

# Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

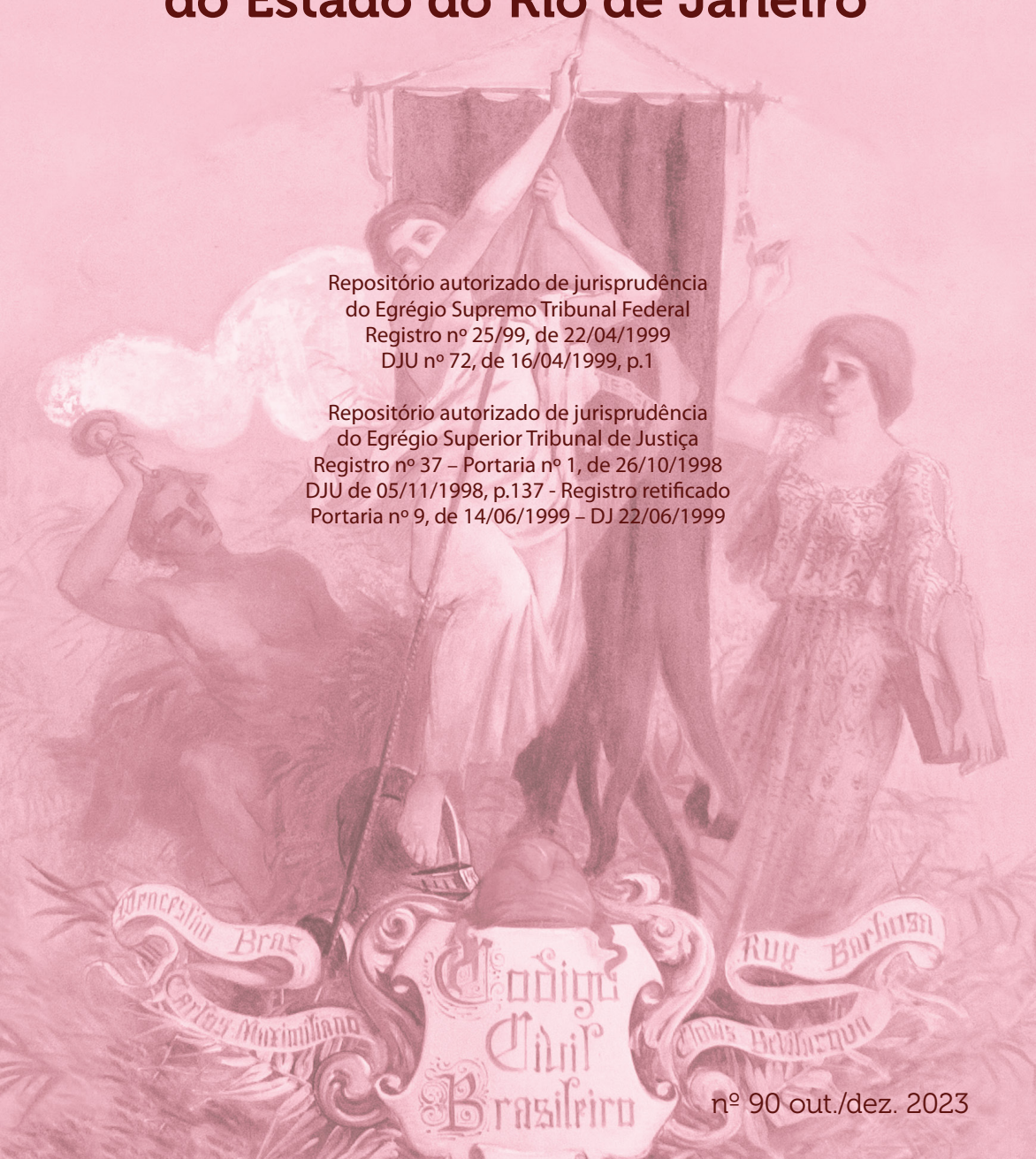


**Revista do  
Ministério Público  
do Estado do Rio de Janeiro**

# Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

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

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



# Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Emerson Garcia  
Diretor

Adolfo Borges Filho  
Vice-Diretor

Sergio Demoro Hamilton  
Diretor Honorário

## Conselho Editorial da Revista do Ministério Público

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

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

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

## Redação e Administração

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

1995-2022 (1 - 86)  
2023 (87, 88, 89, 90)  
ISSN 1413-3873

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

CDD 340.05  
CDU 34(05)

## **Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**

**Luciano Oliveira Mattos de Souza**  
Procurador-Geral de Justiça

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

**Marlon Oberst Cordovil**  
Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Cíveis e Institucionais

**Ediléa Gonçalves dos Santos Cesario**  
Subprocuradora-Geral de Justiça de Planejamento e Políticas Institucionais

**Roberto Moura Costa Soares**  
Subprocurador-Geral de Justiça de Assuntos Criminais

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

**David Francisco de Faria**  
Chefe de Gabinete

**Emerson Garcia**  
Consultor Jurídico

**Roberto Góes Vieira**  
Secretário-Geral do Ministério Público

**Leandro Silva Navega**  
Coordenador do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

• • •

## **Corregedoria-Geral do Ministério Público**

**Ricardo Ribeiro Martins**  
Corregedor-Geral do Ministério Público

**Galdino Augusto Coelho Bordallo**  
Subcorregedor-Geral

**Viviane Tavares Henriques**  
Subcorregedora-Geral

# Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça

**Luciano Oliveira Mattos de Souza**  
Presidente

**Ricardo Ribeiro Martins**  
Corregedor-Geral

## **Membros natos**

Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea  
Márcio Klang  
Marfan Martins Vieira  
José Maria Leoni Lopes de Oliveira  
José Antonio Leal Pereira  
Alexandre Araripe Marinho  
Augusto Dourado  
Heloisa Maria Alcofra Miguel  
Anderson Albuquerque de Souza Lima  
José Roberto Paredes

## **Membros eleitos**

Márcia Alvares Pires Rodrigues  
Marcelo Daltro Leite  
Rita de Cássia Araújo de Faria  
Walberto Fernandes de Lima  
Luciana Sapha Silveira  
Márcia Maria Tamburini Porto  
Sávio Renato Bittencourt Soares Silva  
Patricia Mothé Glioche Béze  
Gianfilippo de Miranda Pianezzola  
Carla Rodrigues Araujo de Castro

• • •

## **Conselho Superior do Ministério Público**

**Luciano Oliveira Mattos de Souza**  
Presidente

**Ricardo Ribeiro Martins**  
Corregedor-Geral

## **Titulares Eleitos**

### **Primeira Turma**

Sumaya Therezinha Helayel  
Luiz Fabião Guasque  
Flávia de Araujo Ferrer  
Claudio Varela

### **Segunda Turma**

Antonio José Campos Moreira  
Katia Aguiar Marques Selles Porto  
Márcio Mothé Fernandes  
Conceição Maria Tavares de Oliveira

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

Cláudio Henrique da Cruz Viana  
Presidente

• • •

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

Eduardo da Silva Lima Neto  
Diretor-Presidente

• • •

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

Sávio Renato Bittencourt Soares Silva  
Diretor-Presidente

• • •

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

Maria do Carmo dos Santos Casa Nova  
Presidente

• • •

**Sicoob Coomperj**

Luiz Antônio Ferreira de Araújo  
Diretor-Presidente





## Editorial

O último trimestre de 2023 se destaca pela continuidade de guerras, a exemplo do conflito russo-ucraniano e aquele travado entre o grupo terrorista Hamas e Israel. Neste particular, o ataque perpetrado no dia 7 de outubro permanecerá, na memória da humanidade, como um dos mais abomináveis da história, vitimando mulheres, crianças e idosos israelenses, incluindo o sequestro de pessoas, que se tornaram reféns. Por outro lado, a resposta israelense ao ataque está sendo condenada por diversos países, em razão dos possíveis excessos praticados na tentativa de eliminar o grupo terrorista, com bombardeios constantes à Gaza, que também atingem palestinos inocentes de todas as faixas etárias. No campo do Direito Internacional, fica nítido que a ONU e, mais especificamente, o seu Conselho de Segurança, deve passar por uma reforma radical, equilibrando-se o poder dos países que o compõem, retirando-se, *v.g.*, a possibilidade de “veto” dos atuais “membros natos”, de modo que as resoluções destinadas à realização da paz possam se tornar exequíveis, outorgando-se a essa organização internacional o relevante e inestimável papel de árbitro supremo em todas as situações em que a paz mundial estiver sendo afrontada.

No contexto ambiental, mais precisamente na perturbadora questão do “aquecimento global”, as notícias são mais alvissareiras após a COP28, realizada nos meses de novembro e dezembro, em Dubai. Parece-nos que a primeira grande vitória passa pelo reconhecimento, por parte dos países participantes, do perigo que a poluição ambiental representa para a sobrevivência da humanidade e pelo compromisso, por eles assumido, de adotarem estratégias eficazes para mitigar as emissões de gases prejudiciais à saúde do planeta. O Brasil, como um dos maiores produtores de alimentos do mundo, tem se destacado, no setor agro, em termos de adoção de práticas cada vez mais sustentáveis. E o Ministério Público tem a importante missão de fiscalizar e de atuar, com o manejo dos instrumentos jurídicos cabíveis, para que o Brasil se torne, definitivamente, exemplo nesse incessante combate à poluição ambiental.

Voltando-nos para esta edição da Revista, que compreende o último trimestre de 2023, os leitores poderão desfrutar, na seção de Doutrina, de artigos que abrangem diversas áreas do Direito, conforme se vê pelos títulos: “Dolo específico na improbidade administrativa: utilização da recomendação pelo Ministério Público como instrumento de prova”; “O Ministério Público como elemento essencial do processo constitucional brasileiro: novas reflexões sobre a legitimidade no mandado de segurança coletivo a partir do julgamento da ADI nº 5.693/CE pelo STF”; “Regulação não cooperativa: o modelo regulatório administrativo em ambiente de crise federativa”; “Deontologia tributária”; “O valor da equidade revelada pelos Romanos”; “A tutela penal de direito à vida frente aos novos valores da personalidade humana”; “Proteção de filhos e sucessão concorrencial: a escolha pelo regime de separação obrigatória de bens”; “Educação básica e pandemia de covid-19 no Brasil: efeitos, riscos e possibilidades a partir do cenário de exclusão digital”; “Punir como *standard* de direitos humanos:

centralidade de proteção das vítimas no direito internacional dos direitos humanos e no processo penal brasileiro” e “Adaptação climática: fundamentos e possibilidades de atuação do Ministério Público brasileiro”. Este último artigo, por exemplo, se liga diretamente à questão abordada na parte final do segundo parágrafo deste editorial.

No Observatório Jurídico, temos um tema de ampla repercussão no cenário internacional: “Os reais interesses sobre a Amazônia”. No Observatório Filosófico, um novo “encontro” com os temas tratados no início deste texto inaugural: “Refletindo sobre a *conscientização* em um mundo apocalíptico”. E o enaltecimento à grande filósofa política alemã, de origem judaica, no artigo intitulado “Elementos Romanos na noção de espaço público em Hanna Arendt”. Em seguida, no Observatório Literário, temos um tema de indiscutível relevância na área da execução penal: “Leitura e educação em prisão: desafios contemporâneos”.

Nas Peças Processuais, destaca-se o parecer da Consultoria Jurídica do nosso Ministério Público, versando sobre “A impossibilidade de utilização de Logotipos ou marcas criadas em sistemas, projetos e programas do Ministério Público, ainda que não registrados perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial, por particulares”. Em seguida, a seção Jurisprudência traz importantes acórdãos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. E na Jurisprudência Internacional, traz-se à colação o “Caso González e Outros (‘Campo Algodoeiro’) vs. México”.

Desejamos aos nossos leitores agradáveis momentos de leitura e de reflexão; e agradecemos aos autores que contribuíram com textos brilhantes para que esta edição viesse a lume. Reiteramos, outrossim, o pedido de envio de artigos e peças processuais para publicação na Revista.

EMERSON GARCIA

Diretor da Revista

ADOLFO BORGES FILHO

Vice-Diretor da Revista

# Sumário

## Doutrina

Dolo específico na improbidade administrativa: utilização da recomendação pelo Ministério Público como instrumento de prova

*Cristiane de Sousa Campos da Paz* ..... 19

O Ministério Público como elemento essencial do processo constitucional brasileiro: novas reflexões sobre a legitimidade no mandado de segurança coletivo a partir do julgamento da ADI nº 5693/CE pelo Supremo Tribunal Federal

*Fabício Barbosa Barros*..... 43

Regulação não cooperativa: o modelo regulatório administrativo em ambiente de crise federativa

*Fabício Dantas Leite*..... 59

Deontologia Tributária

*Ives Gandra* ..... 73

O valor da equidade revelada pelos Romanos

*Luiz Fabião Guasque* ..... 87

A tutela penal do direito à vida frente aos novos valores da personalidade humana

*Maria Fernanda Dias Mergulhão* ..... 121

Proteção de filhos e sucessão concorrencial: a escolha pelo regime da separação obrigatória de bens

*Patricia Pimentel de Oliveira*..... 135

Educação básica e pandemia de covid-19 no Brasil: efeitos, riscos e possibilidades a partir do cenário de exclusão digital

*Rogério Pacheco Alves* ..... 149

Punir como *standard* de direitos humanos: centralidade de proteção das vítimas no direito internacional dos direitos humanos e no processo penal brasileiro

*Valerio de Oliveira Mazzuoli*  
*Antonio Sergio Cordeiro Piedade*..... 169

Adaptação climática: fundamentos e possibilidades de atuação do Ministério Público brasileiro <i>Vinicius Lameira Bernardo</i> .....	197
---	-----

## **Observatório Jurídico**

Os reais interesses sobre a Amazônia <i>Ives Gandra</i> .....	217
--	-----

## **Observatório Filosófico**

Refletindo sobre a <i>conscientização</i> em um mundo apocalíptico <i>Adolfo Borges Filho</i> .....	223
Elementos romanos na noção de espaço público em Hannah Arendt <i>Ana Lucia de Lyra Tavares</i> .....	231

## **Observatório Literário**

Leitura e educação em prisões: desafios contemporâneos <i>Taiza Mara Rauen Moraes</i> .....	247
--	-----

## **Peças Processuais**

### **Pareceres**

Parecer. Processo Administrativo. Consultoria Jurídica. Semelhança entre o logotipo do Grupo de Adoção (GAA) Boas Novas – Projeto Cristão de Apoio à Adoção de São Paulo e o logotipo do Sistema deste Ministério Público, Quero Uma Família. Semelhança. A impossibilidade de utilização de logotipos ou marcas criadas em sistemas, projetos e programas do Ministério Público, ainda que não registrados perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial, por particulares. <i>Emerson Garcia</i> .....	255
--	-----

## Jurisprudência

### Supremo Tribunal Federal

#### Jurisprudência Criminal

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA REVISÃO CRIMINAL Nº 5.529 / PARANÁ. Agravo Regimental nos Embargos de Declaração na Revisão Criminal. Acórdão de Turma. Julgamento de Recurso Extraordinário. Falta de Identidade entre os fundamentos da Ação Revisional e o objeto do recurso. Inviabilidade da Revisão Criminal. Agravo Regimental a que se nega provimento.

*RvC 5529 ED-Agr, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 18-03-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG. 27-03-2023*

*PUBLIC. 28-03-2023.....273*

REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA REVISÃO CRIMINAL Nº 5.508 / RONDÔNIA. Penal e Processual Penal. Revisão criminal. Medida Cautelar. Efeitos da condenação. Ausência de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Fundamentos analisados e afastados pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar não referendada.

*RvC 5508 MC-Ref, Relator(a): NUNES MARQUES, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 05-09-2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-258 DIVULG. 15-12-2022 PUBLIC. 16-12-2022*

*.....287*

#### Jurisprudência Cível

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.186.735 / RIO DE JANEIRO. Recursos Extraordinários em Ação Direta de Inconstitucionalidade Estadual. Direito Constitucional e Administrativo. Lei nº 6.901/2014 do Estado do Rio de Janeiro. Artigo 37, IX, da CRFB/88. Norma de reprodução obrigatória. Artigo 77, XI, da Constituição Fluminense. Contratação temporária de excepcional interesse público. Repercussão geral do tema já reconhecida. Tema 612. Requisitos de temporariedade e excepcionalidade. Previsão genérica e abrangente. Inconstitucionalidade de previsão exemplificativa e genérica de hipóteses que ensejam a contratação temporária. Provimento do Recurso Extraordinário interposto pelo Ministério Público. Desprovimento dos recursos interpostos pelo Estado do Rio de Janeiro e pela Assembleia Legislativa local.

*RE 1186735, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 25-04-2023,*

*PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG. 07-06-2023 PUBLIC. 09-06-2023.....319*

## Superior Tribunal de Justiça

### Jurisprudência Criminal

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM *HABEAS CORPUS* Nº 155947 / DISTRITO FEDERAL (2021/0340730-3). Processo Penal. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso em *Habeas Corpus*. Inquérito policial. Trancamento. Superveniência de denúncia. Recebimento da exordial. Prejudicialidade. Perda do objeto. Embargos de declaração prejudicados.

*EDcl no AgRg no RHC n. 155.947/DF, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 14/8/2023, DJe de 23/8/2023.* .....343

### Jurisprudência Cível

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.766.149 / RIO DE JANEIRO (2014/0175543-6). Administrativo. Embargos de Divergência em Recurso Especial. Improbidade Administrativa. Alegada impossibilidade de revisão, em Recurso Especial, da proporcionalidade e razoabilidade das sanções impostas. Acórdão paradigma que não examinou o mérito da controvérsia, aplicando a súmula 7/STJ. Revisão de aplicação de regra técnica de admissibilidade do recurso especial. Não cabimento dos embargos de divergência. Art. 1.043, I e III, do CPC/2015. Abrangência da sanção de perda da função pública. Cargo ocupado no momento do trânsito em julgado da decisão condenatória. Precedente da primeira seção do STJ. Embargos de Divergência, interpostos pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, parcialmente conhecidos, e, nessa extensão, providos. Embargos de Divergência, interpostos pelo Ministério Público Federal, conhecidos e providos.

*EREsp n. 1.766.149/RJ, relatora Ministra Assusete Magalhães, Primeira Seção, julgado em 12/5/2021, DJe de 17/5/2021* .....351

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL Nº 1974401 / MINAS GERAIS (2021/0359779-5). Processual Civil. Administrativo. Ação Civil Pública. Improbidade administrativa. Fraude na contratação de serviços com dispensa de licitação. Procedência parcial dos pedidos. Alegação de ofensa ao art. 535 do CPC/1973. Inexistência. Falta de prequestionamento. Aplicação das súmulas n. 211/STJ e 282, 356/STF. Pretensão de reexame fático-probatório. Incidência da súmula n. 7/STJ. Dissídio jurisprudencial. Cotejo analítico. Ausência. Acórdão recorrido alinhado com a jurisprudência do STJ. Aplicação da Súmula n. 83/STJ.

