas leis já existentes. [...] Todo indivíduo, que tenha sido privado da sua liberdade, tem o direito de que o juiz verifique sem demora a legalidade da medida, e de que o julgue sem protelação injustificada, ou, no caso contrário, de ser posto em liberdade. Tem também direito a um tratamento humano durante o tempo em que o privarem da sua liberdade.

140. No presente caso, os peticionários alegaram que a prisão arbitrária, tortura e execução do jornalista Vladimir Herzog constituíram uma grave violação de direitos humanos, enquadradas em padrões sistemáticos, resultando na violação dos artigos I e XXV da Declaração Americana, em prejuízo do jornalista.

141. Tal como foi estabelecido, estes fatos ocorreram em 25 de outubro de 1975, ou seja, antes que o Brasil ratificasse a Convenção Americana e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura. Por esse motivo, a fonte de direito aplicável a esses fatos é a Declaração Americana. O exame dos fatos ocorridos a partir de 20 de julho de 1989 e de 25 de setembro de 1992, ou dos fatos alegados como uma situação de violação continuada de direitos que persistiu em conformidade com as datas de ratificação citadas acima, será realizado à luz da Convenção Americana e da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (§ 83 *infra*).²⁸¹

142. Em relação à Declaração Americana, cabe recordar que o Sistema Interamericano afirmou que este instrumento é fonte de obrigações internacionais para todos os Estados-Membros da OEA, incluindo os Estados que ratificaram a Convenção Americana.²⁸² A Declaração Americana é parte do marco de direitos humanos estabelecido pelos Estados-Membros da OEA, que se refere às obrigações e responsabilidades dos Estados e exige que eles se abstenham de respaldar, tolerar ou participar em atos ou omissões que violem os seus compromissos em matéria de direitos humanos. Tradicionalmente, a Comissão interpretou o alcance das obrigações impostas pela Declaração Americana no contexto mais amplo do Sistema Internacional e do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, considerando a evolução do campo no direito internacional de direitos humanos desde que este instrumento foi aprovado, e com o devido respeito pelas demais normas do direito internacional aplicáveis aos Estados-Membros.²⁸³

²⁸¹ CIDH. Relatório Nº 80/12. Petição p-859-09. *Vladimir Herzog e outros*. Admissibilidade. Brasil. 8 de novembro de 2012. § 25.

²⁸² Corte IDH. Opinião Consultiva OC-10/89 "Interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem no Âmbito do Artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos", 14 de julho de 1989, Série A, Nº 10 (1989), § 45 (A Corte afirmou que "para os Estados-Membros da Organização, a Declaração é o texto que define os direitos humanos referidos na Carta").

²⁸³ CIDH. Relatório Nº 80/11, Caso 12.626, Mérito, *Jessica Lenahan (Gonzales) e outros, Estados Unidos*. 21 de julho de 2011. § 118.

143. No presente caso, o Estado reconheceu “a prisão arbitrária, tortura e assassinato de Vladimir Herzog” nas mãos de agentes estatais enquanto a vítima esteve sob custódia em uma dependência do Exército. O Estado invocou a sentença ditada pelo juiz federal civil encarregado da Ação Declaratória Nº 136-76, que constatou que “[n]ão há qualquer menção à existência de inquérito em que Vladimir Herzog tenha sido indiciado, ao mandato de prisão, à autoridade competente que o tenha expedido e mesmo a comunicação de prisão ao juiz competente” (§112 *supra*).

144. De fato, tal como foi estabelecida, a prisão do jornalista Vladimir Herzog em 25 de outubro de 1975 não foi precedida de um mandado de prisão emitido dentro de uma investigação criminal por um juiz competente. O jornalista não conheceu os motivos e razões da prisão no momento em que ela ocorreu, e não foi posto imediatamente à disposição do juiz competente, para que se realizassem as diligências necessárias para o controle judicial da sua prisão, assim como exigem os Artigos I e XXV da Declaração Americana.

145. Ao contrário, após a solicitação do tenente-coronel Audir Santos Maciel, Vladimir Herzog se apresentou em 25 de outubro às 8h00min ao DOI/CODI/SP para prestar declarações. Na dependência militar, foi privado da liberdade, ficou incomunicável e foi obrigado a vestir um uniforme militar com um capuz de tecido negro em sua cabeça. No mesmo dia, Herzog foi levado a uma sala de interrogatório onde foi submetido à tortura para que reconhecesse sua participação em uma das bases de jornalistas do Partido Comunista do Brasil. No período da tarde, aos 38 anos de idade, Vladimir Herzog foi assassinado por estrangulamento (§79-83 *supra*).

146. A prisão, tortura e assassinato da vítima ocorreram no contexto de graves violações de direitos humanos ocorridas na ditadura, e, em particular, em meio a um reconhecido padrão sistemático de “ações repressivas contra o Partido Comunista do Brasil (PCB)”, quando foram presos dezenas de militantes e pelo menos 12 jornalistas, por sua militância ou suspeita de militância no PCB. Tais ações “eliminaram fisicamente a quase totalidade” do comitê central do PCB (§67 e 68 *supra*).

147. A incompatibilidade entre essas ações e as obrigações internacionais que derivam da Declaração Americana em matéria de direitos humanos são evidentes.

148. Em primeiro lugar, de acordo com os artigos I e XXV da Declaração Americana, a proteção das pessoas contra a interferência ilegítima ou arbitrária de sua liberdade por parte do Estado exige que “toda privação de liberdade deve se realizar de acordo com uma lei pré-estabelecida; que a pessoa presa seja informada das razões de sua prisão e prontamente notificada das acusações imputadas contra ela; que toda pessoa privada de sua liberdade tem direito a contar com um recurso jurídico e obter, sem demora, um pronunciamento a respeito da legalidade de sua prisão; e que a pessoa seja julgada dentro de um prazo razoável ou libertada enquanto continuar o processo”.²⁸⁴ Essas obrigações também incluem o direito a não ser submetido

²⁸⁴ CIDH, Relatório sobre Terrorismo e Direitos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.116.Doc.5 rev.1, 22 de outubro de 2002, § 120.

à detenção ou prisão por causas e métodos que – ainda que qualificados como legais – possam ser caracterizados como incompatíveis com o respeito aos direitos fundamentais do indivíduo, por serem, entre outras coisas, irrazoáveis, imprevisíveis ou desproporcionais.²⁸⁵ Para que uma prisão não seja arbitrária, a finalidade das medidas que privem ou restrinjam a liberdade deve ser compatível com o direito internacional dos direitos humanos e deve ser idônea para cumprir o fim buscado.²⁸⁶

149. No caso, é claramente impossível invocar uma base legal que justifique a prisão de Vladimir Herzog. Além disso, a medida visava a castigar a suposta militância e as opiniões políticas do jornalista. Em outras palavras, ela teve como base o exercício dos seus direitos à liberdade de pensamento e expressão e liberdade de associação, o que não constitui uma finalidade legítima à luz dos princípios democráticos que justifique a privação de liberdade de uma pessoa, resultando em uma prisão arbitrária e violando, dessa forma, o artigo XXV da Declaração Americana.

150. Em segundo lugar, o direito das pessoas privadas de liberdade a um tratamento humano sob a custódia do Estado é uma norma universalmente aceita no direito internacional. A Declaração Americana contém diversas disposições a este respeito. A Comissão entendeu que o artigo I da Declaração (Direito à vida, à liberdade, à segurança e integridade da pessoa) contém uma proibição do uso da tortura ou outras formas de tratamento ou penas cruéis, desumanas ou degradantes contra as pessoas em qualquer circunstância, à semelhança do artigo 5 da Convenção Americana.²⁸⁷ Ademais, os artigos XXV e XXVI da Declaração se referem ao direito ao tratamento humano no contexto dos direitos à proteção contra a prisão arbitrária e ao processo regular.

151. Tanto a Corte²⁸⁸ quanto a Comissão manifestaram de forma consistente a consolidação de um regime jurídico internacional de proibição absoluta de todas as formas de tortura, proibição esta que, na atualidade, pertence ao domínio do *ius cogens* internacional.²⁸⁹ A Corte Interamericana também entendeu que se está diante de um ato que constitui tortura quando o maltrato: a) é intencional; b) cause severo sofrimento físico ou mental; e c) é cometido com qualquer fim ou propósito,²⁹⁰ entre eles, a investigação de crimes.

152. Em âmbito interno, ficou estabelecida a prática reiterada de tortura contra Vladimir Herzog durante sua prisão no DOI/CODI/SP. Apesar de se desconhecem todos os métodos de maus-tratos utilizados, com base nas declarações de testemunhas e

²⁸⁵ Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Ñíguez vs. Ecuador*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 21 de novembro de 2007. Série C, Nº 170.

²⁸⁶ Corte IDH. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Ñíguez vs. Ecuador*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 21 de novembro de 2007. Série C, Nº 170.

²⁸⁷ CIDH, Relatório sobre Terrorismo e Direitos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.116.Doc.5 rev.1, 22 de outubro de 2002, § 184.

²⁸⁸ Corte IDH. *Caso Maritzá Urrutia vs. Guatemala*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de novembro de 2003. Série C, Nº 103, § 92; Corte IDH. *Caso do Penal Miguel Castro Castro vs. Peru*. Sentença de 25 de novembro de 2006. Série C, Nº 160, § 271; e, *Caso Bueno Alves vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 11 de maio de 2007. Série C, Nº 164, § 76.

²⁸⁹ CIDH, Relatório sobre os direitos humanos das pessoas privadas de liberdade nas Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc.64. 31 de dezembro de 2011. § 335.

²⁹⁰ Corte IDH. *Caso Bueno Alves vs. Argentina*, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 11 de maio de 2007. Série C, Nº 164. § 79.

perícias técnicas realizadas pela CNV, pôde-se determinar que Herzog foi encapuzado, submetido a choques elétricos, a ruídos ensurdecedores e técnicas de afogamento e asfixia (§81-83 e 135 *supra*). Os maus-tratos aplicados contra Vladimir Herzog por agentes estatais foram produto de uma ação deliberada com a finalidade de arrancar-lhe uma confissão incriminatória sobre sua participação em uma célula de jornalistas do PCB e castigá-lo por suas opiniões públicas. A gravidade das lesões constatadas neste caso é evidente. Vladimir Herzog foi submetido a maus-tratos físicos que não apenas lhe causaram grave sofrimento, mas também foi executado sob intensa tortura.

153. Testemunhas presenciais puderam ouvir os gritos do jornalista e de seu interrogador, o policial Mira Grancieri; “[a] exigência era que Vladimir Herzog reconhecesse sua participação numa das bases do Partido Comunista Brasileiro”. Indicaram que os gritos de Herzog, enquanto era torturado, “se confundiam com o som” de um rádio. Também apontaram que “a partir de um determinado momento, o som da voz de Vladimir se modificou, como se tivessem introduzido alguma coisa em sua boca; sua voz ficou abafada, como se lhe tivessem posto uma mordaça” (§81 e 82 *supra*).

154. Em sua declaração a respeito desses fatos, Rodolfo Osvaldo Konder – a última testemunha que pôde ver Herzog com vida – relatou que a vítima estava na sala de interrogatórios; e que quando entrou na segunda vez e o viu, “estava sentado na mesma cadeira [de choques elétricos], com o capuz enfiado na cabeça, mas agora parecia particularmente nervoso, as mãos tremiam muito e a voz era débil. Então o interrogador pediu a Vladimir que [...] falasse [a Konder]” a respeito do interrogatório (§83 *supra*).

155. Quase 40 anos depois do assassinato do jornalista, a CNV ordenou a realização de perícias médicas para determinar as circunstâncias de sua morte. Como consta entre os fatos provados, esses peritos identificaram a existência de duas lesões no pescoço, ambas ocasionadas em vida à vítima. A perícia determinou que o jornalista foi “estrangulado, provavelmente com a cinta” (§135 *supra*).

156. A CIDH entende que os fatos acima descritos constituem uma violação do direito à integridade pessoal e ao tratamento humano, consagrado nos artigos I e XXV da Convenção Americana, em prejuízo de Vladimir Herzog. Ademais, os atos do Estado constituem uma violação do direito à vida do jornalista, de acordo com o disposto no artigo I da Convenção. Considerando a natureza dos direitos violados e o contexto em que aconteceu, este crime configura uma grave violação de direitos humanos e demonstra o crasso abandono dos princípios essenciais em que se fundamentava o Sistema Interamericano de Direitos Humanos na época dos fatos.

157. Com base nas considerações acima, a CIDH entende que o Estado é responsável pela violação dos direitos à vida, à liberdade e à integridade pessoal e do direito de proteção contra prisão arbitrária, reconhecidos nos artigos I e XXV da Declaração Americana, em prejuízo do jornalista Vladimir Herzog.

B. Análise da violação do Artigo IV (Direito de liberdade de investigação, opinião, expressão e difusão) e do Artigo XXII (Direito de associação) da Declaração Americana

158. Na fase de mérito, os peticionários alegaram que a prisão arbitrária, a tortura e a morte do jornalista Vladimir Herzog também constituíram uma violação do seu direito à liberdade de expressão, do direito de reunião e da liberdade de associação com fins políticos.

159. A Declaração Americana contém disposições que protegem o direito de toda pessoa à liberdade de expressão, reunião pacífica e associação, similares às disposições contidas nos artigos 13 e 16 da Convenção Americana. O Artigo IV da Declaração dispõe que “[t]oda pessoa tem direito à liberdade de investigação, de opinião e de expressão e difusão do pensamento, por qualquer meio”. Por sua vez, o Artigo XXII estabelece que “[t]oda pessoa tem o direito de se associar com outras a fim de promover, exercer e proteger os seus interesses legítimos, de ordem política, econômica, religiosa, social, cultural, profissional, sindical ou de qualquer outra natureza”.

160. Os órgãos do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos já estabeleceram, em uma ampla jurisprudência e doutrina, que o direito à liberdade de expressão, em particular em assuntos de interesse público, garante a difusão de informações ou ideias, incluindo as que são vistas como ingratas para o Estado ou qualquer setor da população.²⁹¹ Também reconheceram que o direito à liberdade de associação garante a liberdade de associar-se com fins políticos.²⁹² Nesse sentido, a CIDH afirmou que uma violação dos direitos à vida ou à integridade pessoal atribuível ao Estado pode gerar, por sua vez, uma violação dos direitos à liberdade de expressão e associação, quando tal violação tiver como alvo o exercício legítimo desses direitos.²⁹³

161. Em particular, a CIDH expressou que o assassinato de jornalistas e funcionários dos meios de comunicação pelo exercício de sua profissão constitui a mais extrema forma de censura. Como observou a Corte Interamericana, “o exercício jornalístico só pode acontecer livremente quando as pessoas que o realizam não são vítimas de ameaças ou de agressões físicas, psíquicas ou morais ou outros atos de intimidação”. Tais ações não apenas violam de modo especialmente drástico a liberdade de pensamento e expressão da pessoa prejudicada, mas também prejudicam a dimensão coletiva deste direito. Os atos de violência cometidos contra jornalistas violam o direito dessas pessoas a expressarem e compartilharem ideias, opiniões e informações, e também atentam

²⁹¹ CIDH. Relatório Anual 2009. Relatório da Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. Capítulo III (Marco Jurídico Interamericano do Direito à Liberdade de Expressão). OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51. 30 de dezembro de 2009. § 179; Corte IDH. *Caso Ríos e outros vs. Venezuela*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de janeiro de 2009. Série C, Nº 194.

²⁹² Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de maio de 2010. Série C, Nº 213.

²⁹³ Corte IDH. *Caso Cantoral Huamani e García Santa Cruz vs. Peru*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 10 de julho de 2007. Série C, Nº 167, § 147; Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo e Familiares vs. Colômbia*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 3 de setembro de 2012. Série C, Nº 248. § 142 a 149; Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de maio de 2010. Série C, Nº 213.

contra os direitos dos cidadãos e da sociedade em geral a buscarem e receberem informações e ideias de qualquer tipo. Nesse sentido, são “um atentado contra os princípios de transparência e prestação de contas, e também contra o direito a ter opiniões e participar em debates públicos, que são essenciais em uma democracia”.²⁹⁴

162. A Corte Interamericana também ressaltou que “as vozes de oposição são imprescindíveis para uma sociedade democrática e, sem elas, não é possível alcançar acordos que atendam as diferentes visões que prevalecem em uma sociedade”.²⁹⁵ Nesse sentido, afirmou que “a execução extrajudicial de um oponente por motivos políticos não apenas implica a violação de diversos direitos humanos, mas também atenta contra os princípios nos quais está fundamentado o Estado de Direito e viola diretamente o regime democrático, na medida em que conduz à falta de sujeição de diferentes autoridades às obrigações de proteção de direitos humanos reconhecidos nacional e internacionalmente, e também aos órgãos internos que controlam a sua observância”.²⁹⁶

163. Com base no acervo de provas disponíveis, evidenciou-se que a prisão arbitrária, tortura e assassinato do jornalista Vladimir Herzog foram motivados pela sua suposta militância em uma célula de jornalistas do PCB e pelo seu trabalho como diretor de jornalismo da emissora de televisão pública *TV Cultura* – um meio de comunicação que era acusado de disseminar propaganda comunista (§74 e 75 *supra*). As ações do Estado buscaram precisamente impedir sua militância política e exercício jornalístico e se manifestaram na forma de restrições ilegítimas de seus direitos à liberdade de expressão e liberdade de associação com fins políticos. Como afirmou a Corte Interamericana, tais atos atentam diretamente contra o Estado de Direito e contradizem abertamente os princípios fundamentais do sistema democrático.

164. A Comissão se referiu ao efeito intimidador que os crimes contra jornalistas têm para outros profissionais dos meios de comunicação, e também para os cidadãos e cidadãs que queiram denunciar abusos de poder ou atos ilícitos de qualquer natureza. Esse efeito intimidador só poderá ser evitado, de acordo com a Comissão, “por meio da ação decisiva do Estado para punir os responsáveis, assim como corresponde à sua obrigação perante o direito internacional e o direito interno”.

165. Está estabelecido que Vladimir Herzog foi um jornalista de reconhecida trajetória nacional e internacional e um profissional de liderança e prestígio entre seus colegas. Ele era o diretor de um canal de televisão pública com uma importante trajetória de jornalismo investigativo. Sem dúvida, a crueldade por trás de sua tortura e seu assassinato foi uma mensagem para desestimular qualquer voz crítica e discordante no jornalismo e na militância política de sua época no Brasil.

²⁹⁴ CIDH. Relatório Anual 2013. Relatório da Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. Capítulo III (Violência contra jornalistas e trabalhadores de meios: padrões interamericanos e práticas nacionais sobre prevenção, proteção e procuração da justiça). OEA/Ser.L/V/II.149. Doc. 50. 31 de dezembro de 2013. § 1.

²⁹⁵ Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de maio de 2010. Série C, Nº 213.

²⁹⁶ Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de maio de 2010. Série C, Nº 213.

166. Assim, a CIDH entende que as graves violações dos direitos do jornalista Vladimir Herzog tiveram um efeito dissuasor e intimidador para outros jornalistas críticos ao regime militar e companheiros de trabalho da *TV Cultura* e, também, para a coletividade de pessoas que militavam no Partido Comunista Brasileiro ou simpatizavam com o seu ideário.

167. Com base nas considerações acima, a Comissão Interamericana conclui que o Estado é responsável pela violação do direito à liberdade de expressão e do direito de reunião e liberdade de associação com fins políticos do jornalista Vladimir Herzog, reconhecidos nos artigos IV e XXII da Declaração Americana. A Comissão não conta com elementos que lhe ensejem a necessidade de uma determinação em separado relativa ao artigo XXI da Declaração Americana.²⁹⁷

C. Análise da violação do artigo XVIII (Direito à Justiça) da Declaração Americana, dos Artigos 8 (Garantias Judiciais) e 25 (Proteção Judicial) da Convenção Americana, em relação ao Artigo 1.1 (Obrigações de respeitar os direitos) e ao Artigo 2 (Dever de adotar disposições de direito interno) deste instrumento e Artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura

168. Neste capítulo, a CIDH analisará a responsabilidade internacional do Estado pelas ações relativas à investigação da tortura e execução do jornalista Vladimir Herzog e o acesso à justiça pelos seus familiares. Como se afirmou, esta análise examina fatos ocorridos antes de o Brasil ratificar a Convenção Americana e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura. Por esse motivo, a fonte de direito aplicável a alguns desses fatos é a Declaração Americana. A partir de 20 de julho de 1989 e de 25 de setembro de 1992, e conforme adequado, o exame será feito à luz da Convenção Americana e da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.

169. Nesse sentido, a seguir, a CIDH examinará as alegadas violações de direitos humanos ligadas às seguintes atuações no âmbito interno: i) a investigação da polícia militar a respeito da morte de Vladimir Herzog; ii) o trâmite da ação declaratória de natureza civil na Justiça Federal de São Paulo; e iii) a investigação penal na jurisdição ordinária pela prisão arbitrária, tortura e morte do jornalista.

i. Investigação da Polícia Militar sobre a morte de Vladimir Herzog

170. A CIDH apontou que o Estado não é apenas responsável por respeitar e garantir o exercício dos direitos de uma pessoa privada da liberdade. Em sua condição de garante, ele está igualmente obrigado a prover informações fidedignas e todas as provas relativas ao que acontece com a pessoa detida sob sua custódia. Este

²⁹⁷ Na etapa de mérito, os peticionários também alegaram que a prisão arbitrária, tortura e execução de Vladimir Herzog significou também uma violação do direito de reunião pacífica, reconhecido no Artigo XXI da Declaração Americana, que dispõe que “[t]oda pessoa tem o direito de se reunir pacificamente com outras, em manifestação pública, ou em assembleia transitória, em relação com seus interesses comuns, de qualquer natureza que sejam”.

dever se deriva da obrigação geral, a cargo dos Estados, de garantir o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos na Declaração Americana, bem como o direito de as vítimas de violações de direitos humanos, ou seus familiares, a contar com amplas possibilidades de serem ouvidas e atuarem nos respectivos processos, tanto na busca pelo esclarecimento dos fatos e da punição dos responsáveis, quanto no acesso a recursos judiciais eficazes com esta finalidade, substanciados de acordo com as regras do devido processo legal.

171. O cumprimento desse dever é particularmente estrito quando existem indícios de tortura²⁹⁸ e sempre que ocorrer a morte de uma pessoa presa.²⁹⁹ De fato, o Estado, como garante do direito à vida e à integridade pessoal das pessoas presas, tem o dever de prevenir todas as situações que possam resultar, tanto por ação quanto por omissão, na supressão desses direitos. Nesse sentido, se uma pessoa for presa em bom estado de saúde e morrer posteriormente, recai sobre o Estado a obrigação de prover uma explicação satisfatória e convincente do ocorrido e refutar as alegações quanto à sua responsabilidade, por meio de elementos probatórios válidos. A consideração, neste ponto, é que há uma presunção de responsabilidade estatal pelo que ocorre com uma pessoa enquanto ela está sob a custódia do Estado.³⁰⁰

172. Nesses casos, o Estado deve iniciar, de ofício e com a devida diligência, uma investigação com o objetivo de determinar a natureza e as causas das lesões e deve assegurar a identificação e a persecução dos responsáveis. A realização de uma investigação eficaz é um elemento fundamental e condicionante para a proteção dos direitos substantivos prejudicados ou anulados por tais situações.³⁰¹

173. Para ser eficaz, uma investigação deve ser realizada por autoridades independentes, sem qualquer conexão hierárquica ou institucional com os implicados.³⁰² A CIDH expressou que, quando se trata de uma morte violenta, na qual é investigada a participação de funcionários estatais, os Estados devem assegurar que a responsabilidade de investigar e julgar as violações de direitos humanos seja atribuída às autoridades que estejam nas melhores condições de resolvê-las com eficiência, autonomia e independência. Nesse sentido, os Estados devem estabelecer salvaguardas para que as autoridades competentes

²⁹⁸ Corte IDH. *Caso do Penal Miguel Castro Castro vs. Peru*. Sentença de 25 de novembro de 2006. Série C, Nº 160, § 344; e, *Caso Bueno Alves vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 11 de maio de 2007. Série C, Nº 164, § 88.

²⁹⁹ Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. Sentença de 18 de setembro de 2003. Série C, Nº 100; Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 4 de julho de 2006. Série C, Nº 149, § 147; Corte IDH. *Caso Mendoza e outros vs. Argentina*. Exceções Preliminares, Mérito e Reparações. Sentença de 14 de maio de 2013. Série C, Nº 260. § 218; Corte Europeia. *Salman vs. Turkey*, *op. cit.* Nº 99; *Keenan vs. the United Kingdom*, Nº 27.229/95, § 91, ECHR 2001-III.

³⁰⁰ CIDH. Relatório sobre os direitos humanos das pessoas privadas da liberdade nas Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc.64. 31 de dezembro de 2011. § 270.

³⁰¹ Corte IDH. *Caso do Penal Miguel Castro Castro*. Sentença de 25 de novembro de 2006. Série C, Nº 160, § 253. Ver também: Corte IDH *Caso Servellón García e outros*. Sentença de 21 de setembro de 2006. Série C, Nº 152, § 119; *Caso Ximenes Lopes*. Sentença de 4 de julho de 2006. Série C, Nº 149, § 147; *Caso dos Massacres de Ituango*. Sentença de 1º de julho de 2006. Série C, Nº 148, § 297; e *Caso Cantoral Huamani e Garcia Santa Cruz*. Sentença de 10 de julho de 2007. Série C, Nº 167, § 100.