*AgInt no REsp n. 1.974.401/MG, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 21/8/2023, DJe de 23/8/2023* .....383

## **Jurisprudência Internacional**

Nota Introdutória .....	<b>401</b>
Caso González e Outras (“Campo Algodoeiro”) vs. México.....	<b>403</b>

## **Noticiário**

MPRJ realiza conferência internacional sobre crimes cibernéticos .....	<b>597</b>
MPRJ realiza cerimônia de entrega do Colar do Mérito, Medalha Annibal Frederico de Souza e Prêmio Ideias Inovadoras .....	<b>599</b>
ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO.....	<b>603</b>



Detalhe da imagem da capa



# Doutrina





# Dolo específico na improbidade administrativa: utilização da recomendação pelo Ministério Público como instrumento de prova<sup>1</sup>

Cristiane de Sousa Campos da Paz\*

## Sumário

1. Introdução. 2. A improbidade administrativa: alterações promovidas pela Lei nº 14.230/21 no que tange à tipicidade e ao elemento volitivo. 2.1. Tipificação das condutas. 2.1.1. Da extinção do ato de improbidade administrativa culposo. 2.1.2. Da taxatividade dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública. 2.2. Elemento subjetivo. 3. A recomendação no âmbito do Ministério Público. 4. A recomendação como meio de prova do dolo específico de ato de improbidade administrativa. 5. Conclusão. Referências bibliográficas.

## Resumo

Diante das dificuldades probatórias criadas a partir do novo cenário estabelecido pela Lei nº 14.230/21 ao alterar a Lei nº 8.429/92, que introduziu a figura do dolo com especial fim de agir para a tipificação dos atos de improbidade que importem em enriquecimento ilícito, em prejuízo ao erário, e atentem contra os princípios da Administração Pública, exigindo não só a comprovação da voluntariedade em praticar o ato ilícito previsto em lei, bem como o benefício para si ou para outrem, este artigo visa apresentar os fundamentos teóricos e práticos que justificam a utilização da Recomendação pelo Ministério Público como mecanismo eficaz para a comprovação do referido dolo.

## Abstract

*Given the evidentiary difficulties created by the new scenario established by Law No. 14.230/21, which amended Law No. 8.429/92 by introducing the concept of "dolo com especial fim de agir" (specific intent) for the characterization of acts of misconduct that result in undue enrichment, harm to public funds, and violation of the principles of*

---

<sup>1</sup> Artigo científico apresentado como exigência de conclusão do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Políticas Públicas e Tutela Coletiva do Instituto de Educação Roberto Bernardes Barroso do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (IERB/MPRJ). Orientador: Bruno de Sá Barcelos Cavaco.

\* Graduada em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Pós-graduanda em Políticas Públicas e Tutela Coletiva pelo Instituto de Educação Roberto Bernardes Barroso do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

*Public Administration, requiring not only the proof of voluntariness in committing the unlawful act prescribed by law, but also the personal benefit or benefit to others, this article aims to present the theoretical and practical foundations that justify the use of Recommendation by the Public Prosecution Service as an effective mechanism to prove the aforementioned specific intent.*

**Palavras-chave:** Improbidade administrativa. Dolo específico. Recomendação. Ministério Público.

**Keywords:** *Administrative misconduct. Specific intent. Recommendation. Public Prosecutor's Office.*

## 1. Introdução

A improbidade administrativa é um dos principais desafios enfrentados pela sociedade contemporânea no combate à corrupção e à má gestão dos recursos públicos.

Para o professor Daniel Neves, a previsão de instrumentos, como a Lei de Improbidade Administrativa, capazes de enfrentar a desonestidade, a corrupção e a deslealdade com o trato da coisa pública, representam importante critério de verificação da seriedade de determinado Estado.<sup>2</sup>

No Brasil, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992) estabelece as sanções aplicáveis aos agentes públicos e aqueles que com ele concorrem, em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o §4º do artigo 37 da Constituição da República.

Ao longo dos anos, foi-se verificando uma deturpação na aplicação da Lei nº 8.429/92, havendo em muitos casos o seu uso político, em outros, punições excessivas e sem justa causa, causando extrema insegurança jurídica e arbitrariedades.

Consoante Marçal Justen Filho,<sup>3</sup> a Lei nº 8.429/1992, no formato em que se encontrava, propiciou a proliferação de julgamentos em primeiro grau sem a produção de prova, fundada em presunções de diversa ordem. Ademais, segundo o autor, por faculdades previstas na normativa, como a condenação com base na mera culpa, prevista no art. 10 da referida norma, e a formulação de petição com pedidos indeterminados (pleito pela condenação pelos arts. 9º, 10 ou 11, sucessivamente), muitas ações de improbidade passaram a ser orientadas a fins diversos daqueles constitucionalmente previstos.

<sup>2</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa: direito material e processual*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018, p. 32.

<sup>3</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Reforma da Lei de Improbidade Administrativa comentada e comparada: Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 8.

Diante desse cenário, em 25.10.2021 sobreveio a Lei nº 14.230/21,<sup>4</sup> que promoveu alterações significativas nessa legislação, trazendo um novo panorama no enfrentamento da improbidade administrativa, razão pela qual muitos consideram a novel legislação a “Nova Lei de Improbidade Administrativa”.

Em verdade, “restou preservada a numeração da Lei nº 8.429/1992. Contudo, sob o aspecto material, o conteúdo da LIA foi intensamente alterado. Trata-se, de fato, de uma nova Lei com a mesma numeração”.<sup>5</sup>

Em face dos princípios a que está submetida a administração pública (art. 37 da CF/1988) e tendo em vista a supremacia deles, sendo representantes daquela os agentes públicos passíveis de serem alcançados pela Lei de Improbidade, o legislador ordinário quis impedir o ajuizamento de ações temerárias, evitando, com isso, além de eventuais perseguições políticas e o descrédito social de atos ou decisões político-administrativos legítimos, a punição de administradores, ou de agentes públicos inexperientes, inábeis, ou que fizeram uma má opção política na gerência da coisa pública, ou na prática de atos administrativos, sem má-fé, ou intenção de lesar o erário, ou de enriquecimento.<sup>6</sup>

Longe de almejar esgotar a análise das alterações promovidas pela Lei nº 14.230/21, destacamos neste artigo duas profundas alterações promovidas que interessam ao trabalho proposto: a tipificação de condutas e o elemento subjetivo.

A partir deste panorama, pretendemos explorar a utilização da Recomendação expedida pelo Ministério Público como mecanismo eficaz para a comprovação do dolo específico para a tipificação do ato de improbidade administrativa.

Para conduzir a investigação proposta, esta análise valeu-se de pesquisa teórica, revisão bibliográfica e raciocínio dedutivo, intentando realizar uma abordagem dialética, qualitativa e interdisciplinar não limitada aos estatutos legais, avaliando-os de maneira descritiva para, ao final, concluir que a recomendação deve ser utilizada pelo Ministério Público como um dos instrumentos eficazes de comprovação do dolo específico exigido pela Nova Lei de Improbidade Administrativa.

<sup>4</sup> Publicada em 26.10.2021.

<sup>5</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Comentários à reforma da lei de improbidade administrativa*: Lei 14.230, de 25.10.2021 comentada artigo por artigo. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 3.

<sup>6</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (1. Seção). *Recurso Especial 1.926.832/TO*. Processual civil e administrativo. Recurso especial representativo da controvérsia. Improbidade. Contratação de servidor temporário. Autorização. Lei local. Dolo. Afastamento. Relator: Min. Gurgel de Faria, 11 de maio de 2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 3 jun. 2023.

## 2. A improbidade administrativa: alterações promovidas pela Lei nº 14.230/21 no que tange à tipicidade e ao elemento volitivo

A Lei n. 14.230/2021 trouxe mudanças significativas, tanto na esfera material quanto procedimental, na esfera de improbidade administrativa, que vão desde a revisão dos conceitos de ato de improbidade administrativa até a pretensão de se garantir uma maior celeridade e efetividade da tramitação dos processos judiciais, evitando que a demora da conclusão gere impunidade e desestímulo ao combate à corrupção.

Em resposta aos anseios doutrinários e aos novos contornos dados por nossos Tribunais aos atos de improbidade administrativa, o legislador, ao aprovar a Lei nº 14.230/2021, viu por bem: i) estipular tipos fechados e taxativos no rol do art. 11 da Lei nº 8.429/1992, afastando a possibilidade de condenação dos agentes públicos pela prática de atos atentatórios aos princípios da administração pública, pura e simplesmente; ii) excluir a previsão de atos de improbidade culposos; e iii) exigir a comprovação do dolo específico para a caracterização dos atos de improbidade administrativa elencados nos artigos 9º, 10 e 11, nos termos do que prevê o artigo 11, §2º.

Referidas alterações legislativas, embora tenham causado intensos debates no meio acadêmico, tiveram como finalidade adequar o texto legal aos princípios norteadores do Direito Administrativo Sancionador, aplicáveis ao sistema de improbidade administrativa, por expressa previsão legal (artigo 1º, §4º – inovação também da nova legislação). Nas palavras de Flávio Luiz Yarshell e Heitor Vitor Mendonça Sica, “a Lei nº 14.230/2021 tem por inequívoco objetivo reposicionar a ação de improbidade administrativa, afastando-a do microsistema de tutela dos interesses transindividuais e inserindo-a no campo do ‘direito sancionador’”.<sup>7</sup>

Tal como apontado por Marçal Justen Filho (2022, p. 13), as principais inovações são as seguintes:

- a exigência do dolo, devidamente comprovado, para punição por improbidade;
- o sancionamento por improbidade a entidades privadas que tenham recebido o benefício, incentivo ou vantagem de origem estatal;
- a eliminação da sanção de perda do cargo ou mandato nas infrações do art. 11;

<sup>7</sup> SAMPAIO, Melissa Di Lascio; ESTEVES, Suzane Ramos Rosa. *Repercussões da nova lei de improbidade administrativa nos processos administrativos disciplinares*: análise doutrinária e das jurisprudências administrativa e pretoriana. Disponível em: <https://revistas.pge.sp.gov.br/index.php/revistapegesp/article/view/1319/1408>. Acesso em: 3 jun. 2023, p. 264.

- a restrição ao sancionamento por improbidade do terceiro à comprovação de ter induzido ou concorrido para a prática de improbidade;
- a instituição de uma ação judicial típica envolvendo a punição por improbidade com afastamento da aplicação do regime da ação civil pública;
- atribuição ao Ministério Público da legitimidade ativa privativa para ação de improbidade;
- a ampliação do rigor no tocante aos requisitos de ajuizamento da ação de improbidade com a expressa exigência de qualificação dos fatos em face dos artigos 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429;
- a vedação ao julgamento antecipado da lide nas hipóteses de condenação do réu;
- a fixação de prazo prescricional de 8 anos, computado a partir da data de consumação do ilícito;
- a previsão da prescrição intercorrente computado a partir do ajuizamento da ação de improbidade, com prazo de oito anos.

Duas das principais alterações residem no fato de se ter tornado atípico o ato de improbidade administrativa culposo, ainda que haja efetivo e comprovado dano ao erário público, e a exigência do dolo específico para a configuração do ato de improbidade administrativa.

## **2.1. Tipificação das condutas**

Em termos de tipificação da conduta que constitui ato de improbidade administrativa, vale ressaltar que a nova legislação estabeleceu uma classificação mais precisa e detalhada das condutas que configuram a improbidade, mantendo, no entanto, a divisão em três categorias, quais sejam: improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito, improbidade administrativa que causa prejuízo ao erário e improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública.

A sanção a ser aplicada, prevista no artigo 12 da Lei nº 8.429/92, irá depender da natureza do ato de improbidade administrativo praticado.

### **2.1.1. Da extinção do ato de improbidade administrativa culposo**

Até o advento da Lei nº 14.230/21, o ato de improbidade administrativa poderia ser doloso ou culposo, permitindo-se a modalidade culposa no caso de improbidade administrativa que causa prejuízo ao erário público.

Não obstante, com o advento da Lei nº 14.230/21, deixou de ser considerado ato de improbidade administrativa a lesão ao erário público por ação ou omissão *culposa*, que enseja perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação

dos bens, ou haveres das entidades referidas no artigo 1º da Lei nº 8.429/92, previsto na redação original do artigo 10 da Lei nº 8.429/92.

Atualmente, somente a ação ou omissão *dolosa* e que enseja *efetiva e comprovada* perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento, ou dilapidação dos bens, ou haveres das entidades referidas no artigo 1º é que será considerado ato de improbidade administrativa, nos termos da redação dada pela Lei nº 14.230/21 ao artigo 10 da Lei nº 8.429/92.

Entendeu por bem o legislador evitar a punição de agentes públicos e aqueles que com ele concorreram, por erros ou negligências involuntárias, independentemente da gravidade de suas consequências ao patrimônio público.

Não obstante, a extinção do ato de improbidade administrativa culposo suscita importantes implicações e reflexões. Em primeiro lugar, é necessário avaliar se a adoção exclusiva do dolo como critério de responsabilização é suficiente para combater efetivamente a corrupção e a má gestão pública. Afinal, a responsabilização por atos culposos poderia representar uma salvaguarda contra práticas negligentes ou imprudentes que também causam danos ao patrimônio público.

Além disso, a extinção do ato de improbidade culposo pode gerar um estímulo à impunidade, uma vez que condutas negligentes ou imprudentes, ainda que tenham consequências graves, não seriam passíveis de responsabilização no âmbito da improbidade administrativa. Isso poderia minar a confiança da sociedade na Administração Pública e comprometer a efetividade do combate à corrupção.

Por outro lado, é necessário encontrar um equilíbrio entre a punição justa e proporcional aos atos de improbidade e a proteção contra responsabilizações injustas ou excessivas.

A discussão sobre o fim do ato de improbidade administrativa culposo traz à tona reflexões relevantes sobre a responsabilização dos agentes públicos e a busca por uma administração pública ética e transparente. A defesa pela extinção desse tipo de responsabilização baseia-se na necessidade de comprovar o dolo específico como critério para a configuração da improbidade. No entanto, é fundamental avaliar as implicações e encontrar um equilíbrio entre a punição justa e a proteção contra responsabilizações injustas. Afinal, a luta contra a corrupção e a má gestão pública requer um sistema de responsabilização efetivo, capaz de promover a ética e a transparência no exercício da função pública.

### **2.1.2. Da taxatividade dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública**

Ainda no que tange às alterações promovidas no âmbito da tipificação dos atos de improbidade administrativa, vemos que as hipóteses de ato de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública, que anteriormente as alterações promovidas pela Lei nº 14.230/21 eram consideradas exemplificativos, passaram a ser consideradas *numerus clausus*.



Isso porque a expressão “e notadamente” prevista na redação originária do artigo 11 foi suprimida, motivo pelo qual passou o rol das condutas que atentam contra os princípios da administração pública ser taxativo.

Assim, a partir do advento da Lei nº 14.230/21, para que a conduta atinente a violar os princípios da administração pública configure ato de improbidade administrativa, não basta que ela viole, ainda que gravemente, os princípios da honestidade, de imparcialidade e de legalidade previstos no *caput* do artigo 11, devendo também se enquadrar em um dos incisos do referido dispositivo legal.

Para além de fixar os contornos da responsabilidade subjetiva, o legislador, reconhecendo a incidência dos princípios do Direito Administrativo Sancionador ao sistema da improbidade administrativa e a gravidade das sanções impostas, viu por bem prever tipos fechados para o art. 11 da Lei nº 8.429/1992, acompanhados de um rol taxativo das hipóteses que poderiam configurar o ato de improbidade, evitando, assim, prejuízos à ampla defesa e condenações genéricas.<sup>8</sup>

Pretendeu o legislador com tal alteração, espancar a insegurança jurídica diante da norma em branco prevista anteriormente pelo artigo 11, reduzindo, com isso, os abusos interpretativos que vinham ocorrendo. Nesse sentido, a taxatividade seria fundamental para garantia da previsibilidade das condutas passíveis de responsabilização por improbidade administrativa, permitindo uma aplicação objetiva da lei.

Não obstante, se por um lado, uma lista exaustiva poderia trazer mais segurança jurídica, delimitando claramente as condutas vedadas e facilitando a identificação dos atos ímprobos, contribuindo para uma aplicação mais uniforme da legislação e evitando interpretações divergentes pelos órgãos de controle e pelo Poder Judiciário; por outro lado, a taxatividade excessiva poderia limitar a capacidade de resposta do ordenamento jurídico diante de novas formas de improbidade administrativa que possam surgir.

A alteração promovida pela Lei nº 14.230/21 diminuiu o núcleo de condutas protegidas pela Lei de Improbidade Administrativa ao permitir que ações, ainda que reprovadas pela Constituição e capazes de violar os princípios da administração pública, não mais possam ser considerados como atos de improbidade.

A dinamicidade das relações na Administração Pública exige uma interpretação flexível e atualizada da lei, de forma a acompanhar os avanços tecnológicos e as

---

<sup>8</sup> SAMPAIO, Melissa Di Lascio; ESTEVES, Suzane Ramos Rosa. *Repercussões da nova lei de improbidade administrativa nos processos administrativos disciplinares: análise doutrinária e das jurisprudências administrativa e pretoriana*. Disponível em: <https://revistas.pge.sp.gov.br/index.php/revistapegesp/article/view/1319/1408>. Acesso em: 3 jun. 2023, p. 268.

transformações sociais. Uma lista taxativa rígida poderia dificultar a responsabilização de condutas ímprobas que não estejam expressamente previstas no artigo 11 da Lei nº 8.429/92.

Ademais, é importante ressaltar que a taxatividade dos atos de improbidade administrativa deve ser compatível com os princípios constitucionais da legalidade, da proporcionalidade e da razoabilidade. Uma interpretação demasiadamente restritiva poderia limitar a capacidade de combate à corrupção e à má gestão pública, comprometendo a efetividade do sistema de responsabilização.

A escolha legislativa não está respaldada em nenhuma justificativa razoável. De acordo com Oliveira e Grotti, a restrição injustificada desse artigo, ao estabelecer um rol tímido de hipóteses que atentam contra a honestidade, a legalidade, a imparcialidade e a lealdade institucional, retrocedeu no enfrentamento das “práticas nefastas de patrimonialismo, clientelismo, nepotismo, favoritismo e outras mazelas ético-jurídicas gravíssimas que vicejam no aparelho do Estado”.<sup>9</sup>

De igual modo, José Carlos Fernandes argumenta que esta mudança é irrazoável e desproporcional, haja vista permitir que “uma série de condutas dolosas, previstas como crimes e também praticadas por agentes públicos no exercício de suas funções, simplesmente sejam ignoradas pelo Direito Administrativo Sancionador”.<sup>10</sup>

Nesse sentido, vemos ser necessário encontrar um equilíbrio entre a taxatividade e a necessidade de interpretação flexível, de modo a garantir uma responsabilização efetiva diante de novas formas de improbidade administrativa. É imprescindível que o debate considere os princípios constitucionais e busque uma solução que promova a ética, a transparência e a eficiência na Administração Pública.