³⁰² *Ramsahai e outros vs. Países Baixos [GC]*, Nº 52391/99, § 325, CEDH 2007, *Güleç vs. Turquia*, Sentença de 27 de julho de 1998, Relatórios 1998-IV, p. 1733, §§ 81- 82, e *Ogur vs. Turquia [GC]*, Nº 21954/93, §§ 91 a 92, CEDH 1999-III.

possam atuar sem sujeitar-se ao âmbito de influência do funcionário público supostamente envolvido no crime e, por sua vez, garantir que as testemunhas e familiares da vítima participem dos processos sem medo de sofrer represálias.³⁰³

174. Neste ponto específico, a CIDH reitera que, de acordo com a doutrina e a jurisprudência dos órgãos do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, a jurisdição penal militar não é o foro competente para investigar e, se necessário, julgar e punir os autores de violações de direitos humanos,³⁰⁴ além de apresentar problemas graves para que a administração da justiça seja imparcial e independente.³⁰⁵ De fato, a CIDH ressaltou que a jurisdição militar deve se aplicar unicamente em caso de se atentar contra bens jurídicos penais castrenses, nas particulares funções de defesa e segurança do Estado, e nunca para investigar violações de direitos humanos.³⁰⁶

175. Em sua sentença no caso *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, a Corte Interamericana ordenou que o Estado garanta que os processos penais iniciados com base nos fatos do caso, que ocorreram durante o regime militar – à semelhança do presente caso – contra supostos responsáveis que sejam ou tenham sido funcionários militares, tramitem não em foro militar, e sim na jurisdição ordinária.³⁰⁷

176. Nesse sentido, a Comissão argumentou de forma consistente que “[o] sistema de justiça penal militar tem algumas características particulares que impedem o acesso a um recurso judicial eficaz e imparcial nessa jurisdição. Uma delas é que o foro militar não pode ser considerado como um verdadeiro sistema judicial, uma vez que não faz parte do Poder Judiciário, e sim depende do Poder Executivo. Outro aspecto é o fato de que os juízes do sistema judiciário militar, em geral, são membros do Exército em serviço ativo, o que os põe em uma posição de julgar os seus próprios companheiros de armas, tornando ilusório o requisito de imparcialidade, uma vez que os membros do Exército frequentemente sentem-se obrigados a proteger aqueles que combatem ao seu lado em um contexto difícil e perigoso”.³⁰⁸

177. Essa investigação deve ser realizada por todos os meios legais disponíveis para determinar a verdade e empreender o inquérito, a persecução e a punição de todos os responsáveis pelos fatos. Mesmo sendo uma obrigação ligada aos meios, e não aos resultados, o dever de investigar deve ser empreendido pelo Estado como um dever jurídico próprio.³⁰⁹ Nesse sentido, o Estado é obrigado a assegurar a obtenção das provas,

³⁰³ CIDH. Relatório Anual 2013. Relatório da Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. Capítulo III (Violência contra jornalistas e trabalhadores de meios: padrões interamericanos e práticas nacionais sobre prevenção, proteção e procuração da justiça). OEA/Ser.L/V/II.149. Doc. 50. 31 de dezembro de 2013. § 1.

³⁰⁴ Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de Novembro de 2009. Série C, Nº 209. § 272-278; CIDH, Relatório sobre Terrorismo e Direitos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.116.Doc.5 rev.1, 22 de outubro de 2002, § 230; CIDH. Relatório sobre Segurança Cidadã e Direitos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 57. 31 dezembro 2009. § 162.

³⁰⁵ CIDH. Direito à verdade nas Américas. OEA/Ser.L/V/II.152. Doc. 2. 13 de agosto de 2014. § 106.

³⁰⁶ CIDH. Direito à verdade nas Américas. OEA/Ser.L/V/II.152. Doc. 2. 13 de agosto de 2014. § 103.

³⁰⁷ Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C, Nº 219. § 257.

³⁰⁸ CIDH, Relatório Nº 2/06, Caso 12.130, *Miguel Orlando Muñoz Guzmán*, México, 28 de fevereiro de 2006, § 83 e 84, em CIDH. Direito à verdade nas Américas. OEA/Ser.L/V/II.152. Doc. 2. 13 de agosto de 2014. § 103.

³⁰⁹ Corte IDH. *Caso Mendoza e outros vs. Argentina*. Exceções Preliminares, Mérito e Reparações. Sentença de 14 de maio de 2013. Série C, Nº 260. § 218.

incluindo, entre outros elementos, declarações de testemunhas, provas forenses e, se necessário, uma autópsia que possibilite o registro completo e preciso das lesões e uma análise médica objetiva das constatações encontradas, entre elas a causa da morte.³¹⁰

178. O Estado também deve garantir a independência da equipe médica e de saúde encarregada, de modo que ela possa praticar livremente as avaliações médicas necessárias, respeitando as normas estabelecidas na prática da sua profissão.³¹¹ Nesse sentido, a Comissão observa que, para favorecer a eficácia de uma investigação, é preciso também oferecer proteção adequada às testemunhas contra ameaças, prisões ou represálias³¹² – em particular quando se trata de pessoas que já estão presas. Por fim, esse tipo de investigação e os seus resultados devem estar sujeitos ao escrutínio público.³¹³

179. No presente caso, a CIDH observa que as autoridades estatais não atuaram em observância a esses preceitos. Ao contrário, tal como ficou estabelecido, o regime militar forjou uma falsa versão da morte de Vladimir Herzog e iniciou um inquérito preliminar na jurisdição penal militar, cuja decisão final foi a de arquivar a investigação após reproduzir a versão do suicídio da vítima, apresentada pelas autoridades do DOI/CODI/SP do II Exército, assegurando assim a impunidade do ocorrido.

180. De fato, no mesmo dia do seu assassinato, o II Exército publicou uma nota oficial informando que “[c]erca das 16:00hs, ao ser procurado na sala onde fora deixado desacompanhado, [Vladimir Herzog] foi encontrado morto, enforcado, tendo para tanto utilizado uma tira de pano”. Do mesmo modo, de acordo com a nota oficial, em diligências

³¹⁰ O sistema interamericano se referiu aos Princípios relativos a uma prevenção eficaz e à investigação das execuções extrajudiciais, arbitrárias e sumárias, adotados pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas pela resolução 1989/65 deste órgão, como pautas que devem ser observadas na investigação de uma morte violenta. Esses princípios requerem que em tais casos, a investigação de toda morte suspeita deve ter os seguintes objetivos: identificar a vítima; recuperar e analisar todas as provas materiais e documentais; identificar possíveis testemunhas e colher o seu depoimento; determinar a causa, o modo e a hora da morte, bem como o procedimento, a prática ou os instrumentos que possam ter causado a morte; distinguir entre morte natural, morte acidental, suicídio e homicídio; e identificar e prender a pessoa ou as pessoas que possam ter participado na execução. Nações Unidas, *Princípios relativos a uma prevenção eficaz e à investigação das execuções extrajudiciais, arbitrárias e sumárias*. O sistema regional também se referiu às pautas estabelecidas no *Manual das Nações Unidas para a prevenção e investigação efetivas das execuções extrajudiciais, arbitrárias e sumárias*, observando que um dos aspectos mais importantes de uma investigação “completa e imparcial” de uma execução extrajudicial, arbitrária ou sumária é recolher e analisar as provas de cada morte suspeita. Para isso, o *Manual* estabelece que, em relação à cena do crime, os investigadores devem, no mínimo, fotografar a cena, toda outra prova física e o corpo, assim como foi encontrado, e uma vez trasladado; recolher e preservar todas as amostras de sangue, cabelos, fibras, fios ou outras pistas; examinar a área em busca de pegadas de sapatos ou qualquer outro elemento de prova; e preparar um relatório detalhando toda observação do local dos fatos, as ações dos investigadores e o destino de todas as provas coletadas. Além disso, é necessário investigar exaustivamente o lugar dos fatos; devem-se realizar autópsias, e deve-se fazer uma análise rigorosa dos restos humanos, a cargo de profissionais competentes. *Manual das Nações Unidas para a prevenção e investigação eficazes das execuções extrajudiciais, arbitrárias e sumárias*. Doc. E/ST/CSDHA/12 (1991).

³¹¹ A esse respeito, ver: Nações Unidas. Protocolo de Istambul. Manual para a investigação e documentação eficazes da tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. 9 de agosto de 1999, § 56, 60, 65 e 66.

³¹² CIDH. Relatório Anual 2013. Relatório da Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. Capítulo III (Violência contra jornalistas e trabalhadores de meios: padrões interamericanos e práticas nacionais sobre prevenção, proteção e procuração da justiça). OEA/Ser.L/V/II.149. Doc. 50. 31 de dezembro de 2013. § 1.

³¹³ Ver Güleç, *op. cit.*, p. 1733, § 82; Ogur, *op. cit.*, § 92; Gül, *op. cit.*, § 93; e os juízos da Irlanda do Norte, por exemplo, *McKerr vs. Reino Unido*, Nº 28.883/95, § 148, CEDH 2001-III.

empreendidas no II Exército, nas quais foram reveladas “[a] estrutura e as atividades do ‘Comitê Estadual do Partido Comunista’”, Vladimir Herzog foi catalogado por “seus companheiros” como “[m]ilitante e integrante de uma cédula de base de jornalistas do citado ‘Partido’”. Por conta disso, foi “[c]onvidado a prestar esclarecimentos”, para os quais compareceu acompanhado por um “[c]olega de profissão, às 08:00hs do dia 25 do mês fluente”. A nota indicou que apesar de ter inicialmente “relutado” em admitir “[s]uas ligações e atividades criminosas”, Vladimir Herzog admitiu sua participação no PCB. A nota também aponta que lhe foi permitido redigir “[s]uas declarações de próprio punho” e que o papel foi posteriormente encontrado “em pedaços” ao lado de seu corpo. Por fim, a nota apontava que “foi solicitada à Secretaria de Segurança a necessária perícia técnica, positivando os Srs. Peritos a ocorrência de suicídio” (§85 e 86 *supra*).

181. Em 25 de outubro, foi redigido um relatório criminalístico a cargo do oficial Motoho Chiota, que afirmou que o cenário em que foi encontrado o cadáver correspondia a um “quadro típico de suicídio por enforcamento”. Também foi elaborado um exame necroscópico, assinado por Arildo Viana e Harry Shibata, sustentando a versão do suicídio. Este último perito declarou posteriormente que nunca examinou o corpo da vítima. Uma famosa e controversa foto na qual Vladimir Herzog aparece “pendurado por um pedaço de pano na janela da cela em que estava e com os joelhos dobrados” também foi anexada à perícia criminalística como prova do suicídio (§86 e 105 *supra*).

182. Da mesma forma, de acordo com os autos do processo, o Inquérito Policial Militar subsequente realizou diligências “com o objetivo de impossibilitar quaisquer críticas sobre a dissimulação”. Em particular, ordenou-se a elaboração de um laudo de corpo de delito complementar, que “não evidenciou a presença de lesões mortais de qualquer natureza, capazes de qualificar a morte violenta ou natural patológica”, e testemunhas foram submetidas a declarar falsamente sob coação, ou suas declarações foram manipuladas (§94 e 96 *supra*).

183. Como consta nos fatos provados, vários jornalistas confirmaram que, durante a investigação da Polícia Militar, seus depoimentos foram prestados sob intensa pressão e suas afirmações foram manipuladas. Do mesmo modo, Clarice Herzog declarou, entre outras coisas, que teve conhecimento de que Herzog havia sido torturado, mas “[s]e recus[ou] a fornecer o nome das pessoas que a informaram, com medo de que essas pessoas [pudessem] ser mortas”. Por sua vez, Zora Herzog, mãe do jornalista, afirmou que suas declarações na investigação foram manipuladas (§96 *supra*).

184. Em vista do exposto acima, está claro para a CIDH que o Estado descumpriu o seu dever de investigar com a devida diligência os fatos e violações dos direitos humanos de Vladimir Herzog. A investigação sobre a morte de Vladimir Herzog conduzida pela jurisdição militar no ano de 1975 impediu o esclarecimento dos fatos e violou o direito dos familiares da vítima a conhecerem a verdade do acontecido. No presente caso, era imprescindível que o Estado provesse informações fidedignas a respeito do que ocorreu com o jornalista e empreendesse uma investigação capaz de viabilizar a persecução e punição de todos os agentes do Estado responsáveis pelos fatos, e uma devida reparação. Ao invés disso, a investigação iniciou com vistas ao acobertamento institucional e com

o propósito de ocultar as graves ações realizadas nessa época pelo Exército contra Vladimir Herzog e outros militares ou simpatizantes do PCB.

185. O ocultamento da verdade por meio da simulação de suicídios e acidentes foi uma prática sistemática desenvolvida durante a presidência de Geisel [1974-1979], para que não restassem evidências da contradição entre o discurso de abertura e as graves violações de direitos humanos cometidas. Como consequência, de acordo com as constatações da CEMDP, a partir de 1974, “oficialmente não houve mortes nas prisões” e os presos políticos mortos desapareceram ou se suicidaram, e o “regime passou a não mais assumir o assassinato de opositores”, assegurando assim a impunidade dos crimes cometidos.³¹⁴

186. Cabe reiterar que a impunidade desses tipos de crimes fomenta a autocensura e enfraquece o debate democrático.³¹⁵ Nesse sentido, a Corte Interamericana afirmou em sua sentença no caso *Vélez Restrepo vs. Colômbia* que a impunidade em casos como o presente gera “o medo razoável de que esse tipo de violações de direitos humanos se repita, o que pod[e] fazer com que [outros jornalistas] autocensem seu trabalho, por exemplo, em relação ao tipo de notícia que eles cobrem, na forma de obter as informações e na decisão de difundi-la”.³¹⁶

187. Por todos os motivos acima, a Comissão Interamericana conclui que o Estado descumpriu as obrigações estatais de garantir os direitos do jornalista Vladimir Herzog por meio de uma investigação eficaz e independente na jurisdição ordinária, e violou os direitos à justiça e à verdade de Zora, Clarice, André e Ivo Herzog, consagrados no Artigo XVIII da Declaração Americana.

ii. Ação Declaratória de natureza civil perante a Justiça Federal de São Paulo

188. De acordo com os autos do processo, em 19 de abril de 1976, Clarice Herzog e seus dois filhos menores de idade, Ivo e André Herzog, apresentaram uma ação declaratória de natureza civil perante a Justiça Federal de São Paulo, a fim de que se declarasse a responsabilidade da União Federal pela prisão arbitrária de Vladimir Herzog, pelas torturas às quais foi submetido e por sua morte. A ação declaratória foi resolvida em primeira instância a favor dos demandantes, por meio da sentença de 27 de outubro 1978, mas o exame dos recursos de impugnação interpostos pela União estendeu o processo por outros 16 anos.

189. De fato, o recurso de apelação interposto pela União em 17 de novembro de 1978 foi resolvido cinco anos depois, em 1983, pelo Tribunal Federal de Recursos,

³¹⁴ Anexo 1. Brasil. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Direito à Memória e à Verdade: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Brasília, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, fls. 27 e 49, 2007. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

³¹⁵ Corte IDH. A Associação Obrigatória de Jornalistas (Artigos 13 e 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Opinião Consultiva OC-5/85 de 13 de novembro de 1985. Série A, Nº 5. § 70; CIDH. Relatório Anual 2013. Relatório da Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. Capítulo III (Violência contra jornalistas e trabalhadores de meios: padrões interamericanos e práticas nacionais sobre prevenção, proteção e procuração da justiça). OEA/Ser.L/V/II.149. Doc. 50. 31 de dezembro de 2013. § 2.

³¹⁶ Corte IDH. *Caso Vélez Restrepo e Familiares vs. Colômbia*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 3 de setembro de 2012. Série C, Nº 248. § 212.

confirmando a decisão em primeira instância. E também o recurso de embargos infringentes interposto pela União em 1984 foi rejeitado pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, mediante trânsito em julgado de 18 de maio de 1994.³¹⁷

190. Os peticionários alegaram que o período dos 17 anos necessários para a tramitação da ação declaratória constituiu uma violação do direito dos familiares de Vladimir Herzog de acesso a um recurso judicial eficaz, substanciado em conformidade com as regras do devido processo legal, e de acordo com o disposto no Artigo XVIII da Declaração Americana e com o Artigo 8.1 da Convenção Americana, uma vez que entrou em vigor para o Estado em setembro de 1992.

191. O Artigo XVIII da Declaração Americana estabelece que todas as pessoas têm direito a acessar recursos judiciais quando forem vítimas de violações de direitos humanos:³¹⁸ “[t]oda pessoa pode recorrer aos tribunais para fazer respeitar os seus direitos. Deve poder contar, outrossim, com processo simples e breve, mediante o qual a justiça a proteja contra atos de autoridade que violem, em seu prejuízo, qualquer dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente”.

192. A CIDH indicou que este direito é similar em seu alcance ao direito à proteção e às garantias judiciais, contido no Artigo 25 da Convenção Americana,³¹⁹ que – conforme se depreende – inclui o direito de toda pessoa a comparecer perante uma corte quando algum de seus direito foi violado, para que possa contar com uma investigação a cargo de um tribunal competente, imparcial e independente, que estabeleça se houve ou não uma violação, bem como o direito correspondente de obter reparações pelo dano sofrido.³²⁰

193. Por sua vez, o Artigo 8.1 da Convenção determina que:

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.

194. A esse respeito, a Comissão reitera que não basta que existam os recursos internos formais para que se possa considerar que o Estado cumpriu a obrigação de

³¹⁷ Anexo 66. Extrato de andamento processual disponível no Portal do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Processo Nº 89.03.7264-2. Disponível em: www.trf3.jus.br. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

³¹⁸ CIDH, Relatório Nº 54/01, Caso 12.051, *Maria da Penha Fernandes (Brasil)*, 16 de abril de 2001, § 37.

³¹⁹ O artigo 25.1 da Convenção Americana estipula que: “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”.

³²⁰ CIDH, Relatório Nº 40/04, Caso Nº 12.053, *Comunidade Indígena Maya (Belize)*, Relatório Anual da CIDH 2004, § 174; CIDH, Relatório Nº 54/01, Caso 12.051, *Maria da Penha Fernandes (Brasil)*, 16 de abril de 2001, § 37.

garantir o pleno exercício dos direitos previstos na Convenção; mas que, além disso, esses recursos devem ser efetivos.³²¹ A Comissão também destaca, como já o fez a Corte, que esses recursos devem assegurar uma decisão em um prazo razoável.³²² Do mesmo modo, cabe ao Estado expor e provar os motivos que justificam a demora em ditar uma sentença definitiva em um caso específico.³²³

195. A Corte Interamericana destacou em diversas oportunidades 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 tudo o que for necessário para conhecer a verdade do ocorrido, e, se for o caso, para punir os responsáveis.³²⁴ A falta de razoabilidade no prazo para o deslinde de um processo judicial constitui, em princípio, por si só, uma violação das garantias judiciais.³²⁵ 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;³²⁶ e d) o impacto gerado na situação jurídica da pessoa envolvida no processo.³²⁷

196. No presente caso, a Comissão observa que o retardo no desenvolvimento e na decisão final não pode ser justificado em função da complexidade do assunto. De fato, a ação tinha como objeto que fosse declarada a responsabilidade civil da União Federal pela prisão arbitrária de Vladimir Herzog, pelas torturas às quais foi submetido e por sua morte. A instrução da Ação Declaratória baseou-se essencialmente em prova testemunhal e documental. A totalidade das testemunhas e dos peritos e as provas documentais foram apresentadas e produzidas durante o processo perante o juiz federal de primeira instância, que resolveu em 27 de outubro de 1978 a favor dos demandantes, declarando o Estado responsável pela morte do jornalista Vladimir Herzog. Não foi demonstrado que os recursos de impugnação apresentados

³²¹ Ver: Corte IDH. *Caso dos Irmãos Gómez Paquiyauri*, Sentença de 8 de julho de 2004. Série C, Nº 110, §229; *Caso Myrna Mack Chang*, Sentença de 25 de novembro de 2003. Série C, Nº 101, § 273; *Caso Cantoral Benavides*, Sentença de 3 de dezembro de 2001. Série C, Nº 88, § 69; e *Caso Juan Humberto Sánchez*, Sentença de 7 de junho de 2003. Série C, Nº 99, § 121.

³²² Corte IDH. *Caso 19 Comerciantes*, Sentença de 5 de julho de 2004. Série C, Nº 109, § 188; *Caso Myrna Mack Chang*, Sentença de 25 de novembro de 2003. Série C, Nº 101, § 209; *Caso Bulacio*, Sentença de 18 de setembro de 2003. Série C, Nº 100, § 114; e *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros*, Sentença de 21 de junho de 2002. Série C, Nº 94, § 142 a 145.

³²³ Corte IDH, *Caso 19 Comerciantes*, Sentença de 5 de julho de 2004. Série C, Nº 109, § 191.

³²⁴ Cfr. *Caso Bulacio vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 18 de setembro de 2003. Série C, Nº 100, § 114; *Caso Garibaldi*, nota 18 *supra*, § 133, e *Caso do Massacre de Dos Erres*, nota 186 *supra*, § 105.

³²⁵ Cfr. *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 21 de junho de 2002. Série C, Nº 94, § 145; *Caso Valle Jaramillo e outros vs. Colômbia*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de novembro de 2008. Série C, Nº 192, § 154, e *Caso Garibaldi vs. Brasil*, nota 18 *supra*, § 133.

³²⁶ Cfr. *Caso Genie Lacayo vs. Nicarágua*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de janeiro de 1997. Série C, Nº 30, § 77; *Caso Radilla Pacheco*, nota 24 *supra*, § 244, e *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de agosto de 2010. Série C, Nº 214, § 133.

³²⁷ Cfr. *Caso Valle Jaramillo e outros*, nota 326 *supra*, § 155; *Caso Radilla Pacheco*, nota 24 *supra*, § 244, e *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek*, nota 327 *supra*, § 133.

posteriormente revestiram-se de uma complexidade cuja resposta pudesse justificar uma longa demora, como a observada no presente caso.

197. Quanto ao segundo dos elementos a considerar – a atividade processual dos familiares –, não consta que estes tenham interposto recursos ou incidências que pudessem justificar o atraso, ou que tenham tentado obstruir o processo judicial ou dilatar qualquer decisão a ele relacionada. Pelo contrário, está reconhecido que os demandantes participaram em diferentes momentos do processo com o propósito de embasar seus argumentos e avançar na resolução da ação civil interposta.³²⁸

198. Nesse sentido, o que se observa da análise dos autos do processo é uma tentativa por parte da União Federal de protelar o andamento processual, por meio da interposição de diferentes recursos a fim de procrastinar uma decisão definitiva.³²⁹

199. Quanto à conduta das autoridades nos procedimentos judiciais, observa-se que o processo apresentou longos períodos de inatividade, certamente atribuíveis às autoridades judiciais. Essa demora de procedimento prejudicou de modo óbvio a situação jurídica das pessoas envolvidas. O Estado não apresentou qualquer elemento capaz de ensejar uma conclusão diferente. No presente caso, o Estado não apresentou argumentos para demonstrar a razoabilidade de um período de aproximadamente 17 anos entre a interposição da ação civil pelos familiares de Vladimir Herzog em 1976 e a emissão de uma sentença final para o processo no ano de 1994.

200. Por todas as considerações acima, a CIDH conclui que o processo da ação declaratória civil não transcorreu em um prazo razoável, nem constituiu um recurso eficaz para garantir os direitos da vítima e de seus familiares. Dessa forma, o Estado cometeu uma violação do Artigo XVIII da Declaração Americana, e dos Artigos 8.1 e 25 da Convenção, em relação ao Artigo 1.1 do mesmo instrumento, em prejuízo de Clarice, André e Ivo Herzog.

iii. A investigação penal na jurisdição ordinária

201. Como foi reiterado, em casos de graves violações de direitos humanos, como o presente, a Convenção Americana exige a adoção de medidas positivas com vistas a assegurar a investigação, persecução e, conforme adequado, a punição dos responsáveis, evitando assim a impunidade e os efeitos prejudiciais que ela produz.

³²⁸ Anexo 57. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 2, fls. 426/427, Petição dos autores na Ação Declaratória Nº 136/76, de 16 de maio de 1978. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014; Anexo 65. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 4, fls. 744-779 – Contrarrazões ao Recurso de Apelação na Ação Declaratória Nº 136/76, de 14 de fevereiro de 1978. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

³²⁹ Anexo 54. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 1, fls. 88/123, Parecer do Ministério do Exército na Ação Declaratória Nº 136/76, de 26 de maio de 1976. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014; Anexo 63. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 3, fl. 472/473, Memorial da União Federal na Ação Declaratória Nº 136/76, de 15 de junho de 1978. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014; Anexo 21. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 5, fl. 1003 – Sentença proferida na Ação Declaratória Nº 136/76, de 27 de outubro de 1978. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

202. A Corte Interamericana apontou que, com base no Artigo 8.1 da Convenção Americana, as vítimas de violações de direitos humanos, ou seus familiares, devem contar com amplas possibilidades de serem ouvidas e atuarem nos respectivos processos, tanto na busca do esclarecimento dos fatos e da punição dos responsáveis, quanto na busca de uma devida reparação. A Corte também considerou que os Estados têm a obrigação de prover recursos judiciais eficazes às pessoas que aleguem ser vítimas de violações de direitos humanos (Artigo 25), recursos estes que devem ser substanciados em conformidade com as regras do devido processo legal (Artigo 8.1). Isso deve estar contido na obrigação geral, a cargo dos mesmos Estados, de garantir o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos pela Convenção a toda pessoa que se encontre em sua jurisdição (Artigo 1.1).³³⁰

203. Em casos como o presente, a obrigação de investigar é reforçada pelo disposto nos Artigos 1, 6 e 8 da CIPPT, da qual o Brasil é um Estado-Parte desde 20 de julho de 1989, que obrigam o Estado a adotar “medidas efetivas a fim de prevenir e punir a tortura no âmbito de sua jurisdição”, bem como a “prevenir e punir outros tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes”. De fato, pela jurisprudência reiterada da Corte e da Comissão Interamericana, a obrigação de investigar, determinar e punir os responsáveis por graves violações de direitos humanos, tais como a tortura, as execuções sumárias, extralegais ou arbitrárias e os desaparecimentos forçados, tem caráter irrenunciável.³³¹ Além disso, de acordo com o disposto no Artigo 8 desta Convenção, os Estados-Parte garantirão: “[...] a qualquer pessoa que denunciar haver sido submetida a tortura, no âmbito de sua jurisdição, o direito de que o caso seja examinado de maneira imparcial [, e] [q]uando houver denúncia ou razão fundada para supor que haja sido cometido ato de tortura no âmbito de sua jurisdição, [...] que suas autoridades procederão de ofício e imediatamente à realização de uma investigação sobre o caso e iniciarão, se for cabível, o respectivo processo penal”.