## 2.2. Elemento subjetivo

A presença do dolo para a configuração de ato de improbidade administrativa não é novidade, havendo sua previsão desde a redação original da Lei nº 8.429/92.

No entanto, segundo a construção jurisprudencial pacífica do Superior Tribunal de Justiça, o dolo, para fins de tipicidade de improbidade administrativa, bastava ser genérico, sendo certo que no caso do tipo do artigo 10, bastaria a presença de culpa.

<sup>9</sup> OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Sistema de responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa: críticas ao Projeto de Lei do Senado nº 2505/2021*. Disponível em: <https://www.anpr.org.br/imprensa/artigos/25560-sistema-de-responsabilizacao-pela-pratica-de-atos-de-improbidade-administrativa-criticas-ao-projeto-de-lei-do-senado-n-2505-2021>. Acesso em: 4 jun. 2023.

<sup>10</sup> FERNANDES, Jose Carlos. *Considerações sobre a retroatividade da lei mais benéfica no âmbito da Proteção a Probidade Administrativa: impactos da Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, no rol do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, à luz da Constituição da República*. Disponível em: <https://ammp.org.br/consideracoes-sobre-a-retroatividade-da-lei-mais-benefica-no-ambito-da-protecao-a-probidade-administrativa-impactos-da-lei-no-14-230-de-25-de-outubro-de-2021-no-rol-do-art-11-da-lei-de-improbidade/>. Acesso em: 4 jun. 2023.

Cumprido destacar, ainda, que o dolo que se exige para a configuração da improbidade administrativa é a simples vontade consciente de aderir a conduta, produzindo os resultados vedados pela norma jurídica – ou, ainda, a simples anuência aos resultados contrários ao Direito quando o agente público, ou privado deveria saber que a conduta praticada a eles levaria –, sendo despidendo perquirir acerca de finalidades específicas.<sup>11</sup>

Com o advento da Lei nº 14.230/21 foi extinta a possibilidade de ato de improbidade culposo, sendo previsto unicamente o ato de improbidade administrativo doloso, nos termos do §1º do artigo 1º, *in verbis*:

Artigo 1º (...)

§1º Consideram-se atos de improbidade administrativa as *condutas dolosas* tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)<sup>12</sup>

Mas o legislador foi além. Não basta mais a presença do dolo (genérico) para a configuração do ato de improbidade administrativa. A Lei nº 14.230/21 previu também a necessidade de comprovação do dolo específico. Em outras palavras, além de ser demonstrado a prática do ato ilegal típico, é preciso comprovar que o agente público tinha a intenção deliberada de praticar o ato ilícito previsto nos artigos 9º, 10 ou 11 da Lei nº 8.429/92.

O §2º do artigo 1º da Lei nº 8.429/92, incluído pela Lei nº 14.230/21, não deixa margem para dúvidas ao conceituar o dolo específico para fins de improbidade administrativa, nos seguintes termos:

Artigo 1º (...)

§2º Considera-se dolo a vontade livre e consciente de *alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei*, não bastando a voluntariedade do agente. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)<sup>13</sup>

<sup>11</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *Recurso Especial 1.512.085/SP*. Constitucional e Administrativo. Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa. Contratações sem concurso público. Ofensa à exigência constitucional e aos princípios que regem a administração pública. Art. 11 da Lei 8.429/1992. Reconhecimento de dolo genérico. Relator: Min. Hermann Benjamin, 2 de agosto de 2016. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 17 jun. 2023.

<sup>12</sup> BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*, alterada pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o §4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8429.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm). Acesso em 17.06.2023. Grifos nossos.

<sup>13</sup> BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*, alterada pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o

Portanto, a configuração do ato de improbidade administrativa depende da voluntariedade do agente (dolo simples) e do fim específico previsto em lei (dolo específico), consubstanciado em atingir o resultado ilícito previsto nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei nº 9.429/92. Sem a comprovação do ato doloso com fim específico, não há ato de improbidade administrativa. Reforça essa ideia o disposto no §3º do artigo 1º do mesmo diploma legal:

Artigo 1º (...)

§3º O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)<sup>14</sup>

De forma redundante, inclusive, o legislador previu no §1º do artigo 17-C, da Lei nº 8.429/92, incluído pela Lei nº 14.230/21, que “a ilegalidade sem a presença de dolo que a qualifique não configura ato de improbidade”.<sup>15</sup>

Não há dúvidas, portanto, que o dolo direcionado ao fim ilícito é necessário para a tipificação do ato de improbidade administrativa.

Diferentemente do dolo genérico, que se refere à simples vontade de cometer o ato, o dolo específico requer a intenção consciente de obter o enriquecimento ilícito para si ou para outrem, lesar o patrimônio público ou violar os princípios da Administração Pública. É necessário comprovar que o agente público agiu de forma deliberada, com plena ciência dos efeitos danosos de sua conduta.

Marçal Justen Filho (2022, p. 36), no mesmo sentido, indica que “apenas existe improbidade nos casos em que o agente estatal tiver consciência da natureza indevida da sua conduta e atuar de modo consciente para produzir esse resultado”. Em outros termos, o autor conceitua a demonstração do dolo como “a consciência do sujeito quanto à antijuridicidade de sua conduta e a vontade de praticar a ação ou omissão necessária à consumação da infração”.

Registre-se aqui, por oportuno, que mesmo ao terceiro que não seja agente público, mas que venha a ser responsabilizado pela prática de ato de improbidade administrativa diante de sua participação, é exigido o dolo em sua conduta: “Artigo

§4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8429.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm). Acesso em 17.06.2023. Grifos nossos.

<sup>14</sup> BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*, alterada pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o §4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8429.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm). Acesso em: 17.06.2023.

<sup>15</sup> BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*, alterada pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o §4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8429.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm). Acesso em: 17.06.2023.

3º – As disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra dolosamente para a prática do ato de improbidade”.<sup>16</sup>

Além do dolo específico (de atingir o resultado ilícito previsto nos artigos 9º, 10 ou 11 da Lei nº 8.429/92), previu o legislador também um especial fim de agir, qual seja, a obtenção de proveito, ou benefício indevido para si, ou para outrem, consoante expressamente disposto nos §§1º e 2º do artigo 11 da Lei nº 8.429/92, incluído pela Lei nº 14.230/21.

#### Artigo 11 (...)

§1º Nos termos da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, somente haverá improbidade administrativa, na aplicação deste artigo, quando for comprovado na conduta funcional do agente público o fim de obter proveito ou benefício indevido para si, ou para outra pessoa, ou entidade. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§2º Aplica-se o disposto no §1º deste artigo a quaisquer atos de improbidade administrativa tipificados nesta Lei e em leis especiais e a quaisquer outros tipos especiais de improbidade administrativa instituídos por lei. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)<sup>17</sup>

Em suma, com o advento da Lei nº 14.230/21, para a configuração de ato de improbidade administrativa é preciso que o ato típico, previsto no artigo 9º, 10 ou 11 da Lei nº 8.429/92, seja praticado com voluntariedade, direcionado a alcançar uma finalidade ilícita prevista nos referidos dispositivos legais (artigo 1º, §§1º e 3º da Lei nº 8.429/92), e objetive a obtenção de proveito ou benefício indevido para si, ou para outrem (artigo 11, §§1º e 2º da Lei nº 8.429/92).

Conferindo nova redação ao artigo 1º, §1º, LIA, passou a considerar atos de improbidade administrativa somente *as condutas dolosas* tipificadas nos artigos 9º, 10 e 11. Assim, tornou atípico qualquer conduta desprovida de dolo, não admitindo a mera voluntariedade para incidência do artigo 11 e, ainda, excluiu do rol do artigo 10 as

<sup>16</sup> BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*, alterada pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o §4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18429.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm). Acesso em: 17.06.2023.

<sup>17</sup> BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*, alterada pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o §4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18429.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm). Acesso em: 17.06.2023. Grifos nossos.

condutas lesivas ao erário praticadas por negligência, imperícia ou imprudência, as quais não mais se consideram atos de improbidade.

O §2º do artigo 1º, conceitua dolo como a vontade livre e consciente de produzir o resultado ilícito tipificado nos artigos 9º, 10 e 11. Não basta, todavia, o dolo genérico, consistente na consciência e vontade de praticar o ato e produzir o resultado. Agora, é necessário, além disso, a finalidade especial do agente de violar a lei. Em outras palavras, *exige-se* que tenha consciência e *vontade de realizar a conduta para buscar um fim ilícito*.

[...]

Não basta, agora, para configurar ato de improbidade administrativa a realização intencional de uma das condutas descritas nos tipos dos artigos 9º, 10 e 11, sendo necessária a *consciência e a vontade de realizar todos os elementos da definição legal, com o objetivo de buscar um resultado moralmente afrontoso à ordem jurídica*.<sup>18</sup>

A presença do dolo, com especial fim de agir na configuração do ato de improbidade administrativa, traz importantes repercussões. Em primeiro lugar, a exigência do dolo com especial fim de agir estabelece um critério mais rigoroso para a responsabilização dos agentes públicos, evitando interpretações amplas e subjetivas.

A existência do dolo específico também contribui para a proporcionalidade das sanções aplicadas. A improbidade administrativa é uma infração que acarreta consequências severas, como a perda do cargo público e a suspensão dos direitos políticos, sendo certo que o ressarcimento integral do dano causado não se constitui em sanção do ato de improbidade, mas mera consequência de sua prática. Portanto, a comprovação do dolo específico garante que essas sanções sejam aplicadas somente aos casos em que há uma intenção deliberada de praticar atos ímprobos.

Essa exigência também contribui para a segurança jurídica, uma vez que delimita com mais precisão as condutas passíveis de responsabilização por improbidade administrativa. Com o dolo com especial fim de agir, é necessário comprovar que o agente público agiu de forma consciente e intencional, visando a obtenção de vantagem indevida e os fins ilícitos previstos nos artigos 9º, 10 ou 11 da Lei nº 8.429/92. Isso evita a aplicação indiscriminada da lei e protege os bons agentes públicos de acusações infundadas.

Nesse sentido, é fundamental que os órgãos de controle, dentre eles o Ministério Público, realizem investigações aprofundadas e promovam a produção de provas robustas para a comprovação do dolo específico. A análise de elementos

<sup>18</sup> CAPEZ, Fernando. *O dolo penal na improbidade administrativa*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-09/controversias-juridicas-dolo-penal-improbidade-administrativa>. Acesso em: 17 jun. 2023.

como documentos, depoimentos e circunstâncias objetivas do caso pode auxiliar na demonstração da vontade consciente do agente público em praticar atos ímprobos.

O artigo 17 da Lei nº 8.429/92, com a redação dada pela Lei nº 14.230/21, prevê expressamente como condição da ação a presença de justa causa, consubstanciada na instrução da petição inicial com elementos mínimos que comprovem o dolo do agente:

Art. 17. A ação para a aplicação das sanções de que trata esta Lei será proposta pelo Ministério Público e seguirá o procedimento comum previsto na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), salvo o disposto nesta Lei. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

[...]

§6º A petição inicial observará o seguinte: (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

[...]

II - será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da veracidade dos fatos e do dolo imputado ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições constantes dos arts. 77 e 80 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)<sup>19</sup>

Assim, a comprovação do dolo com especial fim de agir requer uma análise cuidadosa das circunstâncias do caso e produção de provas consistente que demonstre a intenção deliberada do agente em buscar resultados ilegais ou imorais contrários aos princípios da Administração Pública.

### **3. A recomendação no âmbito do Ministério Público**

O Ministério Público é uma instituição essencial para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, exercendo importante papel na proteção dos direitos e na fiscalização da Administração Pública.

É nesse contexto, que a recomendação surge como um instrumento extrajudicial de atuação, permitindo ao Ministério Público intervir de forma preventiva e reparadora em situações que demandam a observância de determinadas condutas.

<sup>19</sup> BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*, alterada pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o §4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18429.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm). Acesso em: 17.06.2023.

A Constituição da República inclui, entre as funções institucionais do Ministério Público, a de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia (Artigo 129, II, CRFB/88).

Para o exercício de sua função institucional, o artigo 27, parágrafo único, IV, da Lei nº 8.625/93, estabelece caber ao Ministério Público a expedição de recomendações, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito.

De igual modo, a Lei Complementar n.º 75/93 estabeleceu, em seu artigo 6º, XX, caber ao Ministério Público da União expedir recomendações, visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como ao respeito, aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis, disposição que é extensível ao Ministério Público dos Estados por força do art. 80 da Lei n.º 8.625/93.

Nesse sentido, tem-se que a recomendação é um importante instrumento utilizado pelo Ministério Público como meio de atuação extrajudicial na defesa dos direitos fundamentais e no cumprimento de suas atribuições institucionais.

A recomendação administrativa pode constituir em instrumento decisivo e resolutivo para pôr fim a um determinado problema a partir de um democrático entendimento havido entre Ministério Público e destinatário da medida, sem intervenção do Poder Judiciário, situação que recomenda o incremento da sua utilização, sem que possível, como alternativa prévia à instauração de conflito junto ao Poder Judiciário.<sup>20</sup>

A recomendação encontra seus fundamentos na própria natureza do Ministério Público como instituição de defesa dos direitos fundamentais, na busca pela resolução extrajudicial de conflitos, na promoção da cidadania e na garantia dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública. Além disso, a recomendação está respaldada na busca pela efetividade dos direitos e na prevenção de litígios, evitando a sobrecarga do Poder Judiciário.

[...] o patrimônio público pode, e deve, ser protegido preventivamente, emergindo a recomendação como importante instrumento nessa missão. Como bem salientado por Luciano de Faria Brasil, a recomendação, além de ser instrumento de recomposição da legalidade pela via argumentativa e consensual, constitui-se

<sup>20</sup> ALVES, Leonardo Barreto Moreira; BERCLAZ, Márcio Soares. *Ministério Público em ação. Atuação prática jurisdicional e extrajurisdicional*. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 52-53.



também, quando envolvido no polo passivo o Poder Público, em mais um elemento essencial no sistema de freios e contrapesos, limitando o poder e reforçando o arranjo institucional da divisão funcional do Estado.<sup>21</sup>

A recomendação possui natureza jurídica de um ato administrativo discricionário, emanado pelo Ministério Público, que possui caráter orientativo e não coercitivo. Ela é baseada na autonomia funcional do Ministério Público, prevista na Constituição Federal, e tem como finalidade:

[p]ersuadir o destinatário a praticar ou deixar de praticar determinados atos em benefício da melhoria dos serviços públicos e de relevância pública ou do respeito aos interesses, direitos e bens defendidos pela instituição, atuando, assim, como instrumento de prevenção de responsabilidades ou correção de condutas.<sup>22</sup>

A recomendação pode ser dirigida, de maneira preventiva ou corretiva, preliminar ou definitiva, e será dirigida a quem tem o poder, atribuição ou competência para a adoção das medidas recomendadas, ou responsabilidade pela reparação, ou prevenção do dano (artigo 4º, §1º, da Resolução CNMP nº 164/2017).

A eficácia da recomendação reside no seu poder persuasivo. Embora não seja vinculante, a recomendação carrega consigo um peso moral e institucional que estimula o seu cumprimento. O destinatário da recomendação deve avaliar a pertinência e a legalidade das orientações, bem como as consequências caso não as cumpra, tendo em vista que o não cumprimento da recomendação pode levar a medidas adicionais, como a propositura de ações judiciais.

Assim é que, no intuito de evitar a judicialização e fornecer ao destinatário todas as informações úteis à formação de seu convencimento quanto ao atendimento da recomendação, poderá o órgão do Ministério Público, ao expedir a recomendação, indicar as medidas que entende cabíveis, em tese, no caso de desatendimento da recomendação, desde que incluídas em sua esfera de atribuições (§1º do artigo 11 da Resolução CNMP nº 164/2017).

Em suma, a recomendação é um importante instrumento no âmbito do Ministério Público, que permite uma atuação mais célere, eficiente e preventiva na defesa dos direitos e na fiscalização da Administração Pública. Sua natureza jurídica

<sup>21</sup> BONFIM, Gilberto; FARIA, Renato Maia de; BARBOSA, Rodrigo Cesar. *Evidenciação de dolo e má-fé na improbidade administrativa pela recomendação do Ministério Público*. Disponível em: <https://revistas.unibh.br/dcjpg/article/view/3012>. Acesso em: 17.06.2023, p. 197.

<sup>22</sup> BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 164, de 28 de março de 2017*. Disciplina a expedição de recomendações pelo Ministério Público brasileiro. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/imagens/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-164.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2023.

discricionária, seus fundamentos constitucionais e sua eficácia persuasiva contribuem para a promoção da justiça, da legalidade e da efetividade dos direitos tutelados pelo Ministério Público.

#### **4. A recomendação como meio de prova do dolo específico de ato de improbidade administrativa**

Em decorrência das alterações promovidas pela Lei nº 14.230/21, notadamente a exigência do dolo específico para fins de tipificação do ato de improbidade administrativa, tem-se que a prova do dolo se tornou mais complexa, senão impossível de ser realizada em alguns casos.

Sob a égide da redação original da Lei nº 8.429/92, a inicial de improbidade administrativa precisava demonstrar somente o dolo normativo, em outras palavras, demonstrar que foi violado o tipo normativo, considerando que a jurisprudência admitia a tipificação do ato de improbidade administrativa a partir do dolo genérico.

No entanto, atualmente, torna-se indispensável que se demonstre não apenas a existência do ato ilícito, consubstanciado na violação ao disposto nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92, mas também a intenção do agente de praticá-lo e de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outrem.

Atos ilegais, ainda que violem direitos fundamentais, não serão objeto de ação de improbidade administrativa se não houver prova da vontade específica do agente de praticar o ato ilícito e obter o proveito para si ou para outrem.

Nesse sentido, vale destacar que:

Por sua própria natureza, o dolo e a má-fé não podem ser objeto de prova direta. A menos que haja uma confissão por parte do réu, o dolo e a má-fé só poderão ser determinados por uma operação racional, legitimamente realizada pelo julgador, a partir de fatos conhecidos e suficientemente provados.<sup>23</sup>

Não há dúvidas, portanto, que a inclusão do dolo específico diminuiu o núcleo de proteção das condutas protegido pelo diploma normativo que versa sobre a improbidade administrativa, retrocedendo na luta do combate à improbidade administrativa e à corrupção.