204. A Corte Interamericana também ressaltou que “a obrigação de investigar e o correspondente direito da vítima ou dos familiares não provêm apenas das normas convencionais do direito internacional – imperativas para os Estados-Parte –, mas derivam também da legislação interna, que faz referência ao dever de investigar de ofício determinadas condutas ilícitas, e das normas que permitem que as vítimas ou seus familiares denunciem ou apresentem demandas, provas, petições ou qualquer outra diligência, com o objetivo de participar processualmente na investigação penal para estabelecer a verdade dos fatos”.³³²

205. A Comissão Interamericana reconhece que após a recuperação da democracia, e com a ação perseverante dos familiares de Vladimir Herzog, o Estado brasileiro adotou ações que contribuem para o esclarecimento da verdade histórica

³³⁰ Corte IDH, *Caso Torres Millacura e outros vs. Argentina*. Sentença de 26 de agosto de 2011. Série C, Nº 229, §113.

³³¹ CIDH. Direito à verdade nas Américas. OEA/Ser.L/V/II.152. Doc. 2. 13 de agosto de 2014. § 90.

³³² Corte IDH. *Caso Mendoza e outros vs. Argentina*. Exceções Preliminares, Mérito e Reparações. Sentença de 14 de maio de 2013. Série C, Nº 260. §217.

da prisão ilegal, tortura e morte do jornalista. A esse respeito, observam-se a sentença de 27 de outubro de 1978, que declarou a responsabilidade do Estado no presente caso;³³³ o reconhecimento de responsabilidade a partir da Lei 9.140/95, bem como a criação da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos;³³⁴ e o pagamento de indenização pecuniária à Clarice Herzog, viúva da vítima.³³⁵ A Comissão também observa a publicação em 2007 do relatório “Direito à Memória e à Verdade” pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, que registra a importância profissional da vítima como jornalista e as circunstâncias de sua morte.³³⁶ E reconhece a decisão da 2ª Vara de Registros Públicos da Comarca de São Paulo de 24 de setembro de 2012, que determinou a retificação do registro de óbito, no qual passou a constar que a morte de Vladimir Herzog “decorreu de lesões e maus-tratos sofridos em dependência do II Exército – SP (DOI-CODI)”.³³⁷

206. Do mesmo modo, a CIDH reconhece a importância fundamental do trabalho desenvolvido pela Comissão Nacional da Verdade, que, após um esforço de identificação de vítimas e de construção da verdade amplo e participativo, abordou casos como o de Vladimir Herzog em seu Relatório Final, publicado em dezembro de 2014.³³⁸

207. Apesar da importância das ações citadas acima, a CIDH sustentou que a “verdade histórica”, contida nos relatórios produzidos pelas comissões da verdade, não completa ou substitui o dever do Estado de estabelecer a verdade e assegurar a determinação judicial de responsabilidades individuais ou estatais por meio dos processos pertinentes, e que, por esse motivo, é uma obrigação do Estado iniciar e promover investigações penais para determinar as responsabilidades correspondentes, em conformidade com os Artigos 1.1, 8 e 25 da Convenção.³³⁹

208. A CVN do Brasil foi criada pelo Governo democrático com o objetivo de investigar graves violações de direitos humanos ocorridas entre 18 de setembro de 1946 e 5 de outubro de 1988. O Relatório Final da CNV identificou as pessoas que, a seu juízo, foram as responsáveis pela prisão arbitrária, tortura e pelo assassinato de Vladimir Herzog; porém, pela natureza do seu mandato, esta Comissão não estava habilitada a impor-lhes qualquer tipo de punição. Assim, apesar de sua importância, ela não pode ser considerada como um substituto adequado para um processo judicial.

³³³ Anexo 21. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 5, fl. 1004. Sentença proferida na Ação Declaratória Nº 136/76, de 27 de outubro de 1978. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

³³⁴ Brasil. Presidência da República. Lei Nº 9.140 de 4 de dezembro de 1995. Cabe mencionar que a referida Lei foi modificada posteriormente pela Lei 10.536/2002 e pela Lei 10.875/2004.

³³⁵ Comunicação do Estado do Brasil, datada de 28 de maio de 2012, § 13.

³³⁶ Anexo 1. Brasil. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Direito à Memória e à Verdade: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Brasília, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

³³⁷ Anexo 86. Processo Nº 0046690-64.2012.8.26.0100. 2ª Vara de Registros Públicos da Comarca de São Paulo. Sentença de 24 de setembro de 2012, fl. 4. Anexo à comunicação do Estado de 01 de outubro de 2012.

³³⁸ Anexo 3. Relatório da Comissão Nacional da Verdade. Volume III. “Mortos e desaparecidos políticos”. Maio de 1974 – Outubro de 1985, fls. 1794-1799, de 10 de dezembro de 2014. Anexo à comunicação do Estado de 12 de agosto de 2015.

³³⁹ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano*, Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C, Nº 154, § 150. Ver também: Corte IDH. *Caso Barrios Altos*. Sentença de 14 de março de 2001. Série C, Nº 75, § 48.

De fato, o próprio Relatório Final da CNV recomenda ao Estado “[a] continuidade das investigações sobre as circunstâncias do caso para a identificação e responsabilização dos demais agentes envolvidos [no homicídio de Herzog]”.³⁴⁰

209. De acordo com os autos do processo, em junho de 1992, por solicitação do Ministério Público do Estado de São Paulo, as autoridades da jurisdição ordinária estadual abriram o Inquérito Policial Nº 487/92, a fim de esclarecer os fatos do presente caso. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo determinou o trancamento do inquérito policial em 13 de outubro de 1992, por motivo da aplicação da Lei de Anistia (Lei Nº 6.683/79) aos fatos investigados. Em 18 de agosto de 1993, o Supremo Tribunal de Justiça confirmou essa decisão.

210. Foi apenas em março de 2008 que membros do Ministério Público Federal solicitaram a abertura de uma investigação penal pela Justiça Federal, alegando a falta de competência da Justiça Estadual e a inaplicabilidade da Lei Nº 6.683/79 (Lei de Anistia). Porém, a solicitação foi rejeitada por decisão da Justiça Federal em 9 de janeiro de 2009.³⁴¹ Essa decisão determinou a existência de coisa julgada material após a decisão de arquivamento ditada no âmbito estadual em 1992 com base na Lei Nº 6.683/79 (Lei de Anistia) e a prescrição da ação penal.³⁴²

211. Posteriormente, em 29 de abril de 2010, o Supremo Tribunal Federal declarou a improcedência de uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 153) interposta pela Ordem dos Advogados do Brasil e afirmou a vigência da Lei de Anistia (Lei Nº 6.683/79) e a constitucionalidade da interpretação do parágrafo primeiro de seu artigo 1º.³⁴³ A Ordem dos Advogados do Brasil apresentou um recurso de embargos de declaração, cuja resolução estava pendente na data de emissão do presente relatório.

212. Assim, as decisões definitivas de trancamento ou arquivamento das investigações validaram uma interpretação da Lei Nº 6.683/79 (Lei de Anistia), fazendo com que a mesma impedisse a investigação e persecução penal da prisão arbitrária, tortura e execução de Vladimir Herzog. Com base nessas decisões da justiça estadual e federal, o Estado brasileiro não deu continuidade a uma investigação penal na jurisdição ordinária em relação aos fatos do presente caso.

213. Cabe à CIDH examinar se, uma vez que o Estado se obrigou internacionalmente a partir da ratificação da Convenção Americana, a aplicação das seguintes figuras do direito penal: (a) a Lei de Anistia (Lei Nº 6.683/79); (b) a coisa

³⁴⁰ Anexo 3. Relatório da Comissão Nacional da Verdade. Volume III. “Mortos e desaparecidos políticos”. Maio de 1974 – Outubro de 1985, fl. 1799, de 10 de dezembro de 2014. Anexo à comunicação do Estado de 12 de agosto de 2015.

³⁴¹ Anexo 82. Processo 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 7, fls. 1381 e 1385, Decisão da Juíza Federal Substituta Paula Mantovani Avelino, de 9 de janeiro de 2009. Anexo à comunicação dos Petitionários de 11 de dezembro de 2014.

³⁴² Anexo 82. Processo 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 7, fl. 1387, Decisão da Juíza Federal Substituta Paula Mantovani Avelino, de 9 de janeiro de 2009. Anexo à comunicação dos Petitionários de 11 de dezembro de 2014.

³⁴³ Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C, Nº 219, §136.

julgada material; e (c) a prescrição da ação penal, no presente, é compatível com suas obrigações internacionais nesta matéria.

(a) A Lei de Anistia (Lei Nº 6.683/79)

214. A Comissão se pronunciou em um número de casos a respeito da aplicação de leis de anistia, estabelecendo que tais leis violam diversas disposições tanto da Declaração Americana quanto da Convenção. Nessas decisões, em consonância com outros órgãos internacionais de direitos humanos, a CIDH declarou de modo uniforme que tanto as leis de anistia quanto as medidas legislativas comparáveis, que impedem ou dão por concluídos a investigação e o julgamento de agentes de um Estado que possam ser responsáveis por sérias violações da Convenção ou da Declaração Americana, violam diversas disposições destes instrumentos.³⁴⁴

215. Em termos similares, a Corte Interamericana considerou repetidas vezes que “as disposições de anistia que busquem impedir a investigação e punição dos responsáveis por violações graves dos direitos humanos como a tortura, as execuções sumárias, extralegais ou arbitrárias e os desaparecimentos forçados – todas elas proibidas por violar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos – são inadmissíveis”.³⁴⁵

216. Mais recentemente, esta Corte observou que:

[t]odos 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.³⁴⁶

217. No caso *Julia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, a Comissão teve a oportunidade de se pronunciar a respeito da Lei Nº 6.683/79, aprovada no Brasil em 28 de agosto de 1979. A Comissão considerou que essa norma constitui uma Lei de Anistia ao declarar a extinção da responsabilidade penal de todos os indivíduos que haviam cometido “crimes políticos ou conexos com estes” no período da ditadura militar, entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979.³⁴⁷ A CIDH adicionou que os tribunais brasileiros interpretaram a Lei de Anistia como uma lei que impede a investigação penal, a perseguição e a punição dos responsáveis por graves

³⁴⁴ CIDH. Relatório Nº 44/00, Caso 10.820. Peru, de 13 de abril de 2000, § 68; e CIDH. Relatório Nº 47/00, Caso 10.908. Peru, de 13 de abril de 2000, §76. Nesse mesmo sentido, *cfr.* CIDH. Relatório Nº 55/99, Casos 10.815; 10.905; 10.981; 10.995; 11.042; e 11.136. Peru, de 13 de abril de 1999, § 140.

³⁴⁵ Corte IDH. *Caso Barrios Altos*. Sentença de 14 de março de 2001. Série C, Nº 75, § 41.

³⁴⁶ Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C, Nº 219, § 170.

³⁴⁷ CIDH, Relatório Nº 91/08, Caso 11.552, Mérito, *Júlia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia), Brasil*, 31 de outubro de 2008, § 97.

violações de direitos humanos que são crimes de lesa-humanidade, como a tortura, as execuções extrajudiciais e os desaparecimentos forçados.³⁴⁸ A CIDH entendeu, nesse sentido, que a Lei Nº 6.683/79 é contrária à Convenção Americana, “na medida em que é interpretada como um obstáculo à persecução penal de graves violações de direitos humanos”.³⁴⁹

218. Em sua decisão nesse caso, a Corte Interamericana afirmou que “não encontra fundamentos jurídicos para afastar-se de sua jurisprudência constante, [segundo a qual] ‘são inadmissíveis as disposições de anistia [...] que pretendam impedir a investigação e punição dos responsáveis por graves violações dos direitos humanos.’” A Corte também afirmou que:

172. A Corte Interamericana considera que a forma na qual foi interpretada e aplicada a Lei de Anistia aprovada pelo Brasil [...] afetou o dever internacional do Estado de investigar e punir as graves violações de direitos humanos, ao impedir que os familiares de 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 seus desaparecimentos forçados, o Estado descumpriu sua obrigação de adequar seu direito interno, consagrada no artigo 2 da Convenção Americana.

173. A Corte considera necessário enfatizar que, à luz das obrigações gerais consagradas nos artigos 1.1 e 2 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 8 e 25 da Convenção. Em um caso como o presente, uma vez ratificada a Convenção Americana, corresponde ao Estado, em conformidade com o artigo 2 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

³⁴⁸ CIDH, Relatório Nº 91/08, Caso 11.552, Mérito, *Júlia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia)*, Brasil, 31 de outubro de 2008, § 100.

³⁴⁹ CIDH, Relatório Nº 91/08, Caso 11.552, Mérito, *Júlia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia)*, Brasil, 31 de outubro de 2008, § 180.

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.³⁵⁰

219. Sobre essa base, a Corte Interamericana concluiu que “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”.³⁵¹

220. A CIDH observa que em seu Relatório Final, a Comissão Nacional da Verdade (CNV) do Brasil resgatou a jurisprudência interamericana e apontou que: “a caracterização como grave de uma violação de direitos humanos impõe, ao Estado, uma série de obrigações”,³⁵² ao indicar que “são inadmissíveis as disposições de anistia, de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade que pretendam obstruir a investigação e punição dos responsáveis por graves violações de direitos humanos”.³⁵³

221. Tanto a Corte³⁵⁴ quanto a CIDH enfatizaram que em sua condição de garantes, os órgãos jurisdicionais de cada Estado estão obrigados a exercerem um “controle de convencionalidade”, o que significa que, a todo o momento, devem alinhar ou orientar suas sentenças jurídicas em conformidade com as normas convencionais de direitos humanos. Em sua sentença no caso *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, a Corte reafirmou esta obrigação e apontou que quando um Estado é Parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana, o seu Poder Judiciário “está internacionalmente obrigado a exercer um ‘controle de convencionalidade’ ex officio entre as normas internas e a Convenção Americana”.³⁵⁵ O Tribunal recordou que “a obrigação de cumprir as obrigações internacionais voluntariamente contraídas corresponde a um princípio básico do direito sobre a responsabilidade internacional

³⁵⁰ Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C, Nº 219, § 170.

³⁵¹ Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C, Nº 219, § 174.

³⁵² Anexo 2. Relatório da Comissão Nacional da Verdade. Volume I. Parte I “A Comissão Nacional da Verdade”, Capítulo 1 – A criação da Comissão Nacional da Verdade, (C) O mandato legal da Comissão Nacional da Verdade, fl. 38, § 64, de 10 de dezembro de 2014. Anexo à comunicação do Estado de 12 de agosto de 2015.

³⁵³ Anexo 2. Relatório da Comissão Nacional da Verdade. Volume I. Parte I “A Comissão Nacional da Verdade”, Capítulo 1 – A criação da Comissão Nacional da Verdade, (C) O mandato legal da Comissão Nacional da Verdade, fl. 38, § 65, de 10 de dezembro de 2014. Anexo à comunicação do Estado de 12 de agosto de 2015.

³⁵⁴ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C, Nº 154, § 124; Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú e outra vs. México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2010. Série C, Nº 216. § 219, e Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolívia*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1º de setembro de 2010 Série C, Nº 217, § 202.

³⁵⁵ Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C, Nº 219, § 176.

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 os 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”.

222. Na tramitação do presente caso, o Estado informou que por meio dos Projetos de Lei PL 573/2011, o Poder Legislativo busca dar uma “interpretação autêntica” do disposto no artigo 1º, § 1, da Lei de Anistia, de tal forma que o conceito de “crimes conexos” não inclua “os crimes cometidos por agente públicos, militares ou civis, contra pessoas que, de modo efetivo ou suposto, praticaram crimes políticos”. Por sua vez, o PL 7.357/2014 busca excluir da Lei de Anistia “[o]s agentes públicos, militares ou civis, que tenham cometido crimes de tortura, sequestro, cárcere privado, execução sumária, ocultação de cadáver ou de atentado”. O Estado também indicou que em 9 de abril de 2014, o PL 7.357/2014 foi apensado ao PL 573/2011. E fez referência ao Projeto de Lei PL 237/2013 que, além de definir o conceito de “crime conexo” contido no artigo 1º, § 1, da Lei de Anistia nos mesmos termos citados, busca estabelecer que a prescrição ou outros motivos para a extinção de punibilidade não se apliquem aos crimes aos que se refere o artigo 1º (§33 *supra*).

223. O Estado também ressaltou que existem duas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) em curso nessa matéria e que uma delas busca fazer com que o STF declare que a Lei de Anistia, de maneira geral, “não se aplica aos crimes de graves violações de direitos humanos cometidos por agentes públicos, militares ou civis, contra pessoas que, de modo efetivo ou suposto, praticaram crimes políticos” e, de modo especial, que essa Lei não seja aplicada “aos autores de crimes continuados ou permanentes, tendo em vista que os efeitos desse diploma legal expiraram em 15 de agosto de 1979” (art. 1º). A arguição também solicitou que o Estado brasileiro cumpra “integralmente” os doze pontos decisórios da conclusão da sentença *Gomes Lund e outros* da Corte Interamericana (§ 34 e 36 *supra*).

224. A CIDH valoriza as iniciativas arroladas pelo Estado. Porém, em termos similares aos que foram expressos no caso *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, a CIDH conclui que no presente caso, os juízes validaram a interpretação da Lei Nº 6.683/79 (Lei de Anistia), que carece de efeitos jurídicos em relação a graves violações de direitos humanos, nos termos indicados acima. Desta forma, as autoridades jurisdicionais que conheceram a investigação da prisão arbitrária, tortura e assassinato de Vladimir Herzog impediram a identificação, o julgamento e a eventual punição dos responsáveis, e não exerceram o devido controle de convencionalidade ao qual estavam obrigadas após a ratificação da Convenção Americana, em conformidade com as obrigações internacionais do Brasil derivadas do direito internacional.

(b) A coisa julgada material

225. No tocante ao princípio *ne bis in idem*, a Corte Interamericana apontou que:

[m]esmo em se tratando de um direito humano reconhecido no artigo 8.4 da Convenção Americana, ele não é um direito absoluto, e, por isso, não é aplicável quando: i) a atuação do tribunal que conheceu o caso e decidiu suspender a ação ou absolver o responsável por uma violação dos direitos humanos ou do direito internacional obedeceu o propósito de subtrair a responsabilidade penal do acusado; ii) o procedimento não foi instruído independente ou imparcialmente em conformidade com as devidas garantias processuais; ou iii) não houve a intenção real de sujeitar o responsável à ação da justiça.³⁵⁶

226. Surge da jurisprudência do Tribunal que uma sentença pronunciada nas circunstâncias indicadas produz uma coisa julgada “aparente” ou “fraudulenta”.³⁵⁷ A Corte entende que caso surjam novos fatos ou provas que possam permitir a determinação dos responsáveis por violações dos direitos humanos, e, ademais, dos responsáveis por crimes de lesa-humanidade, as investigações podem ser reabertas, inclusive se existir uma sentença absolutória com *status* de coisa julgada, uma vez que as exigências da justiça, os direitos das vítimas e a letra e o espírito da Convenção Americana superam a proteção do *ne bis in idem*.

227. No presente caso, cumpre-se uma das suposições apontadas de coisa julgada “aparente” ou “fraudulenta”. No ano de 2009, a 1ª Vara Federal Criminal determinou o arquivamento da investigação aberta a respeito dos fatos do presente caso, considerando que o encerramento da investigação, previamente ordenado pelos tribunais estaduais em 1993, em aplicação da Lei Nº 6.683/79 (Lei de Anistia), adquiriu força de coisa julgada (§127-128 *supra*).

228. No entender da CIDH, dada sua manifesta incompatibilidade com a Convenção Americana, a interpretação e aplicação da Lei Nº 6.683/79 (Lei de Anistia) neste caso tiveram o propósito de subtrair à justiça os supostos responsáveis pela ação e deixar o crime cometido contra o jornalista Vladimir Herzog impune. Partindo dessa premissa, o Estado não pode se amparar no princípio *ne bis in idem* para deixar de cumprir suas obrigações internacionais.

229. A CIDH reitera que, em casos de graves violações dos direitos humanos, como nos casos dos assassinatos, desaparecimentos forçados, violações sexuais, torturas e atos desumanos com vistas a causar a morte ou graves danos à integridade física e mental, os Estados têm um dever *reforçado* de investigar e esclarecer os fatos.³⁵⁸

³⁵⁶ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano*, Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C, Nº 154, § 154.

³⁵⁷ Cfr. *Caso Carpio Nicolle e outros*. Sentença de 22 de novembro de 2004. Série C, Nº 117, § 131; Corte IDH. *Caso Gutiérrez Soler vs. Colômbia*. Sentença de 12 de setembro de 2005. Série C, Nº 132, § 98; Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano*, Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C, Nº 154, § 154.

³⁵⁸ Corte IDH. *Caso Gudiel Álvarez (Diário Militar) vs. Guatemala*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2012, Série C, Nº 253, §298; CIDH. *Direito à verdade nas Américas*. OEA/Ser.L/V/II.152. Doc. 2. 13 de agosto de 2014. § 90.

(c) A prescrição da ação penal

230. Tanto a Corte³⁵⁹ quanto a Comissão³⁶⁰ determinaram que a aplicação da prescrição penal viola a Convenção Americana em casos de graves violações de direitos humanos, tais como o desaparecimento forçado de pessoas, a execução extrajudicial e a tortura, o que não necessariamente implica que elas tenham ocorrido em contextos de violações em massa e sistemáticas.³⁶¹

231. No caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolívia*, esse critério foi reiterado ao se estabelecer que “em determinadas circunstâncias, o Direito Internacional considera a prescrição inadmissível e inaplicável [...] da mesma forma como as disposições de anistia e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade, a fim de manter vigente no tempo o poder punitivo do Estado sobre condutas cuja gravidade torna necessária a sua repressão, para evitar que elas voltem a ser cometidas”.³⁶²

232. Posteriormente, nos casos *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, e *Gelman vs. Uruguai*, ligados a graves violações de direitos humanos cometidas em ditaduras militares, a Corte reiterou sua jurisprudência no sentido de que “são inadmissíveis as disposições [...] de prescrição [...] 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”.³⁶³ Essa formulação da proibição da prescrição penal em casos de graves violações de direitos humanos também foi mantida pela Corte em casos nos quais tais violações ocorreram em um contexto de conflitos armados internos.³⁶⁴

233. No presente caso, a 1ª Vara Federal Criminal, que decidiu pelo arquivamento da investigação a respeito da prisão arbitrária, tortura e assassinato de Vladimir Herzog, também embasou sua decisão na prescrição da ação penal. Afirmou que “[t]anto o homicídio, como o genocídio, ou mesmo a tortura (...), não são infrações imprescritíveis diante da Constituição e demais normas do ordenamento em vigor”³⁶⁵. Também sustentou que na data dos fatos, o Estado brasileiro não havia ratificado a Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes de lesa-humanidade (§127-128 *supra*).

³⁵⁹ Corte IDH, *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Sentença de 14 de março de 2001. Série C, Nº 75, § 41.

³⁶⁰ Cfr. CIDH, Relatório Nº 35/98, Caso 12.019, *Antonio Ferreira Braga, Brasil*, 19 de julho de 2008.

³⁶¹ Corte IDH. *Caso Vera Vera e outra vs. Equador*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 19 de maio de 2011. Série C, Nº 226. §117.

³⁶² Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolívia*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1º de setembro de 2010. Série C, Nº 217, § 207.

³⁶³ Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C, Nº 219, § 171; e Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. Mérito e Reparações. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Série C, Nº 221, § 225.

³⁶⁴ Ver, por exemplo, Corte IDH. *Caso dos Massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de outubro de 2012. Série C, Nº 252. § 283.

³⁶⁵ Anexo 82. Processo 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 7, fl. 1394, Decisão da Juíza Federal substituta Paula Mantovani Avelino, de 9 de janeiro de 2009. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

234. No caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, a Corte afirmou que “ainda que o Chile não tenha ratificado a Convenção sobre [a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes de lesa-humanidade], esta Corte considera que a imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade surge como categoria de norma de Direito Internacional Geral (*ius cogens*), que não nasce com essa Convenção, mas está reconhecida nela. Consequentemente, o Chile não pode deixar de cumprir essa norma imperativa”.³⁶⁶

235. Em termos similares, a Comissão Interamericana sustentou, no relatório do caso *Julia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia)*, que, apesar do fato de que o Estado brasileiro não havia ratificado a Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e lesa-humanidade, a obrigação de investigar e processar penalmente os crimes de lesa-humanidade surge como uma norma de *ius cogens* e, por isso, aplicar a prescrição nesses casos constitui uma violação dessa norma imperativa por parte do Estado.³⁶⁷

236. A Comissão não encontra motivos para afastar-se desse critério. No presente caso, que trata de graves violações de direitos humanos, a aplicação da figura da prescrição impediu a investigação e punição dos crimes cometidos contra Vladimir Herzog e constituiu um obstáculo para o acesso efetivo dos familiares da vítima à justiça e à verdade, em claro descumprimento de uma obrigação internacional de caráter imperativo a cargo do Estado.