E é nesse cenário que se propõe a utilização do instrumento da Recomendação como meio de se comprovar o dolo específico de praticar o ato ilícito previsto nos artigos 9º, 10 ou 11 da Lei nº 8.429/92 em eventual e futura ação por ato de improbidade administrativa.

<sup>23</sup> FERREIRA, Vivian Maria Pereira. *O dolo da improbidade administrativa: uma busca racional pelo elemento subjetivo na violação aos princípios da Administração Pública*. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/80715/77056>. Acesso em: 18 jun. 2023, p. 23.

Assim é que “na seara da defesa do patrimônio público, a recomendação administrativa possui, ao menos, duas funções de extrema importância: a) orientar o administrador inábil e b) revelar a má-fé do gestor ímprobo.”<sup>24</sup>

O festejado doutrinador Emerson Garcia, ainda sob a égide da redação original da Lei nº 8.429/92, já registrava a possibilidade de utilização da Recomendação como forma de se evidenciar o dolo na prática do ato de improbidade administrativa:

No que diz respeito aos efeitos, em múltiplas situações, as recomendações ultrapassam o campo da mera exortação moral, contribuindo para a exata identificação do elemento anímico que direcionou o destinatário em suas ações ou omissões. Exemplo sugestivo pode ser divisado no caso de existir dúvida em relação ao dolo do agente na violação aos princípios regentes da atividade estatal, situação passível de configurar ato de improbidade previsto no art. 11 da Lei nº 8.49/1992: demonstrada a ilicitude do comportamento, mas persistindo o agente adotá-lo, o dolo restará inequivocamente demonstrado.<sup>25</sup>

No mesmo sentido, registra-se o entendimento sufragado pelos doutrinadores Leonardo Barreto Moreira Alces e Márcio Soares Berclaz:

[...] inclusive porque muitas vezes o alerta do Ministério Público sobre determinada situação e a reação do destinatário revelam muito do seu elemento subjetivo (vontade/intenção) de querer manter uma situação irregular ou estar consciente e disposto a mobilizar esforços para resolvê-la, o que pode ser decisivo até mesmo para configurar ou não ato de responsabilidade por improbidade administrativa, na forma da Lei nº 8.429/92, responsabilidade que, embora relacionada à matéria do patrimônio público, pode sempre incidir de modo reflexo quando se quer responsabilização por conta de situações relacionadas a outras áreas de tutela coletiva submetida à proteção e fiscalização do Ministério Público.<sup>26</sup>

<sup>24</sup> BONFIM, Gilberto; FARIA, Renato Maia de; BARBOSA, Rodrigo Cesar. *Evidenciação de dolo e má-fé na improbidade administrativa pela recomendação do Ministério Público*. Disponível em: <https://revistas.unibh.br/dcjpg/article/view/3012>. Acesso em: 18.06.2023, p. 198.

<sup>25</sup> GARCIA, Emerson. *Ministério Público: Organização, atribuições e regime jurídico*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 581.

<sup>26</sup> ALVES, Leonardo Barreto Moreira; BERCLAZ, Márcio Soares. *Ministério Público em ação. Atuação prática jurisdicional e extrajurisdicional*. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 52-53.

Outrossim, com bem lembrado por Marcos Paulo de Souza Miranda, a Recomendação, diante de sua natureza enunciativa de efeitos concretos, não deve ser entendida como mero conselho sem maiores consequências, sendo certo que o seu não atendimento pode gerar medidas a serem adotadas pelo Ministério Público:

a) caracterização de dolo para viabilizar futura responsabilização em sede de ação penal pela prática de condutas que encontram adequação típica na legislação criminal; b) tornar inequívoca a demonstração da consciência da ilicitude do recomendado e impedir que seja invocado o desconhecimento da lei (*ignorantia legis*); c) caracterização do dolo, má-fé ou ciência da irregularidade para viabilizar futuras responsabilizações em sede de ação por improbidade administrativa quando tal elemento for exigido.<sup>27</sup>

À vista disso, uma vez demonstrado ao agente público, a partir da Recomendação expedida pelo Ministério Público, a inadequação de sua conduta aos ditames legais, e que tal fato se enquadraria no disposto nos artigos 9º, 10 ou 11 da Lei nº 8.429/92, resta evidente que o agente, uma vez ciente de tal fato e, optando por manter a conduta inadequada, passa a agir com vontade livre e consciente de praticar o ato ilícito tipificado nos artigos 9º, 10 ou 11 da Lei nº 8.429/92.

[...] sendo o agente público cientificado pelo Ministério Público, por intermédio da recomendação, de que seu comportamento está em desconformidade com a Lei e, em sequência, se negando a cumprir o recomendado, o agente demonstra ter consciência da ilicitude de sua conduta e vontade de violar a norma jurídica, estando formalmente explicitado seu dolo, havendo a subsunção de sua conduta à norma (LIA).<sup>28</sup>

Ademais, uma vez apontado na Recomendação expedida pelo Ministério Público que a conduta ilegal adotada pelo agente público, se mantida, acarretaria benefício de terceiro ou do próprio agente, em detrimento do patrimônio público, mantida a conduta ilegal, igualmente resta comprovada o especial fim de agir previsto nos §§1º e 2º do artigo 11 da Lei nº 8.429/92, incluídos pela Lei nº 14.230/21.

<sup>27</sup> MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. A recomendação administrativa como instrumento extrajudicial de solução de conflitos ambientais. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (Org.). *Temas Atuais do Ministério Público*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 520.

<sup>28</sup> ÁVILA, Thiago André Pierobom de; MARTINS, Teofábio Pereira. *A recomendação ministerial como possível instrumento de delimitação do dolo da improbidade administrativa*. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-49-janeiro-junho-2017/a-recomendacao-ministerial-como-possivel-instrumento-de-delimitacao-do-dolo-da-improbidade-administrativa>. Acesso em: 18 jun. 2023, p. 24.

Assim sendo, uma vez expedida a recomendação dando ciência ao agente público sobre a ilegalidade de sua conduta, de um lado, o dano ao patrimônio público por ela causado e, de outro, o benefício auferido pelo próprio agente público ou terceiro, e optando ele por manter a conduta tida como ilegal e violadora dos preceitos primários dos artigos 9º, 10 ou 11 da Lei nº 8.429/92, o Inquérito Civil que serviu de lastro para a sua expedição será o suporte probatório para a propositura de futura ação de improbidade administrativa:

Posto isto, fica demonstrado que, expedida a recomendação e restando esta descumprida pelo agente público, o dolo da improbidade administrativa, ou seja, o saber e querer praticar o ato ímprobo estará devidamente comprovado, de forma que o procedimento no qual foi expedida a recomendação poderá validamente lastrear o acervo probatório que sustenta a posterior ação civil pública de responsabilização.<sup>29</sup>

Sob o viés prático, podemos citar como exemplo hipótese em que o Município recebe servidores públicos cedidos de outros órgãos, de forma onerosa. Nessa hipótese, o Município cessionário irá ressarcir os cofres do órgão cedente no valor equivalente à remuneração do servidor que lhe foi cedido. Não obstante, o Município cessionário, além de ressarcir o órgão cedente, efetua o pagamento de nova remuneração a esse servidor cedido que, ao fim e ao cabo, terá percebido dupla remuneração: uma pelo órgão cedente e outra pelo órgão cessionário, em contrapartida ao serviço prestado tão somente ao órgão cessionário.

Tal irregularidade evidenciaria verdadeira situação de acumulação ilícita de cargos, vedada pelo artigo 37, XVI, da CRFB/88, sendo certo que o servidor público cedido somente teria a função em um dos órgãos públicos, acarretando enriquecimento ilícito para o servidor público cedido em detrimento de dano ao erário do Município cessionário, que arcaria com o pagamento de dupla remuneração pelo desempenho de uma única função.

Instaurado Inquérito Civil no qual foram reunidos elementos que comprovem que, efetivamente, estaria ocorrendo esse dano ao erário, a expedição de Recomendação pelo Ministério Público na instrução deste Inquérito Civil irá expor a ilegalidade da conduta do agente público administrador que efetua o pagamento em duplicidade e, com isso, causa efetivo dano ao patrimônio público ao permitir e concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente, o que tipifica a conduta de ato de improbidade administrativa previsto no artigo 10, XII, da Lei nº 8.429/92, com a redação dada pela Lei nº 14.230/21.

<sup>29</sup> ÁVILA, Thiago André Pierobom de; MARTINS, Teofábio Pereira. *A recomendação ministerial como possível instrumento de delimitação do dolo da improbidade administrativa*. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-49-janeiro-junho-2017/a-recomendacao-ministerial-como-possivel-instrumento-de-delimitacao-do-dolo-da-improbidade-administrativa>. Acesso em: 18 jun. 2023, p. 25.

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

[...]

XII - *permitir*, facilitar ou *concorrer* para que *terceiro se enriqueça ilicitamente*;<sup>30</sup>

Outrossim, em Recomendação expedida pelo Ministério Público direcionada ao servidor público cedido, irá expor a ilegalidade de sua conduta, considerando a dupla percepção de vencimentos em contrapartida ao exercício de uma única função pública. Assim, a vantagem patrimonial indevida deste servidor público cedido, em razão do exercício de cargo no Poder Executivo, irá gerar o seu enriquecimento ilícito, o que tipifica a conduta de ato de improbidade administrativa prevista no artigo 9º da Lei nº 8.429/92.

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando em *enriquecimento ilícito auferir*, mediante a prática de ato doloso, qualquer tipo de *vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo*, de mandato, de função, de emprego ou de atividade nas entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)<sup>31</sup>

Uma vez cientes da ilicitude de suas condutas, tanto o agente público administrador quanto o servidor público cedido, a partir da Recomendação expedida pelo Ministério Público no bojo de Inquérito Civil, e não adotada qualquer medida por qualquer um deles para que seja cessada a ilegalidade dos atos praticados, restará comprovada a vontade livre e consciente do agente público em permitir que o servidor público cedido enriqueça ilicitamente, tipificando sua conduta no artigo 10, XII, da Lei nº 8.429/92 e, a par e passo, restará patente a vontade livre e consciente do servidor público cedido em obter vantagem patrimonial indevida gerando o seu enriquecimento ilícito, tipificando sua conduta no artigo 9º, *caput*, da Lei nº 8.429/92.

<sup>30</sup> BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*, alterada pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o §4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8429.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm). Acesso em: 18.06.2023. *Grifos nossos*.

<sup>31</sup> BRASIL. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*, alterada pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o §4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8429.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm). Acesso em: 18.06.2023. *Grifos nossos*.

Por outro lado, não havendo a expedição de Recomendação que indique a ilicitude da conduta do agente público administrador e do servidor público cedido, a prova do dolo específico de violar o disposto, respectivamente, no artigo 10, XI e artigo 9º, da Lei nº 8.429/92, restará mais difícil de ser produzida, senão impossível.

Com efeito, somente a partir de outros elementos que conduzam a conclusão de que o administrador, já ciente de que sua conduta era ilegal e se amoldava ao disposto no artigo 10, XII, da Lei nº 8.429/92, assim como do servidor público cedido, em relação ao artigo 9º, *caput*, do mesmo diploma legal, é que seria possível comprovar o dolo específico de ambos agora exigido pelo artigo 1º, §2º, da Lei nº 8.429/92. Essa prova poderia ser obtida se houvesse parecer nesse sentido da Procuradoria ou da Controladoria, ambos do Município, durante a tramitação de procedimento administrativo de cessão do servidor público. No entanto, não havendo, somente a partir da Recomendação é que será possível se extrair o dolo específico da conduta do agente público administrador e do servidor público cedido, considerando que não basta mais a simples violação aos dispositivos legais, precisando haver prova da consciência da ilicitude do agente.

Outrossim, no caso em tela, a mesma Recomendação, ao mesmo tempo em que expõe a ilicitude da conduta dos recomendados, demonstra que a manutenção desta conduta traz benefícios a terceiros – no caso, ao servidor público cedido. Sendo assim, uma vez mantida a conduta ilícita, igualmente restará preenchido e comprovado o requisito previsto nos §§1º e 2º do artigo 11 da Lei nº 8.429/92.

## 5. Conclusão

As inovações legislativas trazidas pela Lei nº 14.230/21, a despeito da justificativa do legislador de trazer maior segurança jurídica, podem ser traduzidas, na realidade, em verdadeiro retrocesso no combate à improbidade administrativa e à corrupção.

Nesse sentido, a configuração de ato de improbidade administrativa restou sobremaneira dificultado, rompendo com a jurisprudência sufragada durante décadas pelas Cortes Superiores.

Para que um ato seja tipificado como improbidade administrativa, a par de sua gravidade, deve restar comprovado o dolo específico do agente público no sentido de conscientemente querer praticar ato que importe em enriquecimento ilícito (artigo 9º), cause prejuízo ao erário (artigo 10) ou atente contra os princípios da Administração Pública (artigo 11).

Para além, deverá restar comprovado que a conduta do agente tinha a finalidade de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outrem (§§1º e 2º do artigo 11).

A produção de prova do dolo específico agora exigido é excepcionalmente difícil de ser produzida, podendo situações que importem em grave prejuízo ao erário restarem impunes.

Nesse sentido é que se propõe a utilização da Recomendação expedida pelo Ministério Público como instrumento eficaz para a comprovação do dolo específico exigido pela atual legislação.

E isso porque se aponta a inadequação da conduta do recomendado e sua possível tipificação em ato de improbidade administrativa. Não sendo adotadas medidas pelo gestor, no sentido de cessar a ilegalidade ou de convencer o Ministério Público do acerto de sua conduta, ficará ele sujeito à propositura de ação de improbidade administrativa, a qual será instruída com o Inquérito Civil no qual expedida a Recomendação.

A partir da Recomendação estará o recomendado ciente da ilegalidade de sua conduta e que esta importa em enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário ou atenta contra os princípios da Administração Pública, gerando benefício para si ou para outrem. Mantida a conduta, a partir da Recomendação, passa o recomendado a agir com a intenção de violar o disposto nos artigos 9º, 10 ou 11 da Lei nº 8.429/92 em benefício próprio ou alheio.

### Referências bibliográficas

ALVES, Leonardo Barreto Moreira; BERCLAZ, Márcio Soares. *Ministério Público em ação. Atuação prática jurisdicional e extrajurisdicional*. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de; MARTINS, Teofábio Pereira. *A recomendação ministerial como possível instrumento de delimitação do dolo da improbidade administrativa*. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-49-janeiro-junho-2017/a-recomendacao-ministerial-como-possivel-instrumento-de-delimitacao-do-dolo-da-improbidade-administrativa>. Acesso em: 18 jun. 2023.

BONFIM, Gilberto; FARIA, Renato Maia de; BARBOSA, Rodrigo Cesar. *Evidenciação de dolo e má-fé na improbidade administrativa pela recomendação do Ministério Público*. Disponível em: <https://revistas.unibh.br/dcjpg/article/view/3012>. Acessos em: 17 e 18 jun. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 164, de 28 de março de 2017*. Disciplina a expedição de recomendações pelo Ministério Público brasileiro. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-164.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992*, alterada pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o §4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8429.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm). Acesso em: 17 jun. 2023.



\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *Recurso Especial 1.512.085/SP*. Constitucional e Administrativo. Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa. Contratações sem concurso público. Ofensa à exigência constitucional e aos princípios que regem a administração pública. Art. 11 da Lei 8.429/1992. Reconhecimento de dolo genérico. Relator: Min. Hermann Benjamin, 2 de agosto de 2016. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 17 jun. 2023.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (1. Seção). *Recurso Especial 1.926.832/TO*. Processual civil e administrativo. Recurso especial representativo da controvérsia. Improbidade. Contratação de servidor temporário. Autorização. Lei local. Dolo. Afastamento. Relator: Min. Gurgel de Faria, 11 de maio de 2022. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 3 jun. 2023.

CAPEZ, Fernando. *O dolo penal na improbidade administrativa*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-09/controversias-juridicas-dolo-penal-improbidade-administrativa>. Acesso em: 17 jun. 2023.

FERNANDES, Jose Carlos. *Considerações sobre a retroatividade da lei mais benéfica no âmbito da Proteção a Probidade Administrativa: impactos da Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, no rol do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, à luz da Constituição da República*. Disponível em: <https://ammp.org.br/consideracoes-sobre-a-retroatividade-da-lei-mais-benefica-no-ambito-da-protecao-a-probidade-administrativa-impactos-da-lei-no-14-230-de-25-de-outubro-de-2021-no-rol-do-art-11-da-lei-de-improbidade/>. Acesso em: 4 jun. 2023.

FERREIRA, Vivian Maria Pereira. *O dolo da improbidade administrativa: uma busca racional pelo elemento subjetivo na violação aos princípios da Administração Pública*. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/80715/77056>. Acesso em: 18 jun. 2023.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público: Organização, atribuições e regime jurídico*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Reforma da Lei de Improbidade Administrativa comentada e comparada: Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. A recomendação administrativa como instrumento extrajudicial de solução de conflitos ambientais. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (org.). *Temas Atuais do Ministério Público*. Salvador: Juspodivm, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa: direito material e processual*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

\_\_\_\_\_. *Comentários à reforma da lei de improbidade administrativa: Lei 14.230, de 25.10.2021 comentado artigo por artigo*. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Sistema de responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa: críticas ao Projeto de Lei do Senado nº 2505/2021*. Disponível em <https://www.anpr.org.br/imprensa/artigos/25560-sistema-de-responsabilizacao-pela-pratica-de-atos-de-improbidade-administrativa-criticas-ao-projeto-de-lei-do-senado-n-2505-2021>. Acesso em: 4 jun. 2023.

SAMPAIO, Melissa Di Lascio; ESTEVES, Suzane Ramos Rosa. *Repercussões da nova lei de improbidade administrativa nos processos administrativos disciplinares: análise doutrinária e das jurisprudências administrativa e pretoriana*. Disponível em <https://revistas.pge.sp.gov.br/index.php/revistapegesp/article/view/1319/1408>. Acesso em: 3 jun. 2023.