237. Com base em todas as considerações acima, a CIDH conclui que a falta de investigação das graves violações de direitos humanos cometidas neste caso, enquadradas em padrões sistemáticos, revela um descumprimento das obrigações internacionais do Estado. Devido à interpretação e à aplicação que foram feitas da Lei Nº 6.683/79 (Lei de Anistia), o Brasil descumpriu sua obrigação de adequar seu direito interno à Convenção, contida no artigo 2 da mesma, em relação aos artigos 8.1, 25 e 1.1 do mesmo instrumento. A CIDH também entende que a falta de investigação dos fatos e de julgamento e punição dos responsáveis, derivada da interpretação e aplicação da Lei Nº 6.683/79 (Lei de Anistia) e da aplicação das figuras da coisa julgada e da prescrição da ação penal, viola 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 2 do mesmo instrumento, e das disposições 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em prejuízo de Clarice (esposa), André e Ivo (filhos), e Zora (mãe, falecida em 18 de novembro de 2006), todos de sobrenome Herzog.

238. Na fase de mérito, os peticionários alegaram que, após a ratificação da Convenção Americana pelo Brasil em 20 de julho de 1989, a falta de investigação dos fatos, julgamento e punição dos responsáveis pela prisão arbitrária, tortura e assassinato de Vladimir Herzog também geraram um descumprimento da obrigação “continuada” de garantir os direitos reconhecidos nos artigos 4, 5, 7 e 13 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 deste instrumento.

³⁶⁶ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano*, Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C, Nº 154, § 153.

³⁶⁷ Demanda da Comissão Interamericana de Direitos Humanos perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos contra a República Federativa do Brasil. Caso 11.552 – *Júlia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia)*, de 26 de março de 2009, § 186.

239. A esse respeito, a CIDH reitera que a falta da devida diligência na investigação, julgamento e eventual punição dos responsáveis pela tortura e morte violenta de uma pessoa é um componente para o estabelecimento da responsabilidade internacional estatal.³⁶⁸ De fato, uma parte da obrigação geral de garantia dos direitos reconhecidos na Convenção é o dever específico de investigar os casos nos quais se alegam violações desses direitos. Ou seja, este dever surge do artigo 1.1 da Convenção em relação ao direito que deve ser amparado, protegido ou garantido. No Sistema Interamericano, o descumprimento desse dever implica uma violação da obrigação geral de garantir os direitos estabelecidos no artigo 1.1 da Convenção Americana, em relação aos direitos à vida e/ou à integridade pessoal, dependendo das consequências do ato de violência, e do direito de acesso à justiça reconhecido nos artigos 8 e 25 deste instrumento.³⁶⁹

240. Nesse sentido, basta reiterar que, após a ratificação da Convenção Americana, as ações iniciadas pelo Estado em matéria de justiça não foram eficazes para dar cumprimento à sua obrigação de investigar com a devida diligência os fatos do presente caso, processar e punir os seus responsáveis, em prejuízo dos direitos à verdade e de acesso à justiça dos familiares de Vladimir Herzog, consagrados nos artigos 8.1 e 25 da Convenção. Pelos motivos acima, para os efeitos do presente caso, a CIDH entende que não é necessária uma determinação em separado das alegadas violações “continuadas” dos artigos 4, 5, 7 e 13 da Convenção Americana neste caso.

D. Análise do direito à vida, à integridade, à segurança e integridade da pessoa (Artigo I) e do direito de proteção à maternidade e à infância (Artigo VII) da Declaração Americana, e do direito à integridade pessoal (Artigo 5.1), da Convenção Americana

241. O artigo I da Declaração Americana reconhece o direito à integridade pessoal de toda pessoa. Por sua vez, 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”. No tocante aos familiares de vítimas de determinadas violações de direitos humanos, a Corte apontou que estes podem ser considerados, por sua vez, como vítimas.³⁷⁰ E o artigo VII da Declaração dispõe que “[...] toda criança, [tem] direito à proteção, cuidados e auxílios especiais”.

242. A Corte Interamericana afirmou reiteradas vezes que os familiares das vítimas de algumas violações de direitos humanos podem ser, por sua vez, vítimas.³⁷¹

³⁶⁸ Cfr. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 7 de junho de 2003. Série C, Nº 99, §112; *Caso Valle Jaramillo e outros vs. Colômbia*, § 97; e *Caso Garibaldi vs. Brasil*, § 23.

³⁶⁹ *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 7 de junho de 2003. Série C, Nº 99, § 112; *Caso Valle Jaramillo e outros vs. Colômbia*; § 97; e *Caso Garibaldi vs. Brasil*, § 23.

³⁷⁰ Corte IDH, *Caso Cantoral Huamani e García Santa Cruz vs. Peru*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 10 de julho de 2007. Série C, Nº 167, § 112; e *Caso Bueno Alves vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 11 de maio de 2007. Série C, Nº 164, § 102.

³⁷¹ Corte IDH. *Caso Cantoral Huamani e García Santa Cruz vs. Peru*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 10 de julho de 2007. Série C, Nº 167, § 112; Corte IDH. *Caso Bueno Alves vs. Argentina*. Sentença de 11 de maio de 2007. Série C, Nº 164, § 102.

Em particular, a Corte apontou que os familiares das vítimas podem ser prejudicados em sua integridade psíquica e moral como consequência das situações específicas vivenciadas pelos seus seres queridos, e das subsequentes atuações ou omissões das autoridades internas em relação a tais atos.³⁷² A Corte Interamericana também estabeleceu que “[a] obrigação de investigar violações de direitos humanos está dentro das medidas positivas que os Estados devem adotar para garantir os direitos reconhecidos na Convenção. Ademais, os Estados devem buscar, se for possível, o restabelecimento do direito violado, e, se necessário, a reparação dos danos causados por tais violações”.³⁷³ Em relação a este ponto, a Corte Interamericana estabeleceu que a ausência de recursos efetivos constitui uma fonte de dor e angústia adicionais para os familiares das vítimas.

243. As consequências da violência e da impunidade podem ter um efeito particularmente prejudicial para os familiares das vítimas que são menores de idade. A esse respeito, a Corte Interamericana observou no *Caso do Massacre de Las Dos Erres* que as crianças familiares das vítimas “[f]oram prejudicadas em sua saúde física e psicológica em particular pela falta de justiça e pela impunidade prolongada no presente caso, e que tais experiências tiveram um impacto em suas relações sociais [...], alterando a dinâmica de suas famílias”.³⁷⁴

244. Ademais, a Corte entendeu que é possível presumir um dano à integridade psíquica e moral dos familiares diretos de vítimas de determinadas violações de direitos humanos, aplicando uma presunção *juris tantum* a mães e pais, filhas e filhos, esposos e esposas, e companheiros e companheiras permanentes, sempre que for aplicável às circunstâncias particulares do caso. No caso dos familiares diretos mencionados, cabe ao Estado ilidir essa presunção.³⁷⁵

245. A Comissão observa que, assim como este caso se apresenta, o Estado é responsável pela prisão arbitrária, tortura e assassinato do jornalista; por disseminar informações falsas sobre as circunstâncias de sua morte; e por não ter investigado com a devida diligência esse crime, em um contexto de padrões sistemáticos de violações de direitos humanos. Tais fatos prejudicaram gravemente a integridade psíquica e moral dos familiares identificados neste caso.

246. De fato, em conformidade com as alegações dos peticionários, e sem refutação pelo Estado, Clarice Herzog “experimentou severos sentimentos de angústia, temor e

³⁷² Corte IDH. *Caso Cantoral Humani e García Santa Cruz vs. Peru*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 10 de julho de 2007. Série C, Nº 167. § 112; Corte IDH. *Caso Vargas Areco vs. Paraguai*. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C, Nº 155. § 96.

³⁷³ Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo e outros vs. Colômbia*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de novembro de 2008. Série C, Nº 192. § 98; Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentença de 29 de julho de 1988, Série C, Nº 4. § 166; Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Sentença de 12 de agosto de 2008. Série C, Nº 186. § 142; Corte IDH. *Caso García Prieto e outros vs. El Salvador*. Sentença de 20 de novembro de 2007, Série C, Nº 168. § 99.

³⁷⁴ Corte IDH, *Caso do Massacre de Las Dos Erres v. Guatemala*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2009. Série C, Nº 211, § 215.

³⁷⁵ Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C, Nº 219, § 235.

apreensão”, do momento em que seu esposo Vladimir Herzog foi informado de que seria detido, até o presente. Segundo a declaração de Clarice Herzog no Inquérito Policial Militar de 1975, quando ela recebeu a notícia de sua morte, “em crise nervosa, aos gritos” disse que “seu marido tinha sido assassinado”.³⁷⁶ Clarice também declarou que:

[E]videntemente tudo o que ocorreu considerou um pesadelo, pois a morte de [Vladimir] refletiu em todos os aspectos de sua vida, principalmente emocional e familiar, visto que na época (...) seus filhos tinham apenas nove e sete anos, (...) afora o aspecto financeiro; que de um momento para o outro, a declarante e seus filhos viram-se privados da proteção econômica que [Vladimir] lhes dava.³⁷⁷

247. Particularmente grave é o impacto na integridade psíquica e moral dos familiares do jornalista após a disseminação da versão falsa de sua morte e a pressão e vigilância exercida por autoridades das forças militares durante os ritos do seu sepultamento. A grave violação desse direito é evidente nos casos de Ivo e André Herzog, filhos do jornalista, que na época dos fatos tinham nove e sete anos de idade, respectivamente. Os familiares de Vladimir Herzog também cumpriram um importante papel na busca da justiça e da verdade, e por isso é evidente que a impunidade que subsiste há mais de 40 anos desde a ocorrência dos fatos lhes produza uma profunda dor e angústia.

248. Como consequência, sem deixar de valorizar as iniciativas empreendidas pelo Estado para indenizar os familiares de Vladimir Herzog e esclarecer a verdade do ocorrido, a Comissão conclui que o Estado violou o direito à integridade psíquica e moral consagrado no artigo I da Declaração Americana, e o artigo 5.1 da Convenção Americana em relação às obrigações estabelecidas no artigo 1.1 da mesma, em prejuízo de Zora Herzog (falecida em 18 de novembro de 2006); Clarice, André e Ivo Herzog; e o artigo VII da Declaração Americana em prejuízo de Ivo e André Herzog.

VII. CONCLUSÕES

249. Em conformidade com as considerações de fato e de direito vertidas no presente relatório de mérito, a Comissão conclui que o Estado brasileiro é responsável pela violação dos direitos consagrados nos artigos I, IV, VII, XVIII, XXII e XXV da Declaração Americana e dos direitos consagrados nos artigos 5.1, 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em conexão com os artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento. A Comissão também concluiu que o Estado é responsável pela violação dos artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.

³⁷⁶ Anexo 18. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 3, fl. 578 – Depoimento de Clarice Herzog no Inquérito Policial Militar, de 27 de novembro de 1975. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

³⁷⁷ Anexo 69. Processo Nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal, São Paulo, Volume 5, fl. 875 – Depoimento de Clarice Herzog, no Inquérito Policial Nº 704/92, de 28 de maio de 1992. Anexo à comunicação dos Peticionários de 11 de dezembro de 2014.

VIII. RECOMENDAÇÕES

250. Em virtude das conclusões acima,

A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS RECOMENDA AO ESTADO DO BRASIL,

1. Determinar, na jurisdição de direito comum, a responsabilidade criminal pela prisão arbitrária, tortura e assassinato de Vladimir Herzog, por meio de uma investigação judicial completa e imparcial dos fatos nos termos do devido processo legal, a fim de identificar os responsáveis por tais violações e puni-los penalmente; e publicar os resultados dessa investigação. No cumprimento da presente recomendação, o Estado deverá considerar que tais crimes de lesa-humanidade são inaniistiáveis e imprescritíveis.

2. Adotar todas as medidas necessárias para garantir que a Lei Nº 6.683/79 (Lei de Anistia) e outras disposições do direito penal, como a prescrição, a coisa julgada e os princípios da irretroatividade e do *non bis in idem*, não continuem representando um obstáculo para a persecução penal de graves violações de direitos humanos, a exemplo do presente caso.

3. Outorgar uma reparação aos familiares de Vladimir Herzog, que inclua o tratamento físico e psicológico, e a celebração de atos de importância simbólica que garantam a não repetição dos crimes cometidos no presente caso e o reconhecimento da responsabilidade do Estado pela prisão arbitrária, tortura e assassinato de Vladimir Herzog, e pela dor de seus familiares.

4. Reparar adequadamente as violações de direitos humanos declaradas no presente relatório, tanto no aspecto material, quanto moral.



Detalhe da imagem da capa

Noticiário





Novos Promotores de Justiça Tomam Posse no MPRJ

O Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro deu posse a cinco novos Promotores de Justiça Substitutos aprovados no XXXIV Concurso para ingresso na classe inicial da carreira do MPRJ: Ana Maria de Almeida Sampaio, Tatiana Carvalho de Oliveira Cavalcanti, Raphael Almeida Ohana e Guilherme Ferreira Quintas Alves, em Sessão Solene realizada em 19 de maio, e Fernanda dos Santos Coutinho, em Sessão Solene realizada em 8 de junho.