# **O Ministério Público como elemento essencial do processo constitucional brasileiro: novas reflexões sobre a legitimidade no mandado de segurança coletivo a partir do julgamento da ADI nº 5693/CE pelo Supremo Tribunal Federal**

*The Prosecutor's Office as an essential element of the Brazilian constitutional process: new reflections on the legitimacy of the collective writ of mandamus after the judgment of ADI 5693/CE by the Brazil's Supreme Court*

Fabício Barbosa Barros\*

## **Sumário**

1. Introdução. 2. A proteção integral da Constituição: proteção do direito objetivo e proteção do direito subjetivo. 3. O papel do mandado de segurança no fechamento de proteção processual da Constituição Federal de 1988. 3.1. O esvaziamento do mandado de segurança coletivo a partir da exclusão da legitimidade do Ministério Público. 4. A ADI nº 5693/CE e o contexto de julgamento para o Supremo Tribunal Federal. 4.1. Análise do julgamento da ADI nº 5693/CE. 4.2. Uma nova chance para a legitimidade do Ministério Público no mandado de segurança coletivo: repercussões a partir das premissas argumentativas na ADI nº 5693/CE. 5. Considerações finais. Referências bibliográficas.

## **Resumo**

O artigo objetiva trazer novas contribuições ao debate sobre a legitimidade do Ministério Público para o mandado de segurança coletivo em face da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 5693/CE. Partindo da premissa de que a proteção integral da Constituição envolve a efetivação dos direitos fundamentais, concluiu-se que a obrigatoriedade da legitimidade do Ministério Público no controle de constitucionalidade abstrato estadual repete-se na legitimidade do mandado de segurança coletivo, exigindo alteração jurisprudencial na matéria. Realizou-se um levantamento qualitativo jurisprudencial sobre o assunto e revisão bibliográfica, com emprego do método dedutivo.

---

\* Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Promotor de Justiça no Estado do Ceará. Assessor do Procurador-Geral de Justiça do Estado do Ceará.

## Abstract

*The article aims to bring new contributions to the debate on the legitimacy of the Prosecutor's Office for the collective writ of mandamus since the decision of the Brazil's Supreme Court in ADI 5693/CE. Starting from the premise that the full protection of the Constitution involves the enforcement of fundamental rights, it was concluded that the mandatory legitimacy of the Prosecutor's Office in the State abstract constitutionality control repeats itself in the legitimacy of the collective writ of mandamus, requiring jurisprudential change in the matter. A qualitative survey of the jurisprudence on the subject and a bibliographic review were carried out, using the deductive method.*

**Palavras-chave:** Ministério Público. Legitimidade. Mandado de Segurança Coletivo. Supremo Tribunal Federal.

**Keywords:** *Prosecutor's Office. Legitimacy. Collective injunction. Brazil's Supreme Court.*

## 1. Introdução

A normatividade constitucional não está presa à textualidade das disposições de uma Constituição. O Legislador não esgota as possibilidades transformadoras que a capacidade normativa de um projeto constitucional oferece, já que é preciso dar seguimento à implementação de suas disposições, por meio de uma tarefa contínua e incessante, o que advém da própria abertura que caracteriza os sistemas constitucionais.

A distância – muitas vezes – percebida entre o expressamente previsto e o que ocorre no mundo real, na rotina das pessoas, exige uma análise da prática constitucional, mesmo porque uma Constituição é voltada para impactar condutas, consolidar experiências bem-sucedidas ou alterar padrões que ficaram ultrapassados. Torna-se, assim, fundamental analisar o processo de construção da jurisprudência constitucional, que é, em última percepção, quem define a funcionalidade das normas constitucionais.

Na geografia brasileira, estudar o comportamento do Supremo Tribunal Federal e as suas formas de compreender e aplicar a Constituição, aferindo informações de suas decisões, consiste em ferramenta imprescindível nesse processo de efetivação constitucional. Isso mostra-se ainda mais necessário, no cenário de um país marcado por profundas desigualdades, em que o acesso aos mais elementares direitos permanece bastante escasso.

Gerar oportunidades para tornar direitos e garantias efetivos, com a mudança de rotas normativas que rejeitam sua aplicação, sem que sejam necessárias rupturas institucionais ou mudanças legislativas, parece ser adequado e temporalmente recomendado. É disso que se trata, quando verificada a limitada prática do mandado de segurança coletivo pelo Supremo Tribunal Federal. Retomam-se aqui os debates

sobre a legitimidade do Ministério Público para o mandado de segurança coletivo, utilizando como justificativas sinalizações argumentativas assimiladas no julgamento da ADI nº 5693/CE.

O texto desenvolve-se a partir da exposição de que a proteção integral e efetiva da Constituição é materializada pela combinação de mecanismos de tutela objetiva de atos normativos e de tutela subjetiva de direitos. Em seguida, foi ressaltada a importância do mandado de segurança para a tutela de direitos no sistema brasileiro e que, mesmo com a previsão constitucional do mandado de segurança coletivo, ocorreu um esvaziamento da funcionalidade do último, com a prática jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Ao final, buscou-se realizar um diálogo com as premissas argumentativas empregadas no julgamento da ADI nº 5693/CE, de modo a reabilitar a vocação funcional do mandado de segurança coletivo, no que se refere à legitimidade do Ministério Público.

Foi utilizado o método dedutivo, mediante análise qualitativa de julgados que tratam da relação entre o Ministério Público e a legitimidade para ações de defesa constitucional, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, sem prescindir de pesquisa e revisão da produção doutrinária que se dedicou sobre a temática específica do assunto.

## **2. A proteção integral da Constituição: proteção do direito objetivo e proteção do direito subjetivo**

A disponibilização de meios de proteção para a Constituição decorre logicamente da sua posição de superioridade no ordenamento jurídico. Apontar uma superioridade jurídica para o texto constitucional, sem que existam mecanismos que façam prevalecer seus conteúdos, revelaria pouco significado prático.

A integralidade da proteção da Constituição não se limita ao trabalho de controle de atos normativos, mas também de satisfação concreta de suas disposições, sobretudo aquelas que compõem o núcleo essencial da pessoa humana, representado pelos direitos fundamentais. Perseguir e concretizar esses objetivos é fundamental para atender aos valores democráticos e do pluralismo. Não há Constituição sem direitos fundamentais, uma vez que sem direitos fundamentais não há povo soberano. (AUSINA, 2008, p. 75)

Por isso, ao procurar compreender as formas de proteção constitucional, entende-se aqui importante entendê-las de acordo com as finalidades dessa proteção, na medida em que critérios formais ou orgânicos não guardam relação direta com uma perspectiva assecuratória do texto constitucional. A tendência da progressividade na tutela de direitos fundamentais realça que a proteção de direitos, a partir da divisão entre o controle de constitucionalidade de atos normativos e o controle de constitucionalidade das relações que decorrem da aplicação de atos normativos, é o principal referencial na análise da efetividade dos sistemas de proteção constitucional (ROLLA, 2006, p. 104). Toma-se em conta a proteção dos direitos fundamentais, uma lógica objetiva e indireta, com o direcionamento do controle para os atos normativos,

enquanto uma proteção subjetiva e direta, na projeção do controle para as relações concretamente estabelecidas a partir de uma incidência normativa.

A associação dessas modalidades de exercício de proteção constitucional deixa evidente que estabelecem uma racionalidade de complementariedade e de preenchimento de lacunas protetivas que eventualmente surjam no interior de um sistema constitucional. Essa relação possui destaque, na medida em que acaba por construir pontes entre os meios processuais que se destinam a assegurar a máxima juridicidade da Constituição. Não há por que falar, portanto, em cisão ou tratamento paralelo dos institutos de proteção da Constituição. A tarefa de revelar as ligações funcionais de proteção processual aponta para uma melhor compreensão do sistema de tutela constitucional, fornecendo elementos de reforço mútuo aos institutos e superando possíveis contradições.

Identificar e desenvolver essa aproximação por meio da exploração dos potenciais e efetivos resultados de combinações processuais auxilia na funcionalidade de efetivação constitucional. A complementariedade da proteção objetiva e subjetiva da Constituição está aqui representada em aspectos da relação entre a ação direta de inconstitucionalidade e o mandado de segurança coletivo.

### **3. O papel do mandado de segurança no fechamento de proteção processual da Constituição Federal de 1988**

Se os direitos fundamentais possuem papel central na efetivação das pautas jurídicas estabelecidas por um regime constitucional, a verdadeira garantia desses direitos reside na proteção processual que lhes é conferida. (ZAMUDIO, 1982, p. 51)

No sistema constitucional de 1988, o mandado de segurança é o meio processual central da proteção de direitos. Isso porque é totalizador e residual, consistindo em verdadeiro instrumento de fechamento de proteção processual constitucional de direitos, pois seu campo de aplicação é amplo e definido a partir dos vazios protetivos dos demais meios de tutela de direitos fundamentais.<sup>1</sup>

O mandado de segurança é produto da necessidade de complementar medidas judiciárias para a proteção de direitos (CAVALCANTI, 1957, p. 25), envolvendo prestações *in natura*, marcadas pelo fornecimento de provimentos jurisdicionais simplificados, rápidos e fruíveis direta e instantaneamente pelo titular do direito violado. De uma perspectiva da efetivação de direitos, o mandado de segurança, ao lado do *habeas corpus*, consiste em uma inquestionável via de atalho processual.<sup>2</sup>

É por isso que prever direitos, sem permitir que sejam efetivados e com impacto direto na rotina das pessoas, perde o seu significado jurídico, consistindo em medida

<sup>1</sup> Artigo 5º, LXIX, da CF: “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por ‘*habeas corpus*’ ou ‘*habeas data*’, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

<sup>2</sup> “Tal qual o mandado de segurança, a ação constitucional de *habeas corpus* é via processual de verdadeiro atalho”. (STF. HC 96787. Relator(a): AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 31/05/2011)

parcial e incompleta, uma vez que é fundamental oferecer possibilidades de sanar – de forma imediata e com presteza – as situações que violem seus conteúdos. Esse registro coincide com as ideias de Mauro Cappelletti (2010, p. 21), quando concebida a chamada jurisdição constitucional das liberdades. Partindo da transcendentalidade dos direitos fundamentais do homem, conforme defende o processualista italiano, é determinante a formação de um processo constitucional adequado para uma efetiva proteção, com estruturas diferenciadas e que produzam efeitos na realidade. Para os direitos fundamentais, uma defesa eficaz, com situações garantidas jurisdicionalmente, é a referência de importância na medição de resultados de um sistema de tutela de direitos, pois são nessas condições que será possível falar na existência de direitos próprios e verdadeiros. (CAPPELLETTI, 2010, p. 21)

Tornar os direitos fundamentais reais envolve uma natural normatividade, pois, no momento de concretizá-los, estruturas, dimensões e conteúdos são revelados, o que decorre da necessidade de oferecer respostas efetivas aos específicos riscos e danos a que estão sendo submetidos os direitos nas situações apresentadas. Por essa ótica, definir e proteger direitos é um problema fundamentalmente processual, de modo que os instrumentos de proteção devem ser reconhecidos e prestigiados na mesma proporção dos próprios direitos. O surgimento e o desenvolvimento de direitos fundamentais devem vir acompanhados de soluções processuais que lhes assegurem normatividade e efetividade.

Não surpreende, assim, que a Constituição Federal de 1988 tenha sido rica na previsão de instrumentos processuais para a proteção de direitos. No que se refere ao contexto de sua promulgação, já na ambiência da modernidade e da sociedade de massas, cabe aqui registrar a inserção do mandado de segurança coletivo<sup>3</sup> e sua vinculação protetiva com os direitos difusos e coletivos.

Os direitos fundamentais evoluem de acordo com as necessidades do homem ao longo da história. Os impactos tecnológicos atualmente vividos tornaram presente a ideia de direitos fundamentais de terceira geração, vale dizer, direitos de fraternidade ou solidariedade. Esses direitos são marcados pela titularidade coletiva, com implicações transindividuais, e que demandam técnicas diferentes para neutralizar as formas de investida contra seus conteúdos e para a construção de respostas adequadas e suficientes para essa nova realidade (SARLET, 2012, p. 33-35). Constituem exemplos desses direitos fundamentais os direitos ao meio ambiente, ao desenvolvimento, à qualidade de vida, ao patrimônio histórico e à paz, entre outros.

Tudo o que se disse sobre o mandado de segurança, no papel de efetivação dos direitos individuais, vale para o mandado de segurança coletivo, quanto aos direitos difusos e coletivos. São espécies do mesmo instituto, com âmbitos protetivos distintos. Repete-se a relação de dependência e de implicações recíprocas entre direitos e proteção processual, dentro dessas duas dimensões jurídicas. Nem havia

<sup>3</sup> Artigo 5º, LXX, da CF: “o mandado de segurança coletivo por b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados”.

por que ser diferente, já que os direitos individuais, os direitos coletivos e os direitos difusos possuem o mesmo regime jurídico no marco da Constituição Federal de 1988.<sup>4</sup>

### 3.1. O esvaziamento do mandado de segurança coletivo a partir da exclusão da legitimidade do Ministério Público

A incorporação do mandado de segurança coletivo ao arsenal de instrumentos processuais de proteção constitucional de direitos ocorreu no contexto da coletivização da legitimação para agir, assim como precedeu com a ação popular e com a ação civil pública (GRECO FILHO, 1989, p. 167). Essas circunstâncias de origem são importantes para revelar a fratura ocasionada pelo caminho escolhido para o mandado de segurança coletivo, o que acabou por excluí-lo do papel central de desenvolvimento da tutela coletiva, ao contrário do que se verificou com a expansão e a consolidação da ação civil pública.

No início, o mandado de segurança coletivo foi logo saudado como forma processual de proteção de direitos difusos e coletivos, no que se defendeu que o raio de ação fosse alargado para a defesa desses direitos, descartando interpretações restritivas que agissem em sentido contrário ao fortalecimento de uma garantia constitucional. (VELLOSO, 1990, p. 98)

Apesar de importante doutrina entender por um perfil restritivo dos direitos a serem tutelados e pela limitada legitimidade para a deflagração do mandado de segurança coletivo (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2014, p. 135-143), é na prática jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal que as potencialidades do instituto foram suprimidas de forma contínua e progressiva, a ponto de estagnar o desenvolvimento da proteção desempenhada por essa forma de tutela jurisdicional. A Corte Constitucional brasileira, em vários julgados proferidos desde a consagração do instituto no texto de 1988, entendeu que: a legitimidade para a impetração do mandado de segurança coletivo é taxativa e restrita àquelas instituições descritas textualmente no artigo 5, inciso LXX;<sup>5</sup> o Ministério Público não possui legitimidade para impetrar mandado de segurança coletivo, ainda que envolva matéria de defesa da ordem jurídica, por não ser titular do direito envolvido;<sup>6</sup> o mandado de segurança coletivo não abrange a tutela de direitos difusos.<sup>7</sup>

É certo que essas diretrizes jurisprudenciais estão servindo de guia para a aplicação do mandado de segurança coletivo, mas não são definitivas, uma vez que a dinâmica do processo constitucional nunca cessa. O decurso do tempo ou mudanças conjunturais podem mostrar a necessidade de ajustar decisões ou revisar entendimentos, o que é inerente da abertura constitucional e – por sua vez

<sup>4</sup> Artigo 5, §1, da CF: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

<sup>5</sup> (STF. MS 21059. Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 05/09/1990).

<sup>6</sup> (STF. MS 30717 AgR. Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 27/09/2011; MS 33736, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 21/06/2016).

<sup>7</sup> (RE 196184, Relator(a): ELLEN GRACIE, Primeira Turma, julgado em 27/10/2004).



– da jurisdição constitucional, sobretudo em face da função que exercem as Cortes Constitucionais no sistema de proteção constitucional.

Para isso, o Supremo Tribunal Federal deve estar atento para os seus critérios decisórios, ainda que emitidos em outras realidades processuais, pois a proteção constitucional concretiza-se pela análise sistemática dos vários instrumentos que compõem esse sistema de tutela. Aferir diferenças em padrões de julgamento ou identificar similitudes jurídicas em decisões são pressupostos essenciais para o funcionamento eficiente de um sistema de controle de constitucionalidade, o qual deve ser coordenado e assegurar a integridade da superioridade jurídica das normas constitucionais.

O advento da Lei do Mandado de Segurança (Lei nº 12.016/2009), mesmo com previsões restritivas para o mandado de segurança coletivo,<sup>8</sup> não encerra as discussões, na medida em que o debate trata da prevalência de uma perspectiva assecuratória de bases constitucionais,<sup>9</sup> não sujeita a limitações interpretativas e – também – legislativas, com a edição desse ato normativo de 2009.

Ainda que seja detectada sólida e profusa doutrina que prestigia a legitimidade do Ministério Público para o mandado de segurança coletivo (BENJAMIN; ALMEIDA, 2010, p. 9-58; BUENO, 2010, p. 286-287; CUNHA, 2020, p. 730-732; NEVES, 2011, p. 195-196; ZANETI JÚNIOR; BONOMO JÚNIOR, 2019, p. 401-404), enriquecendo o debate e criando condições jurídicas para alteração do cenário jurisprudencial apontado, optou-se por dialogar com o próprio Supremo Tribunal Federal, o que se fez também para denunciar a fragilidade do entendimento vigente na matéria e como uma mudança jurisprudencial é urgente.

Nunca demais lembrar que a implementação de uma Constituição não se dá de forma instantânea, mas por meio de um processo permanente de modelagem das condutas e atos normativos perante os parâmetros constitucionais. Esse movimento de efetivação constitucional, que impõe evoluções e mudanças, está diante de novas possibilidades para a legitimidade do mandado de segurança coletivo, em relação ao Ministério Público, com o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da ADI nº 5693/CE.

<sup>8</sup> Lei nº 12.016/2009: “Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes. Parágrafo único. I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante”.