Por ocasião da Sessão Solene ocorrida em 19 de maio, após aberta a solenidade, a nova Promotora de Justiça Substituta Tatiana Cavalcanti leu o termo de compromisso. Em seguida, a Secretária-Geral em exercício do MPRJ, Promotora de Justiça Ana Carolina Barroso do Amaral Cavalcante, fez a leitura do termo de posse. Representando o Conselho Superior do MPRJ, a Procuradora de Justiça Flávia Ferrer saudou os novos membros do MPRJ e destacou o papel da instituição no atual cenário de crise política e econômica.

A Promotora de Justiça substituta Ana Maria Sampaio discursou em nome dos empossados e ressaltou o compromisso assumido com a instituição e sociedade. O Procurador-Geral de Justiça, Eduardo Gussem, encerrou a cerimônia parabenizando os novos membros e reafirmando o papel da instituição. “Nós do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro temos cada vez mais pregado uma atuação transparente e resolutiva. A sociedade espera muito de cada um dos integrantes do sistema de Justiça. Vamos juntos transformar essa triste realidade pela qual passa o nosso país e, acima de tudo, o nosso Estado”, pontuou.

Também participaram da cerimônia de posse a Subcorregedora-Geral, Márcia Álvares Pires Rodrigues, e os conselheiros Ricardo Ribeiro Martins, Cláudio Soares Lopes, Sumaya Therezinha Helayel, Marcelo Daltro Leite, Denise Muniz de Tarin e Dennis Aceti Brasil Ferreira. O presidente da Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Luciano Oliveira Mattos de Souza, também integrou a mesa diretora dos trabalhos.

A Sessão Solene realizada em 8 de junho foi aberta pelo Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Criminais e de Direitos Humanos, Alexandre Araripe Marinho,

representando o Procurador-Geral de Justiça, Eduardo Gussem. Em seguida, a Promotora de Justiça Substituta Fernanda dos Santos Coutinho leu o termo de compromisso e o Secretário-Geral, em exercício, Promotor de Justiça Virgílio Panagiotis Stavridis, fez a leitura do termo de posse.



A Promotora de Justiça Substituta Fernanda dos Santos Coutinho foi saudada pelo Procurador de Justiça Dennis Aceti Brasil Ferreira, representando o Conselho Superior. A nova integrante da carreira discursou, ressaltando o seu compromisso como agente de transformação social. “Sinto-me muito honrada em ingressar no Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, instituição edificada sob bases sólidas. No atual cenário de degradação moral, política e econômica do país, o papel do Ministério Público se mostra ainda mais relevante,” afirmou.

Encerrando a solenidade, o Subprocurador-Geral de Justiça, Alexandre Araripe Marinho, parabenizou a nova Promotora de Justiça. “Eu tenho a mais absoluta certeza de que a doutora Fernanda Coutinho honrará, durante toda a sua carreira, o compromisso que hoje assume”, destacou.

Também participaram da cerimônia de posse o Corregedor-Geral do MPRJ, Pedro Elias Erthal Sanglard, e os conselheiros Ricardo Ribeiro Martins, Cláudio Soares Lopes, Sumaya Therezinha Helayel, Marcelo Daltro Leite, Flávia de Araújo Ferrer, Anna Maria Di Masi, Dennis Aceti Brasil Ferreira e Conceição Maria Tavares de Oliveira.

Os presidentes da Caixa de Assistência do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (CAMPERJ), Arthur Pontes Teixeira; do Centro de Procuradores de Justiça, Maria do Carmo Casa Nova; e da Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Luciano Oliveira Mattos de Souza, também integraram a mesa diretora dos trabalhos.



Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro Participa de Audiência sobre Presídios na Corte Interamericana de Direitos Humanos

Representantes do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ) participaram, no dia 19 de maio, de audiência realizada na Corte Interamericana de Direitos Humanos, em San José, na Costa Rica, quando a organização internacional solicitou explicações do Estado brasileiro a respeito de casos de violações dos direitos humanos em unidades prisionais e no sistema socioeducativo brasileiro.

O MP fluminense foi representado pelos Promotores de Justiça Eliane de Lima Pereira, Assessora de Direitos Humanos e de Minorias; e Murilo Bustamante, titular da Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Sistema Prisional e Direitos Humanos. Estavam presentes ainda representantes de diversos órgãos públicos federais e estaduais. As unidades mencionadas no caso foram o Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, no Rio de Janeiro; os complexos penitenciários do Curado, em Pernambuco, e Pedrinhas, no Maranhão; e a Unidade de Internação Socioeducativa, no Espírito Santo.

Em seu discurso, o Promotor de Justiça Murilo Bustamante pontuou que as unidades prisionais do Estado do Rio passam por severas restrições, efeito da superlotação do sistema carcerário e de seus reflexos na assistência aos internos. De acordo com ele, a taxa global de ocupação atinge 185% da capacidade instalada e as melhoras são imperceptíveis. O próprio Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho já havia sido alvo de pedidos de interdição na Justiça do Rio de Janeiro, que indeferiu os pleitos com base no argumento de que tal medida lotaria outras unidades fluminenses.

O Promotor defendeu que o enfrentamento desse quadro deve ser feito no sistema penitenciário estadual como um todo e não de forma isolada. “Não se pretende esconder a dura realidade do sistema prisional local. É de se exigir, sim, a atuação comprometida de uma pluralidade de atores e o engajamento da comunidade. A reversão do quadro passa por um processo de cooperação, transparência e desenvolvimento de capacidades. Esse procedimento está em curso”, disse.

Foi mencionada, ainda, pelo Promotor, uma série de procedimentos em curso, inclusive a criação do Comitê de Enfrentamento à Superlotação Carcerária, foro de discussão proposto pelo MPRJ, o qual reúne, além do *Parquet* carioca, os Poderes Judiciário e Executivo, além da Defensoria Pública. O comitê adotou diversas medidas, como a expansão das audiências de custódia e a reavaliação da manutenção de prisões provisórias com mais de 180 dias.

No fim da audiência, que decide sobre a manutenção ou não das medidas provisórias expostas em fevereiro, foi anunciada uma visita dos juízes da Corte ao Brasil, em data ainda a ser marcada.

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

ABUSO SEXUAL

118, 124-126, 128, 267, 269, 277, 279-285,
290-297, 299;

ACIONISTAS

251-252;

AÇÕES COLETIVAS

28, 79-80, 82, 86, 199, 204, 208, 216-218,
219-221;

AÇÕES PENAIS PRIVADAS

83;

AÇÕES PENAIS PÚBLICAS

83-85, 364;

ACORDO DE COOPERAÇÃO

35, 39-40, 43-50, 52, 64-65;

ACORDO(S) PROCESSUAL(IS)

73-75, 79, 82-85, 87, 144;

AGENTE POLICIAL

407, 412, 492;

AJUSTAMENTO DE CONDUTA

80, 82, 87;

ALIENAÇÃO PARENTAL

267, 280-281, 283, 285;

AQUECIMENTO GLOBAL

197-201, 203-206, 209, 211, 214, 216-222;

ARBITRABILIDADE

75;

AUDIOVISUAIS

369-375;

CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIOS

59-60;

CIBERCRIME

107, 111-112, 114, 129;

CLIMA

220-221, 300;

COERÊNCIA DA JURISPRUDÊNCIA

140;

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

455, 458, 532;

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

86;

CONSUMIDORES

110, 121, 125, 212, 227-228, 230-232,
236-239, 241, 243;

CONTRATO(S)

36, 42-44, 58, 61-64, 70, 74, 76, 96, 227,
230, 235-236, 238-239, 436;

CONVENÇÕES PROCESSUAIS

70, 72, 75, 81-85, 87, 325;

CONVÊNIO

35-45, 47, 58-65, 433, 435-436;

CORREIÇÃO PARCIAL

257-258;

CRIMINALIZAÇÃO

105-106, 111, 117, 121-124, 127, 129-130;

CRIMES CONTRA A HONRA

364-365;

DANOS MATERIAIS

329, 339, 350, 352, 494;

DANOS MORAIS

329-330, 332-335, 343-344, 349, 351,
501;

DESIGUALDADE INTRÍNSECA

75, 84;

EMPODERAMENTO

17, 22, 24, 28, 37, 86;

ESTABILIDADE

98, 137, 151;

ESTADO

19-21, 23-26, 35, 37, 39, 50-53, 56, 59-
60, 63, 74, 75, 82, 84-86, 101-102, 117,
121-122, 149-152, 154-158, 169, 171,
178, 180, 226, 258-259, 264-265, 298,
329-331, 335-341, 343-344, 351-352,
379, 409, 420-423, 426, 457-470, 475-
477, 490, 503, 505-532, 537, 539;

ESTATUTO DA CIDADE

162-164, 167-172, 174-176, 179-180, 183,
186, 188, 190-195, 215;

EXERCÍCIO DE PODER

76;

FAMÍLIA

20, 25, 144, 147, 149-155, 157-160, 175,
227, 229-230, 232-233, 239, 241, 251,

- 267-268, 274-275, 277, 279, 283, 285,
288, 293, 297, 314, 330, 334, 359, 361,
463, 503, 530;
- IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**
78-79, 82, 407-418, 422-434, 437-438,
440-445, 447-449;
- INCRIMINAÇÃO**
106, 112, 116, 118-119, 121, 123-124,
126-127, 129;
- INSTITUIÇÕES CONSTITUCIONAIS**
35, 52, 54-56, 65;
- INTEGRIDADE**
136, 138-141, 145-147, 219, 277, 309, 314,
345, 347, 413, 420, 422, 458-459, 463,
489, 492-493, 503, 506-508, 511, 526,
529-531;
- INTERNET**
105, 107-110, 120-121, 126, 129, 232, 332;
- JUS COGENS**
95-102, 463;
- LEI Nº 13.019/2014**
35-36, 39, 42-47, 50, 53, 56, 58-62, 64;
- LITIGÂNCIA**
198, 202, 205-208, 220;
- MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA**
17-19, 21-22, 24-29;
- MEDIADOR**
17, 19, 24, 26-28;
- MEIOS DE PROVAS**
82, 85, 87, 291;
- MUDANÇAS CLIMÁTICAS**
198-204, 207, 209, 211, 214-219, 221-222;
- NEGOCIAÇÃO**
62-63, 72, 79-82, 86-87;
- NEGÓCIOS PROCESSUAIS**
81, 304, 324, 324;
- NEPOTISMO**
377-383, 386-388, 390;
- NOVO CPC**
82, 164, 167, 169-170, 183;
- ORDENAMENTO JURÍDICO**
58, 78, 85, 87, 115, 145-146, 163, 168,
174, 213, 227-228, 243, 251, 334, 413,
443, 471;
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS**
100, 102, 499;
- ÓRGÃOS DE EXECUÇÃO**
260-264, 396, 399, 403-404;
- PLANO DE TRABALHO**
35, 45-49, 65;
- POLÍCIA PACIFICADORA**
24, 329, 340;
- PORNOGRAFIA INFANTIL**
105-107, 110, 112-121, 123-126, 129;
- PORTUGAL**
105-107, 110, 117-120, 127, 129, 152;
- POSSE**
50, 105-106, 114-124, 126, 129-130, 165,
167, 175, 177, 179-180, 185, 206, 472,
537-538;
- PRECEDENTES JUDICIAIS**
135, 139, 142;
- PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL**
396, 399, 403-404;
- PROCESSO PENAL CONDENATÓRIO**
83;
- PROTAGONISMO JUDICIAL**
225;
- PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS**
97, 99;
- RECUPERAÇÃO JUDICIAL**
75, 251-252;
- RESOLUÇÃO DE CONFLITOS**
25, 30;
- RESPONSABILIDADE**
17, 22, 26, 29, 55, 151, 159, 162, 164, 189-
195, 200, 215, 226, 238, 240, 258, 262,
292, 314, 317, 329, 331, 333-341, 343,
346, 350, 421, 447, 458-459, 461-464,
467-469, 475, 477, 489-490, 492-496,
501, 503-504, 510-511, 515, 517, 520,
522, 524, 526-527, 529, 532;
- RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO**
329, 337-339;
- SISTEMA PRISIONAL**
303-305, 315, 317, 319, 321-327, 540;

SOCIEDADE EMPRESÁRIA

59-60, 62-64;

SUPERENDIVIDAMENTO

226-232, 234, 236-237, 240-243;

**SUPERLOTAÇÃO DE ESTABELECIMENTOS
PRISIONAIS**

303;

TEORIA GERAL DO PROCESSO

75;

TERCEIRO SETOR

34, 42, 50-52, 59, 64;

TORTURA

100, 102, 343, 351, 407-412, 421-425,
427, 458-465, 468-470, 473-475, 484,
486, 489-490, 494, 496, 498-499, 501,
504-511, 515, 517, 519-523, 525-532;

UNIFORMIDADE

137;

VLADIMIR HERZOG

458-465, 467-469, 476-485, 487-490,
492-500, 502-510, 513-521, 525-529,
531-532;

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/servicos/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