<sup>9</sup> “Independentemente de a própria lei fixar o conceito de interesse coletivo, é conceito de Direito Constitucional, na medida em que a Carta Política dele faz uso para especificar as espécies de interesses que compete ao Ministério Público defender” (CF, art. 129, III). (RE 213015, Relator(a): NÉRI DA SILVEIRA, Segunda Turma, julgado em 08/04/2002)

#### 4. A ADI nº 5693/CE e o contexto de julgamento para o Supremo Tribunal Federal

O julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5693/CE pelo Supremo Tribunal Federal,<sup>10</sup> proposta pelo Procurador-Geral da República, cuida de discussão sobre a legitimidade do Procurador-Geral de Justiça do Estado do Ceará, chefe do Ministério Público, para questionar leis municipais por ação direta de inconstitucionalidade estadual, perante o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. A partir da interpretação de dispositivos da Constituição do Estado do Ceará,<sup>11</sup> o tribunal local passou a decidir que o Ministério Público não estava legitimado para iniciar essa modalidade de controle de constitucionalidade. A Corte cearense exprimiu o entendimento de que somente os entes que figuram na previsão dos incisos V e VI do artigo 127 da Constituição do Estado do Ceará, os quais tratam das leis e atos normativos municipais, possuem legitimidade para ação direta de inconstitucionalidade de leis municipais em face da Constituição Estadual, excluindo-se os demais legitimados que se encontram nos outros incisos do artigo 127, entre os quais o Ministério Público estadual, na pessoa do Procurador-Geral de Justiça.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> “Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 127, *caput*, III, V e VI, da Constituição do Estado do Ceará. Definição dos legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade, perante o Tribunal de Justiça local, contra lei municipal. Exclusão do rol de legitimados do Procurador-Geral de Justiça. Preliminar de ausência de interesse de agir. Rejeição. Relevância constitucional das funções desempenhadas pelo *Parquet*. Dever do Ministério Público de defesa da integridade do ordenamento jurídico. Supremacia da Constituição. Interpretação histórica e sistemática. Impossibilidade de os Estados-membros recusarem legitimidade ao Procurador-Geral de Justiça para instauração de processo de controle normativo abstrato. Interpretação conforme à Constituição. Procedência. 1. Há, no âmbito do Tribunal de Justiça local, efetiva controvérsia quanto à legitimidade do Procurador-Geral de Justiça para propor ação direta de inconstitucionalidade contra lei municipal, a evidenciar a presença do interesse de agir, na hipótese. 2. A ordem constitucional de 1988 erigiu o Ministério Público à condição de guardião independente da Constituição, defensor dos direitos individuais indisponíveis, difusos e coletivos, protetor da higidez dos atos praticados pelo Poder Público, outorgando-lhe um papel proeminente e indispensável à tutela efetiva do ordenamento jurídico-constitucional. 3. Todas as vezes em que a Constituição dispôs sobre fiscalização normativa abstrata previu como legitimado ativo o Procurador-Geral da República, a demonstrar o papel central desempenhado pelo Ministério Público em referido sistema de controle de constitucionalidade. 4. Ao Ministério Público, por dever de ofício, incumbe a defesa da integridade do sistema normativo, portanto, tem o dever de zelar pela supremacia da Constituição, contestando, pelos meios processuais adequados, os atos do Poder Público com ela conflitantes. 5. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida. Pedido julgado procedente. 6. Fixada a seguinte tese: Os Estados-membros da Federação, no exercício da competência outorgada pela Constituição Federal (art. 25, *caput*, c/c art. 125, § 2º, CF), não podem afastar a legitimidade ativa do Chefe do Ministério Público estadual para propositura de ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça local”. (ADI 5693, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 11/11/2021)

<sup>11</sup> “Art. 127. São partes legítimas para propor a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo estadual, contestado em face desta Constituição, ou por omissão de medida necessária para tornar efetiva norma ou princípio desta Constituição: I – o Governador do Estado; II – a Mesa da Assembleia Legislativa; III – o Procurador-Geral de Justiça; IV – o Defensor-Geral da Defensoria Pública; V – o Prefeito, a Mesa da Câmara ou entidade de classe e organização sindical, se se tratar de lei ou de ato normativo do respectivo Município; VI – os partidos políticos com representação na Assembleia Legislativa, ou, tratando-se de norma municipal, na respectiva Câmara; VII – o Conselho Estadual da Ordem dos Advogados do Brasil; e VIII – organização sindical ou entidade de classe de âmbito estadual ou intermunicipal”.

<sup>12</sup> Entre outros, cf.: AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. TESE DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA SIMETRIA REJEITADA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ. ILEGITIMIDADE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA. AGRAVO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. Trata-se de Agravo Regimental interposto pelo Ministério Público do Estado do Ceará em face da decisão monocrática que extinguiu a ação direta de inconstitucionalidade,

O cenário jurisprudencial no tribunal local originou o acionamento do Procurador-Geral da República,<sup>13</sup> que propôs ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, defendendo, em relação à legitimidade do Ministério Público, que: não é possível excluir a legitimidade de autoridades centrais no funcionamento do controle jurisdicional de constitucionalidade dos atos normativos, pois fragiliza a supremacia da Constituição do Estado do Ceará, diante da função do Ministério Público de defensor da ordem jurídica; o Ministério Público tem a obrigação institucional de promover a ação de inconstitucionalidade; deve ser respeitado o núcleo essencial mínimo do dever de atuação dos legitimados. Com esses argumentos, solicitou que a Corte Suprema declarasse a inconstitucionalidade parcial do artigo 127, *caput*, e incisos III, V e VI da Constituição do Estado do Ceará, sem redução de texto, para que seja afastada a interpretação que exclui a atribuição do Procurador-Geral de Justiça de propor ação direta de inconstitucionalidade contra lei ou ato normativo municipal perante o Tribunal de Justiça local.

#### 4.1. Análise do julgamento da ADI nº 5693/CE

O julgamento da ação direta de inconstitucionalidade produziu uma tese jurisprudencial que proíbe a exclusão do Ministério Público da legitimidade para a ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal local.<sup>14</sup>

O julgamento foi decidido à unanimidade pelos Ministros presentes, de acordo com o voto da Relatora, Ministra Rosa Weber, cujos aspectos essenciais obrigam uma análise crítica, exatamente porque fornecem diretrizes decisórias que criam novas potencialidades para retomar os debates em torno da legitimidade do Ministério Público para o mandado de segurança coletivo.<sup>15</sup>

---

sem resolução de mérito, com fulcro no artigo 267, VI do Código de Processo Civil, por entender que o Representante Ministerial é parte ilegítima para propor Ação Direta de Inconstitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Estadual. 2. O legislador constituinte estadual quando da fixação dos legitimados para o exercício do controle concentrado de constitucionalidade de leis e atos normativos estaduais elencou todos os legitimados apontados nos incisos I, II, III, IV, VII, VIII do artigo 127 da Constituição Estadual. Em contrapartida, limitou a refutação da validade constitucional das leis e atos normativos municipais ao Prefeito, à Mesa da Câmara, ao Partido Político com representação na respectiva Câmara Municipal e às entidades de classe e organizações sindicais, segundo consta nos incisos V, VI e VIII do referido dispositivo. 3. Assim, a legitimidade do Procurador-Geral de Justiça restringe-se à propositura de ação direta visando o controle de constitucionalidade apenas de lei ou ato normativo estadual, contestado em face da própria Constituição Estadual, mas não de lei municipal, valendo ressaltar que o Constituinte Originário deu poderes aos Estados Federados para organizar sua própria justiça, especialmente no que tange ao controle de constitucionalidade, vedando somente a atribuição da legitimidade para agir a um único órgão, segundo artigo 125, §2º, da Carta Magna. 4. Agravo conhecido e desprovido". (TJCE. *AgRg n.º 0031899-28.2010.8.06.0000/50000*. Órgão Especial, Rel. Desembargador Clécio Aguiar Magalhães, j. 22/01/2015)

<sup>13</sup> Petição inicial disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5168612>. Acesso em: 25.10.2022.

<sup>14</sup> Tese: "Os Estados-membros da Federação, no exercício da competência outorgada pela Constituição Federal (art. 25, *caput*, c/c art. 125, § 2º, CF), não podem afastar a legitimidade ativa do Chefe do Ministério Público estadual para propositura de ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça local".

<sup>15</sup> Inteiro teor do julgamento disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=758230887>. Acesso em: 25.10.2022.

Ao discorrer sobre o histórico da ação direta de inconstitucionalidade no direito brasileiro, a decisão aponta que o Ministério Público sempre figurou como legitimado para deflagrar esse tipo de demanda, desempenhando papel central na mecânica de proteção constitucional no sistema nacional.<sup>16</sup> Essa importância histórica do Ministério Público levou o Supremo Tribunal Federal a entender que limitações na forma de agir dessa instituição devem compreender sua relevância e deveres institucionais, os quais também possuem fundamento constitucional, daí por que uma interpretação sistemática da Constituição Federal auxilia na superação da questão discutida.

Assim, mesmo que o texto do artigo 125, parágrafo segundo,<sup>17</sup> permita a limitação na legitimidade para agir na ação direta de inconstitucionalidade perante os tribunais estaduais, as restrições devem ser aferidas também a partir de outros dispositivos que estabelecem obrigações constitucionais para o Ministério Público, em especial a defesa da ordem jurídica,<sup>18</sup> já que “a Constituição Federal, ao impor ao Ministério Público o dever de guarda do ordenamento jurídico-constitucional, atribui a ele os meios para tanto”.<sup>19</sup>

Esse bloco normativo constitucional impede a exclusão do Ministério Público da atuação em instrumento de destacada abrangência e importância para a defesa do ordenamento constitucional. Essa ubiquidade institucional no controle direto de constitucionalidade advém da própria evolução histórica constitucional do assunto, cujos resultados dessa atuação estabeleceram uma vontade do legislador constituinte em conferir para o Ministério Público um verdadeiro dever constitucional, do qual não pode declinar.

Ao inserir, portanto, a defesa da ordem constitucional como obrigação nesse caso específico, credita-se ao Ministério Público o preenchimento das condições necessárias e suficientes para a proteção da Constituição Federal. Não por outro motivo, o Supremo Tribunal Federal afirmou no julgamento que a “análise qualitativa dos legitimados se faz essencial para aferir a conformidade com a Constituição”,<sup>20</sup> de modo que a construção de um sistema de proteção constitucional, no que se refere à legitimação, não está circunscrito a definir quantos deverão exercer esse papel, mas também quem está expressamente qualificado constitucionalmente no texto máximo para encampar uma tarefa destacada, permanente e desafiadora.

Para a Corte Suprema, o Ministério Público figura como elemento essencial do processo constitucional brasileiro, cabendo aqui aferir, na situação específica do mandado de segurança coletivo, os impactos dessa diretriz assecuratória da ordem constitucional brasileira.

<sup>16</sup> Itens 19 a 23 do voto.

<sup>17</sup> “Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão”.

<sup>18</sup> “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

<sup>19</sup> Item 20 do voto da Relatora.

<sup>20</sup> Item 19 do voto.

## **4.2. Uma nova chance para a legitimidade do Ministério Público no mandado de segurança coletivo: repercussões a partir das premissas argumentativas na ADI nº 5693/CE**

Uma análise do percurso argumentativo realizado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 5693/CE, impressiona pelas coincidências jurídicas que foram consideradas naquele acórdão e que também se aplicam ao enfrentamento dos debates em torno da legitimidade do Ministério Público para o mandado de segurança coletivo.

Como já exposto acima, prevalece o entendimento no Supremo Tribunal Federal pela exclusão da legitimidade do Ministério Público para a impetração de mandado de segurança coletivo. Ocorre que essa linha restritiva parte de premissas – em certa medida, abordadas e repelidas no julgamento da ADI nº 5693/CE – de que o texto constitucional, ao disciplinar o assunto no artigo 5, inciso LXX, definiu deliberadamente que os legitimados são dispostos de forma taxativa e limitando o acesso apenas a partidos políticos, organização sindical, entidade de classe e associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano. Para isso, rejeita-se: uma interpretação sistemática do texto constitucional; o histórico papel do Ministério Público na construção e desenvolvimento da tutela coletiva na realidade brasileira; a qualificação jurídica que autoriza o Ministério Público para uma inevitável legitimidade para esse tipo de demanda, com o oferecimento de múltiplos e férteis mecanismos de atuação disponibilizados por um verdadeiro sistema de tutela coletiva.

São exatamente esses mesmos pontos de partida que foram tratados pelo Supremo Tribunal Federal, quando da decisão proferida na ADI nº 5693/CE, cabendo aqui projetar os pontos ali decididos na questão da legitimidade do mandado de segurança coletivo.

Discutir a legitimidade do Ministério Público para o mandado de segurança coletivo apenas com os olhos voltados para o artigo 5º, inciso LXX, é compreender o assunto com uma visão parcial e incompleta, pois necessário também extrair uma conclusão em face da disciplina constitucional do Ministério Público, nos mesmos moldes daqueles que foram considerados na mecânica do controle direto de constitucionalidade dos Estados.

Interpretar isoladamente dispositivos é sujeito a falhas, diante da limitação que lhe é própria. Em um contexto de tutela coletiva, os problemas agravam-se, ao se ignorar a existência de um sistema de tutela coletiva,<sup>21</sup> de concepção direcionada para a adequada e efetiva proteção dos bens relacionados a esse tipo de tutela, com o objetivo de assegurar sua efetividade.<sup>22</sup> É da convivência, coordenação e articulação finalísticas das diversas previsões que disciplinam a tutela coletiva, incluindo-se aquelas de patamar constitucional, que esse sistema é fortalecido e desenvolve-se para permitir abrangência, precisão e força prática.

<sup>21</sup> (REsp n. 1.085.218/RS, relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 15/10/2009, DJe de 6/11/2009.)

<sup>22</sup> (REsp n. 1.925.492/RJ, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 4/5/2021, DJe de 1/7/2021.)

Não há sentido em erigir constitucionalmente o dever do Ministério Público em defender os direitos coletivos e difusos, em um setor da Constituição,<sup>23</sup> e suprimir dessa possibilidade a utilização do mandado de segurança coletivo (ABBOUD, 2016, p. 487-488), enquanto instrumento de vocação máxima para a tutela de direitos no regime constitucional brasileiro. Realizar interpretação constitucional isolada do dispositivo que prevê o mandado de segurança coletivo proporciona uma verdadeira interpretação contraditória e suicida do texto constitucional.

De um ângulo histórico, o Ministério Público sempre esteve presente na construção e desenvolvimento da tutela coletiva na experiência brasileira. Sem deixar de reconhecer o significado precursor da Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65), desde a previsão constante na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei Federal nº 6938/81),<sup>24</sup> antes mesmo da instituição da ação civil pública no leque processual nacional, o Ministério Público figura com destaque na proteção processual coletiva.

Com o ingresso no sistema da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), meio processual por excelência do exercício da tutela coletiva, a centralidade do Ministério Público tornou-se inegável, na medida em que no curso dos seus 23 artigos há 15 referências diretas e nominais ao Ministério Público. Confirmando essa constatação, uma pesquisa patrocinada pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ e realizada pela Sociedade Brasileira de Direito Público, com publicação no ano de 2018 e denominada "Ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva", apontou que "a decantada predominância do Ministério Público, por exemplo, confirmou-se nos resultados da pesquisa, em todas as suas frentes".<sup>25</sup> O levantamento da pesquisa envolveu dados com juízes que atuam nessa temática, entrevistas com operadores do sistema de justiça, além de um banco de dados de 52 mil ações coletivas.

Com esses dados objetivos e concretos, é possível tomar de empréstimo da decisão na ADI nº 5693/CE a ideia de uma análise qualitativa dos legitimados também no âmbito da tutela coletiva. O próprio sistema jurídico qualifica o Ministério Público para o exercício da tutela coletiva, ao habilitá-lo com vários instrumentos para o desempenho dessa elevada missão institucional, tais como o inquérito civil e o poder de requisições de informações,<sup>26</sup> intervenção necessária em todas as demandas coletivas;<sup>27</sup> autorização ao Ministério Público para substituição no polo ativo, nos casos de desistência infundada e abandono da ação;<sup>28</sup> admissão de litisconsórcio entre

<sup>23</sup> Artigo 127, *caput*, e artigo 129, III, ambos da Constituição Federal.

<sup>24</sup> Artigo 14, §1: "Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente".

<sup>25</sup> Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/bitstream/123456789/290/1/Justi%20Pesquisa%20-20Direitos%20e%20Garantias%20Fundamentais%20-%20A%20c3%a7%20c3%b5es%20Coletivas%20no%20Brasil.pdf>, p. 212. Acesso em: 10 de outubro de 2022.

<sup>26</sup> Artigo 8, §1, da Lei n. 7.347/85.

<sup>27</sup> Artigo 5, §1, da Lei n. 7.347/85.

<sup>28</sup> Artigo 5, §3, da Lei n. 7.347/85.

os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados;<sup>29</sup> autorização ao Ministério Público para promover a execução do julgado em substituição, quando não promovida pelo autor da ação civil pública.<sup>30</sup>

Não é estranho à doutrina, portanto, afirmar que não incluir o mandado de segurança coletivo no raio de atuação do Ministério Público possui o condão de reduzir severamente a efetividade desse meio processual no sistema jurídico. (ARENHART; OSNA, 2020, p. 381)

Esse encontro de soluções, em que um julgado do Supremo Tribunal Federal, proferido em sede de ação direta de inconstitucionalidade, possui notória potencialidade para fertilizar o terreno árido para o qual foi empurrado o mandado de segurança coletivo, deve instar a Corte Constitucional brasileira a reexaminar o tratamento jurisprudencial conferido a esse meio de tutela coletiva. A busca de contatos decisórios envolve os pilares da racionalidade de funcionamento de uma Corte que possui como função primordial, por expressa determinação, a guarda da Constituição.<sup>31</sup>

Necessário adicionar ainda o Código de Processo Civil de 2015, pautado pela busca de uniformidade, isonomia, estabilidade e segurança jurídicas.<sup>32</sup> Destaca-se ali o artigo 926 do Código de Processo Civil,<sup>33</sup> cujo conteúdo aponta para um caminho claro no sentido de que as decisões tomadas pelos Tribunais sejam uniformizadas e ofereçam coerência, assegurando estabilidade e segurança jurídicas, associado ao reconhecimento de que os argumentos que fundam essas decisões são referenciais que devem ser seguidos em novos casos. No âmbito da jurisdição constitucional e diante da posição institucional do Supremo Tribunal Federal na garantia da superioridade constitucional, redobrados motivos justificam o esforço de identificar pontos de contato em seus julgamentos para articular e corrigir eventuais discrepâncias que debilitem o sistema.

Em verdade, quando o Supremo Tribunal Federal julga questões constitucionais, a jurisprudência constitucional produzida – e que provem dos posicionamentos tomados – materializa fonte normativa que passa a integrar o ordenamento constitucional (REVORIO, 2009, p. 32-33). Não há sentido em adotar um caminho decisório em sede de ação direta de inconstitucionalidade e posteriormente negá-lo, quando presentes as mesmas condições que decorrem da percepção funcional do sistema de proteção constitucional, para o tratamento do mandado de segurança coletivo.

<sup>29</sup> Artigo 5, §5, da Lei n. 7.347/85.

<sup>30</sup> Artigo 15 da Lei n. 7.347/85.

<sup>31</sup> Artigo 102, *caput*, da CF.

<sup>32</sup> Conferir a exposição de motivos do Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em: 15.10.2022.

<sup>33</sup> “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

## 5. Considerações finais

Se aceitar uma mecânica sistemática para a interpretação constitucional, zelando pela unidade do texto da Constituição, traduz pensamento sem maiores dificuldades, a prática decisória do Supremo Tribunal Federal revela episódios em sentido contrário. Isso torna-se mais grave, quando percebida essa cisão na tarefa de proteção de direitos fundamentais, cujas necessidades de efetivação são imediatas e improrrogáveis.

O isolamento ou a fragmentação da leitura de dispositivos constitucionais não ocorrem apenas no nível da própria fundamentação das decisões judiciais, mas também na falta de compreensão ampla de que o funcionamento dos elementos processuais que compõem o sistema de proteção constitucional deve agir de maneira coordenada e articulada para garantir a integridade do texto constitucional.

A identificação e a correção desses vácuos protetivos são melhor efetuadas com o diálogo entre as próprias decisões do Supremo Tribunal Federal, ainda que proferidas em instrumentos processuais distintos. Isso porque as técnicas argumentativas empregadas devem guardar coerência para evitar contradições e conflitos que comprometam a força normativa das normas constitucionais, sobretudo quando repercutem em matéria de efetivação de direitos. Além disso, esse processo de preenchimento protetivo é de fácil disponibilidade, permitindo a efetivação da normatividade constitucional por meio de uma dinâmica temporalmente curta.

Definir ser essencial o Ministério Público, para a promoção de ações de controle objetivo, e recusar essa mesma presencialidade para o mandado de segurança coletivo é aceitar que a tutela de direitos somente deve ser realizada de forma mediata e indireta, o que é incompatível com o objetivo constitucional de disponibilizar um específico instrumento processual de proteção imediata.

Os direitos fundamentais difusos e coletivos precisam de garantias efetivas e funcionalmente adequadas para desenvolverem-se e proporcionarem resultados práticos, daí por que legitimar o Ministério Público para o mandado de segurança coletivo consiste em etapa imprescindível no longo e incessante caminho para fazê-los efetivos.

## Referências bibliográficas

ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. *Curso de processo civil coletivo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

AUSINA, Rosario Tur. *Garantía de derechos y jurisdicción constitucional*. Valencia: Tirant lo blanch, 2008.

BENJAMIN, Antônio Herman; ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Legitimidade ativa e objeto material no mandado de segurança coletivo*. Revista dos Tribunais, São Paulo, volume 99, n. 895, p. 9-58, maio 2010.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5693*. Relator Min. Rosa Weber. Tribunal Pleno, julgado em 11/11/2021. DJ 18/11/2021. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 out. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *MS 21059*. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno, julgado em 05/09/1990. DJ 19/10/1990. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 out. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *HC 96787*. Relator Min. Ayres Britto. Segunda Turma, julgado em 31/05/2011. DJ 21/11/2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 out. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *MS 30717 AgRg*. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Segunda Turma, julgado em 27/09/2011. DJ 11/10/2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 out. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *MS 33736*. Relator Min. Carmén Lúcia. Segunda Turma, julgado em 21/06/2016. DJ 23/08/2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 out. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE 213015*. Relator Min. Neri da Silveira. Segunda Turma, julgado em 08/04/2002. DJ 24/05/2002. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 out. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE 196184*. Relator Min. Ellen Gracie. Primeira Turma, julgado em 27/10/2004. DJ 18/02/2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 out. 2022.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. *ADI 0031899-28.2010.8.06.0000 AgR*. Relator Desembargador Clécio Aguiar. Órgão especial, julgado em 22/01/2015. Disponível em: <http://www.tjce.jus.br>. Acesso em: 22 out. 2020.

BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança*. 2ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. *La jurisdicción constitucional de la libertad*. Traducción de Hector Fix Zamudio. Lima: Palestra, 2010.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Do mandado de segurança*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957.

CNJ. *Ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva*. 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/bitstream/123456789/290/1/Justi%c3%a7a%20Pesquisa%20-20Direitos%20e%20Garantias%20Fundamentas%20-%20A%c3%a7%20Coletivas%20no%20Brasil.pdf>. Acesso em: 10 de outubro de 2022.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 17ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2020.

GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 36ª ed., atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações constitucionais*. São Paulo: Método, 2011.

REVORIO, Francisco Javier Diaz. *Interpretación constitucional y justicia constitucional*. Mexico: Porrúa, 2009.

ROLLA, Giancarlo. *Garantía de los derechos fundamentales y justicia constitucional*. Mexico: Porrúa, 2006.

SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Versão Eletrônica. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2012.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Do mandado de segurança e institutos afins na Constituição de 1988. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Mandados de segurança e de injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 75-106.

ZAMUDIO, Hector Fix. *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*. México: Civitas, 1982.

ZANETI JÚNIOR, Hermes; BONOMO JÚNIOR, Aylton. *Mandado de segurança individual e coletivo*. Salvador: Juspodivm, 2019.

# Regulação não cooperativa: o modelo regulatório administrativo em ambiente de crise federativa

Fabício Dantas Leite\*

## Sumário

1. Introdução: do modelo norte-americano ao caos centralizador brasileiro. 2. A constante tensão institucional entre regulação e políticas públicas no Estado brasileiro policêntrico. 3. A crise de identidade da regulação no Brasil: descentralização na forma, centralização na essência. 4. Conclusões.

## 1. Introdução: do modelo norte-americano ao caos centralizador brasileiro

A experiência regulatória administrativa descentralizada no Brasil, embora tenha apresentado um tímido desenvolvimento na década de 1930,<sup>1</sup> somente sobrelevou as barreiras teóricas do duradouro estamento jurídico-conceitual construído em torno de um domínio do poder central, em meados da década de 1990.

Ambos os fenômenos, tanto a centralização de poder com conceitos jurídicos estanques e tendentes a dar suporte ao modelo de Estado Unitário quanto o árduo processo de aceitação teórica do modelo de agências reguladoras, com autonomia técnica e pluralidade decisória, foram, à sua maneira, tradução do sistema político-econômico de cada momento histórico e, mais precisamente, da história de formação da própria federação brasileira.

Uma comparação entre a *genealogia federativa* do Estado norte-americano, cujo desenvolvimento da regulação estatal por agências independentes remonta ao início do século passado, e *genealogia patrimonial* do Estado brasileiro, que incentivou, efetivamente, a existência da regulação independente somente no final do século

---

\* Doutorado em andamento em Direito Econômico e Financeiro pela Universidade de São Paulo. Pós-Graduação *lato sensu* (MBP) em Petróleo e Gás na Coppe/UFRJ (2009). Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor da FGV/EBAPE. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Assessor Especial do Secretário de Fazenda e Sócio Sênior de Vinhas e Redenschi Advogados. Membro da Ordem dos Advogados do Brasil Seccional do Rio de Janeiro. Membro da Ordem dos Advogados do Brasil Seccional São Paulo. Representante da Fazenda junto ao Conselho de Contribuintes do Estado do Rio de Janeiro. Membro efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros e membro permanente da Comissão de Direito Financeiro e Tributário.

<sup>1</sup> A doutrina norte-americana das *public utilities*, com o poder regulamentar de certas atividades econômicas nas mãos de entidades descentralizadas e especialidades – *Commissions* –, muito por conta da formação dos técnicos do antigo Departamento Administrativo do Serviço Público – DASP, influenciou a chamada escola renovadora Administração Pública brasileira, dando contornos às regras regulatórias que iriam povoar o sistema regulatório da época, em especial, o Código de Águas de 1934 e, inclusive, dispositivos da própria Constituição de 1934. Para um maior aprofundamento do tema, sugerimos, por todos: TÁCITO, Caio. “Presença norte-americana no direito administrativo brasileiro”. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fórum, Vol. 129, jul./set. 1977, p. 21-33.

passado, evidencia que o estágio de sofisticação entre os sistemas norte-americano e brasileiro sofre distância proporcional aos anos que os separam.

Enquanto nos Estados Unidos, logo após a independência americana, a primeira reação à influência colonial inglesa foi a aversão aos mecanismos da Coroa, em especial, ao controle rigoroso da economia, no Brasil, o caminho foi inverso. Mesmo após a independência, “a antiga antinomia Metr3pole-Col3nia persistia, com novos quadros, na nova antinomia Estado-Naça3o”.<sup>2</sup>

Isto se reflete na regulaça3o estatal. Nos Estados Unidos, a teoria da regulaça3o independente se estabelece, de forma gradual, a partir da realidade f3tica do mercado,<sup>3</sup> ganhando força e, por via de consequ3ncia, legitimidade social, como sistema de superaça3o das dificuldades decorrentes da evoluça3o da fixaça3o de preç3os.<sup>4</sup>

A regulaça3o estatal brasileira, por sua vez, surge a *f3rceps*, invadindo uma seara conceitual r3gida e estaiada a uma matriz francesa calcada na figura do Chefe do Poder Executivo, j3 dissociada completamente da realidade econ3mica do final do s3culo passado, que evidenciava a *crise do Estado-Administraça3o*.<sup>5</sup>

Aparece, portanto, *intrusa* a um direito administrativo confort3vel com seus dogmas cl3ssicos, ainda que in3teis para auxiliar no inexor3vel problema pol3tico de

<sup>2</sup> FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: Formaça3o do patronato pol3tico brasileiro*. 5ª ed., S3o Paulo: Globo, 2012, p. 196.

<sup>3</sup> Interessante notar que uma das primeiras ag3ncias estruturadas para a regulaça3o nos Estados Unidos, criada em 1914, foi a *Federal Trade Commission*, ressaltando uma preocupaça3o antitruste da sociedade americana que surge desde os prim3rdios, com o *Sherman Act* de 1890, e culmina com o *Federal Trade Commission and Clayton Acts* em 1914, quando a atribuiça3o da funça3o reguladora passa de um 3rg3o do Poder Executivo (*Bureau of Corporations*) a uma ag3ncia independente. Sobre a criaça3o da ag3ncia como um marco da pol3tica antitruste norte-americana, suas origens, contexto hist3rico e pol3tico, por todos, citamos o cl3ssico livro do historiador norte-americano Martin J. Sklar, *The corporate reconstruction of american capitalism, 1890-1916: the market, the law, and politics*. Cambridge/New York: Cambridge University Press, 2004.

<sup>4</sup> O direcionamento natural e volunt3rio a um modelo de regulaça3o independente pode ser notado na seguinte passagem do Presidente Woodrow Wilson, no in3cio do s3culo passado: “(...) *to provide tribunals which would distinctly determine what was fair and what was unfair competition; and to supply the business community, not merely with lawyers in the Department of Justice who could cry, ‘Stop!’*, but with men in such tribunals as the *Federal Trade Commission*, who could say, ‘Go on’, who could warn where things were going wrong and assist instead of check.” (In *The Inquiry Papers*. Manuscripts and Archives. New Haven: Yale University Library, (MS 8), p. 154).

<sup>5</sup> “O Estado deixa de empreender e passa a regular e a garantir. N3o 3 mais Estado-Empres3rio nem Estado-de-Bem-Estar, mas Estado-Regulador e/ou Estado-de-Garantia.” (In MOREIRA, Egon Bockman. “Notas sobre o Estado Administrativo: de omiss3o a hiperativo”. *Revista Estudos Institucionais*. Vol. 3, 1, 2017, p. 168)

se redefinir o tamanho e o papel do estado,<sup>6</sup> em um cenário de crise fiscal, causado, em larga medida, por um grau elevado de ineficiência da máquina estatal.<sup>7</sup>

Por outro lado, o direito administrativo anglo-saxão, que teve dificuldades de ser considerado como disciplina autônoma,<sup>8</sup> é construído em função da própria necessidade prática da regulação estatal e, por algum tempo, a ela se limita.<sup>9</sup>

Nos caminhos opostos que trilharam os Estados norte-americano e brasileiro na superação do período colonial, a teoria clássica do direito administrativo foi proporcionalmente aceita por gravitar em função de uma concepção francesa de Estado Unitário. Em ambos os contextos teóricos, no entanto, a regulação administrativa independente exerceu papel relevante.

De um lado, para se tornar a própria justificativa de um direito administrativo nascente, em um ambiente intrinsecamente averso à intervenção estatal. De outro, em uma cultura calcada pela centralização e unidade da “estrutura piramidal napoleônica”,<sup>10</sup> para superar conceitos que até então eram defendidos com a paixão ideológica da imutabilidade.

<sup>6</sup> Luis Carlos Bresser Pereira, em texto publicado em 1998, observava exatamente esta contradição entre os dogmas jurídico-teóricos da época e a necessidade de reforma ou reconstrução do Estado, diante dos contornos econômicos e sociais que se apresentavam e a inoperância administrativa, financeira e, até mesmo, governamental e política, para fazer frente a estes novos desafios: “[a] grande tarefa política dos anos 90 é a reforma ou reconstrução do Estado. (...) A reforma do Estado envolve quatro problemas que, embora interdependentes, podem ser distinguidos: (a) um problema econômico-político – a delimitação do tamanho do Estado; (b) um outro também econômico-político, mas que merece tratamento especial – a redefinição do papel regulador do Estado; (c) um econômico-administrativo – a recuperação da governança ou capacidade financeira e administrativa de implementar as decisões políticas tomadas pelo governo; (d) um político – o aumento da governabilidade ou capacidade política do governo de intermediar interesses, garantir legitimidade e governar”. (In “A reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle”. *Lua Nova revista de cultura e política*. n° 45. São Paulo: CEDEC, 1998, p. 49-50)

<sup>7</sup> Sobre a relação entre crise fiscal e a ineficiência estatal na década de 1990, por todos, vide: ALÉM, Ana Cláudia; GIAMBIAGI, Fábio. “O Ajuste do Governo Central: além das reformas”. *A economia brasileira nos anos 90*. Organizadores Fábio Giambiagi e Maurício Mesquita Moreira. 1ª ed. Rio de Janeiro: BNDES, 1999, p. 85-110.

<sup>8</sup> No final do século XIX, início do século XX, o entendimento predominante era o de que o *rule of law* era incompatível com a dualidade de jurisdição do *droit administratif* francês, muito por influência do professor da Universidade de Oxford, Albert Venn Dicey, cuja obra é considerada uma dos marcos do constitucionalismo anglo-saxão: “*This absence from our language of any satisfactory equivalent for the expression droit administratif is significant; the want of a name arises at bottom from our non-recognition of the thing itself. In England, and in countries which, like the United States, derive their civilization from English sources, the system of administrative law and the very principles on which it rests are in truth unknown*”. (In *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Reprint. Originally published: 8th ed. London: Macmillan, 1915, p. 214)

<sup>9</sup> “*Administrative law is the study of the roles of government agencies in the U.S. legal system, including the relationships between agencies and the other institutions of government – Congress, the Judiciary, and the President*”. (In PIERCE JR., Richard J. *Administrative Law*. Nova York: Foundation Press, 2008, p. 1). Esta visão, de certa forma simplista do alcance da disciplina foi, aos poucos, ampliando-se para abarcar outras relações entre Estado e particulares, como, os contratos administrativos. Sobre o tema, por todos, vide: DAVIS, Kenneth Culp. *Administrative Law*. St. Paul: West Publishing Co., 1951; PARKER, Reginald. *Administrative Law*. Indianapolis: The Bobbs-Merrill Co., Inc., 1952; ADAMS, John Clarke. “Breve exposição sobre o Direito Administrativo Norte-Americano”. Tradução promovida pelo Instituto Brasileiro de Ciências Administrativas. Do original francês publicado na *Revista Internacional de Ciências Administrativas*. Vol XXIII. 1957. n° 4. Disponível em: [bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/18382/17135](http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/18382/17135). Consulta 18 abr. 2018.

<sup>10</sup> GUERRA, Sérgio. “Separação de Poderes, Executivo Unitário, Estado Administrativo”. *Revista Estudos Institucionais*. Vol. 3, 1, 2017, p. 127.

De uma forma ou de outra, a superação de todas as dificuldades conceituais impostas pelo patriarcado ideológico que se arrastava no Brasil desde o final da década de 1930, permitiu que a teoria do direito administrativo se aproximasse da realidade da estrutura econômica brasileira do final do século passado.

Mais do que isto, permitiu, ainda que com significativo atraso, revisar conceitos teóricos, diante dos novos limites e possibilidades constitucionais sobre o papel do Estado na economia. As novas ideias constitucionais desafiavam o direito administrativo a superar o modelo de decisão estatal hierárquico, vertical e binário do Estado Unitário.

O texto constitucional de 1988, especialmente em relação às formas de atuação do Estado na ordem econômica, quase uma década após sua publicação, encontrava, na teoria do direito administrativo, a sustentação teórica de paradigmas revisitados. Processo este que os direitos e garantias fundamentais, por exemplo, já haviam encontrado no direito constitucional desde o início.<sup>11</sup>

A habilidade estatal de encontrar respostas rápidas e eficientes diante da complexidade das relações sociais, moldadas por processos econômicos mais sofisticados e novas tecnologias disruptivas, através da regulação independente, havia ganhado escala principalmente após a Segunda Guerra Mundial<sup>12</sup> e estimulava o direito administrativo a encontrar uma forma mais célere e técnica para regular este feixe interativo dinâmico, com novos atores e em constante mutação. As respostas não estavam mais em paixões e apegos a dogmas construídos. Era necessário inovar.

O Estado Regulador, portanto, surge no Brasil, buscando estruturar formas de se lidar com as imposições de uma realidade econômica e social heterogênea e enredada, não raro, em uma progressão não linear e instável. É relativamente recente e foi conquistando espaço através de uma ruptura dolorosa de modelos teóricos até então dogmáticos.

Já nos Estados Unidos, apesar de consolidado há mais de um século, por lá também sofre contestação. E contestações fortes. Em especial, no campo da ciência política e, agudamente, em momentos de pressão popular, em que começa ser culpada de toda a sorte de problemas genéricos, por exemplo, as falhas do sistema político, as formas de captura pelos interesses de quem deveria regular e as decisões econômicas equivocadas.<sup>13</sup>

A regulação independente passa a ser encarada, principalmente através de lentes populistas, como um elemento do *liberalismo antidemocrático*, que afastaria

<sup>11</sup> Sobre os malefícios entre o descompasso evolutivo do Direito Administrativo e do Direito Constitucional no Brasil, sugerimos, por todos: BAPTISTA, Patrícia; CAPECCHI, Daniel. "Se o Direito Administrativo fica, o Direito Constitucional não passa: perspectivas do direito público contemporâneo sobre uma velha questão". *Revista de Direito da Cidade*, Vol. 08, nº 4. ISSN 2317-7721. p. 1938-1960.

<sup>12</sup> Cf. MOUNK, Yascha. "The undemocratic dilemma". *Journal of democracy*, Vol. 29, N. 2, April, National Endowment for Democracy and Johns Hopkins University Press, 2018, p. 100.

<sup>13</sup> Sobre as críticas ao sistema de regulação independente norte-americano, por todos, vide: MCCRAW, Thomas K. *Prophets of regulation*. Cambridge/London: Harvard University Press, 1984, especialmente o Capítulo 8 ("Regulation Reconsidered"), p. 300-309.

a vontade popular das políticas públicas relevantes.<sup>14</sup> O que era aceito como elo indiscutível da *democracia liberal* enfrenta as críticas de perpetuar a concentração de poder pela elite e de afastar a participação popular em processos decisórios importantes, sob o argumento de serem complexos e técnicos.

Por mais que haja, no plano teórico, um constante movimento pendular em considerar graus mais elevados ou não de eficiência da regulação independente, as recaídas centralizadoras ainda são pontuais e dependentes do momento político, mas vistas como exceção.<sup>15</sup>

Ainda, é distante se pensar em uma defesa da centralização absoluta nos Estados Unidos. E, mais ainda, há um forte movimento liberal de parte expressiva do pensamento acadêmico norte-americano,<sup>16</sup> que reputa como maléfica qualquer forma estruturada de regulação, mesmo que descentralizada e independente, por conta da captura do regulador e da conseqüente diminuição da competitividade. Em momento algum, no entanto, sequer se imaginou a centralização de poder como solução.

No Brasil, muito por conta da nossa forte tradição de verticalização do Poder,<sup>17</sup> o modelo de regulação administrativa está inserido em um ambiente de crise federativa.

As agências reguladoras, tais como concebidas, e que haviam, com maior ou menor desenvoltura, a depender do subsistema regulado, atuado nas últimas duas décadas, ultrapassando as barreiras teóricas iniciais e sobrevivido a, pelo menos, uma grande mudança de orientação política desde o seu surgimento, agora se veem diante de dois grandes desafios em sua relação com o poder central: separar a legítima escolha “Política” de mudança de rumo na atividade regulada, da indesejável interferência “política” na regulação técnica.

Esta questão se torna mais aguda na problemática fronteira entre regulação e políticas públicas, em que a relação da regulação independente com o poder central encontra uma zona cinzenta perigosa e propícia à interferência “política” na regulação técnica.

<sup>14</sup> “The rise of populists who champion illiberal democracy may, in turn, reflect popular dissatisfaction with preexisting systems that suffered from the inverse defect: undemocratic liberalism. Such systems are liberal, yet fail to live up to democracy’s promise to let the people rule. Although they (mostly) respect the rule of law and (largely) protect the rights of minorities, they fail to translate popular preferences into public policy”. (MOUNK, Yascha. Idem.)

<sup>15</sup> Como é o caso, de forma exemplificativa, no campo doutrinário, da *non-delegation doctrine*, utilizada pela Suprema Corte Americana até meados da década de 1930, e, no campo prático, da *Executive Order* nº 12.291, de 17 de fevereiro de 1981, editada no início do Governo Reagan, que passou para um órgão central, o *Office of Management and Budget*, o controle do custo-benefício de decisões de agências com custo superior a US\$ 100 milhões.

<sup>16</sup> A chamada teoria econômica da regulação, cuja origem foi o pensamento liberal da Escola de Chicago, inaugurada por George Joseph Stigler em 1971 e mais adiante desenvolvida por Peltzman, Becker e outros expoentes. Para um aprofundamento maior sobre o tema, vide: MAJONE, Giandomenico. “As transformações do Estado regulador”. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, Vol. 262, jan./abr. 2013, p. 11-43.

<sup>17</sup> “O povo brasileiro, como nação ou nas camadas mais politizadas, não conheceu, nunca, o governo autônomo. [...] O *self-government* não estava nos hábitos e nos costumes, mas nas doutrinas e nas teorias. A tradição fizera-se no regime centralizador, com a herança da monarquia portuguesa, muitas vezes secular. A ordem liberal, com o autonomismo, aparecia como um corpo estranho, trazido pela revolução, importado.” (In FAORO, Raymundo. Ob. cit., p. 65)

O presente artigo visa a mergulhar um pouco nas razões e conseqüências da regulação na ambiência caótica do federalismo brasileiro, especialmente porque, em última análise, envolve a própria crise das instituições democráticas. Quanto maiores os problemas, sejam econômicos ou políticos, maior a tentação de centralização que, ao largo de ser democrática, reflete uma crise de identidade que tensiona permanente as instituições, numa dinâmica perigosa entre o paradoxal movimento de *descentralizar centralizando*.

## 2. A constante tensão institucional entre regulação e políticas públicas no Estado brasileiro policêntrico

O *novo perfil* de intervenção do Estado no Brasil que exigiu uma forma mais rápida para regular complexas relações sociais e econômicas estressou sobremaneira as capacidades institucionais dos organismos do Estado, da forma como concebidas pela visão tradicional da separação funcional de poderes.

Nesse novo contexto social dinâmico, a acepção histórica da clássica divisão tripartite do poder, com centros de poder estanques, não cooperativos e, por vezes, sobrepostos, não mais dá conta de delimitar as funções e o alcance dos poderes do Estado.<sup>18</sup>

Para melhor compreensão do atual cenário brasileiro quanto à relação da regulação, por agências estatais independentes, principalmente no plexo das políticas públicas, é importante investigar quais as influências da conformação do desenho institucional da Administração Pública brasileira, situando o papel das agências reguladoras em nosso modelo de Estado Administrativo.

Na evolução político-institucional brasileira, “podemos afirmar que a ideia de Estado Administrativo foi criada com o intuito de restringir e vigiar os poderes públicos”,<sup>19</sup> em contraposição ao modelo do Executivo Unitário, com regime hierárquico entre os órgãos executivos, e protagonizando uma máquina administrativa caracterizada pela centralização e unidade. Com esta estrutura burocrática “piramidal, napoleônica, isto é, centralizada na figura do Chefe do Poder Executivo (Executivo Unitário) sob a teoria tripartite da separação de poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário)”;<sup>20</sup> o Estado brasileiro unitário viveu o seu apogeu.

<sup>18</sup> A acepção histórica da divisão de poderes já vem sendo questionado há tempos na academia norte-americana. Como afirma Bruce Ackerman: “[a] pesar de sua grandeza, Montesquieu não tinha nenhuma noção sobre partidos políticos, política democrática, desenhos constitucionais modernos, técnicas burocráticas contemporâneas e as ambições específicas do moderno Estado regulatório” (in: “Adeus, Montesquieu”. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, v. 265, p. 13-23, jan./abr. 2014, p. 14). Sobre o tema, vide, ainda: ACKERMAN, Bruce. “The new separation of powers”. *Harvard Law Review*. Vol. 113, n.3, 2000, p. 633-725.

<sup>19</sup> In MOREIRA, Egon Bockmann. “Notas sobre o Estado Administrativo: de omissão a hiperativo”. *Revista Estudos Institucionais*. Vol. 3, 1, 2017, p. 155.

<sup>20</sup> In GUERRA, Sérgio. “Separação de Poderes, Executivo Unitário, Estado Administrativo”. *Revista Estudos Institucionais*. Vol. 3, 1, 2017, p. 127.



Nesse sentido, aos poucos se construiu um “modelo de governança que se denominou Estado Administrativo (*Administrative State*)”,<sup>21</sup> com forte influência norte-americana, em contraponto ao modelo francês do Executivo Unitário.

Em um ambiente econômico de desestatização, ao longo da década de 1990, o Estado Administrativo prospera no Brasil principalmente com a adoção do modelo de regulação descentralizada, através de agências reguladoras, autarquias ditas especiais. As agências reguladoras aparecem, portanto, como necessidade de um *Estado-Administração* em crise.

E também como necessidade de evitar a concentração de poder no Chefe do Executivo, como consequência das interações sociais dinâmicas para trazer para a realidade econômica as decisões que impactam as atividades reguladas.

A existência de agências reguladoras com poderes normativos<sup>22</sup> no ordenamento jurídico pátrio está em linha com a concepção de Estado Policêntrico,<sup>23</sup> no atual cenário da estrutura administrativa brasileira, ou seja, sem uma unidade orgânica e centralizada.

Por outro lado, as escolhas no campo das políticas públicas envolvem um desafio teórico não só adstrito à ciência política. O engajamento do direito,<sup>24</sup> da economia<sup>25</sup> e de outros ramos das ciências sociais têm apresentado resultados notáveis

<sup>21</sup> In ob. cit. p. 128.

<sup>22</sup> Parte significativa da doutrina sustenta a autonomia normativa das agências reguladoras, com base em construção doutrinária da Europa continental *deslegalização* ou *deslegifcação*. “[T]udo concorre para que, pouco a pouco, substitua-se um monopólio legislativo ineficiente por um sistema de comandos normativos descentralizado e polivalente, remanescendo, todavia, com as casas legislativas nacionais, apenas o monopólio da política legislativa, que vem a ser a competência para firmar princípios e baixar as normas gerais, a serem observadas pelas demais fontes intraestatais” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno*: legitimidade: finalidade: eficiência: resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 117). Sobre a recepção do fenômeno da *deslegalização* no ordenamento jurídico nacional, vide: ADI 4568 (salário-mínimo) e AC n° 1193 QO-MC/RJ (Decreto de Licitação da Petrobras). Contra, por todos, vide: BINENBOJM, Gustavo. Ob. cit., p. 292-310, e a polêmica doutrinária em torno da decisão do STF na ADI n° 1193 (Dispositivo da Lei Geral de Telecomunicações que confere à ANATEL poderes para dispor sobre o regime das licitações aplicável ao setor).

<sup>23</sup> “A superação da oposição público/privado se conjuga com a ‘despolitização’ de uma série de funções estatais, levando ao que Jacques CHEVALLIER denomina de ‘ruptura do monolitismo de uma Administração que evolui para a adoção de um modelo *policêntrico*, caracterizado pela coexistência de vários centros de decisão e de responsabilidade” (In ARAGÃO, Alexandre. Ob. cit. p. 134).

<sup>24</sup> Carlos Ari Sunfeld e André Rosilho defendem categoricamente que há razões muitas para se afirmar o valor do Direito nas políticas públicas, de forma que “[o] sucesso da ação governamental – talvez outro nome para política pública –, tanto no plano normativo como no fático, depende, intrinsecamente, do Direito e de variáveis a ele ligadas”. Em primeiro lugar, porque “o DNA das políticas públicas é escrito em códigos jurídicos”. Em segundo lugar, porque, “[o] Direito, além de fornecer a estrutura básica das políticas públicas, também *condiciona seu método de definição* – ou seja, os trâmites processuais e os requisitos procedimentais que guiarão sua execução. Ademais, as normas jurídicas também atribuem a organizações específicas a tarefa de implementá-las, no todo ou em parte.” Por último, apontam os autores como fator de destaque do Direito no debate das políticas públicas o fato de o controle exercido ser de caráter eminentemente jurídico. (In “Direito e Política: dois mundos?”. *Direito da regulação e políticas públicas*. Carlos Ari Sunfeld, organizador... [et al.], São Paulo: Malheiros, 2014, p. 47-49.

<sup>25</sup> Como afirma Gustavo Binenbojm, baseado em conceitos de *behavioral economics*: “Uma das vantagens do método econômico é o uso de dados empíricos e da linguagem matemática, o que torna mais objetivas as discussões e refutáveis as teses defendidas. Assim, além de orientar a política regulatória no sentido da maximização dos resultados pretendidos pela deliberação democrática, a análise econômica presta

para ambos os lados, ou seja, tanto para a ampliação do universo teórico das ciências sociais, como para a concepção e execução das políticas públicas.<sup>26</sup>

Estabelecidas em linhas gerais as premissas de introdução e admissão das agências reguladoras, no Estado Administrativo brasileiro, o problema, principalmente no campo da tensão institucional em aspectos referentes às políticas públicas, tais como definição, implementação, custeio e fiscalização, concentra-se em saber em qual polo situar as agências reguladoras nestas funções e em quais pontos afastar suas decisões independentes para seguir uma diretriz imposta pelo Poder Central. Em outras palavras: *qual a medida da autonomia das agências reguladoras, em um campo tradicionalmente político, mas hoje permeado por critérios técnicos?*

E mais: esta autonomia pode ir de encontro a diretrizes estabelecidas para as políticas públicas? Ou ainda: pode a autoridade reguladora substituir o legitimado democrático para tomar decisões políticas pelo fato de ser dotada de expertise técnica?<sup>27</sup>

A estas questões, com foco na tensão entre escolhas administrativas regulatórias e escolhas Políticas no campo das políticas públicas, nos dedicaremos no tópico que se alinha.

### **3. A crise de identidade da regulação no Brasil: descentralização na forma, centralização na essência**

As escolhas regulatórias, principalmente na esfera normativa, devem não só respeito às escolhas políticas normativas, da qual inclusive sua delegação tira seu fundamento de validade, como também servem para ratificar e proteger estas escolhas políticas, valendo-se da técnica para afastar arbítrios casuísticos. A atividade regulatória, portanto, visa a proteger o ambiente sistêmico na qual está inserida.

---

também a diagnosticar as *falhas de regulação*, assim entendidas aquelas medidas inaptas a alcançar os resultados pretendidos ou cujos efeitos – desejados ou não – sejam contrários a eles”. (In *Poder de polícia, ordenação, regulação*: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 240-241).

<sup>26</sup> Um exemplo interessante é o do prêmio Nobel de economia concedido, em 1986, ao economista norte-americano, James McGill Buchanan Jr., pelos avanços no tema da escolha pública, dando início inclusive a uma teoria econômica da escolha pública, medindo os graus de politização da escolha econômica e seu reflexo nas execuções das políticas públicas. Vide BUCHANAN JR., James M, TULLOCK, Gordon. *The calculus of consent: logical foundations of constitutional democracy* [1962], The Online Library of Liberty. Disponível em: [http://files.libertyfund.org/files/1063/Buchanan\\_0102-03\\_EBk\\_v6.0.pdf](http://files.libertyfund.org/files/1063/Buchanan_0102-03_EBk_v6.0.pdf). Consulta em 17.03.2018.

<sup>27</sup> A expertise técnica absoluta como forma de subclassificação da discricionariedade administrativa não é bem aceita por parte da doutrina. Sérgio Guerra, por exemplo, refuta a ideia de que o exercício de uma expertise técnico-científica das agências seja apta a ensejar uma subespécie específica da *discricionariedade administrativa* a ser denominada de *discricionariedade técnica*. Para o autor: “O termo discricionariedade técnica visa apenas (*sic*) uma limitação jurisdicional do controle do seu exercício, no sentido de evitar que as escolhas técnicas da Administração não sejam substituídas pelas opções técnicas realizadas pelo juiz. Não se identifica no ordenamento nenhum instituto juridicamente aplicável à discricionariedade técnica como uma pseudoespécie da discricionariedade administrativa.” (In “Normatização por entidades reguladoras independentes: uma contribuição para o desafio da tecnicidade”. In: GUERRA, Sérgio (Coord.). *Temas de direito regulatório*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2005, p. 207, *apud* GUERRA, Sérgio. “Poder normativo das agências reguladoras”. *Revista de direito administrativo*, v. 252, p. 158-159).

A regulação administrativa brasileira, entretanto, surgiu com ambições maiores. Não bastou se limitar a uma atitude passiva garantista da lógica sistêmica posta, herdada das origens norte-americanas. Ao revés, perseguiu desde os seus primórdios “objetivos de interesse público, traduzidos em *inputs* extrassistêmicos que são a um só tempo impostos pelo poder público (via políticas públicas) e filtrados e absorvidos por ele (via atividade regulatória)”.<sup>28</sup>

Este é um ponto fundamental na diferenciação entre a regulação administrativa norte-americana, *primordialmente*<sup>29</sup> passiva e garantista, da regulação administrativa brasileira, ativa no sentido de, além da fiscalização, auxiliar na função de *implementação* das políticas públicas.<sup>30</sup>

Este, de certo modo, *ativismo regulatório* brasileiro, apesar de ser, em determinados subsistemas regulados, saudável para a nossa realidade econômica e social, tensiona ainda mais os limites entre as funções de *definição*, política por excelência, da função de *implementação*, que convive com escolhas políticas e escolhas regulatórias.

Diante deste cenário de sobreposição aparente de funções, estabelecer os limites de atuação é fundamental para a própria existência da regulação administrativa. Inclusive porque, por conta da nossa herança hierárquica e vertical, em momentos de choque institucional, o impulso centralizador é muito presente, com o risco de a descentralização regulatória ser mitigada por uma tendência *lógico-histórica*<sup>31</sup> de centralização de poder.

<sup>28</sup> In MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. “Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal”. *Revista eletrônica de direito administro econômico*. Nº 4, Salvador, nov./dez. de 2005/janeiro de 2006, p. 4. Disponível em: [https://direitoepoliticaeconomica.files.wordpress.com/2012/03/redae-4-novembro-2005-floriano\\_azevedo.pdf](https://direitoepoliticaeconomica.files.wordpress.com/2012/03/redae-4-novembro-2005-floriano_azevedo.pdf). Consulta em: 18 mar. 2018.

<sup>29</sup> A expressão *primordialmente* se justifica, porque, como vimos há exemplos de atitudes mais ativas da regulação perante o subsistema econômico regulado, como é o caso, por exemplo, da EO nº 12.291, de 17 de fevereiro de 1981.

<sup>30</sup> Vejamos alguns exemplos, em subsistemas regulatórios de atividades econômicas de alta relevância e complexidade e que antes eram monopólio do Estado: (i) a Lei nº 9.478/97, com modificação introduzida em 2005, pela Lei nº 11.097, destaca como uma das funções precípuas atribuídas à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP a de “*implementar*, em sua esfera de atribuições, a política nacional de petróleo, gás natural e biocombustíveis, contida na política energética nacional, nos termos do Capítulo I desta Lei, com ênfase na garantia do suprimento de derivados de petróleo, gás natural e seus derivados, e de biocombustíveis, em todo o território nacional, e na proteção dos interesses dos consumidores quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos” (art. 8, inciso I. Grifos nossos); (ii) a Lei nº 9.427, através de modificação instituída pela Lei nº 10.848/2004, estabelece para a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL atribuição semelhante: “I - *implementar as políticas e diretrizes do governo federal* para a exploração da energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, expedindo os atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995”; e (iii) a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, por sua vez, criada pela Lei nº 9472, possui a atribuição legal de “I - *implementar*, em sua esfera de atribuições, a política nacional de telecomunicações” (art. 19, inciso I).

<sup>31</sup> Uma das vertentes mais interessantes do movimento lógico-histórico, defendida pelo filósofo russo Pável Kopnin, reside na compreensão de que totalidade do objeto está nos pares dialéticos: todo conhecimento contém visões entre o passado e o futuro, recheadas de angústias, medos, aflições, ousadias, avanços e retrocessos. A compreensão do objeto é mutável de acordo com as necessidades sociais, ao contrário das leis da física: “o mundo objetivo e suas leis interessam ao homem, não por si mesmos, mas enquanto meio de satisfação de determinadas necessidades sociais”. (In KOPNIN, P. V. *A dialética como lógica e teoria do conhecimento*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978, p. 61)

Se, de um lado, o texto constitucional não comporta abertura semântica que permita ao Estado-agente, normativo e regulador, da atividade econômica<sup>32</sup> a possibilidade de substituir o legitimado democraticamente ungido para tomar decisões políticas, de outro, os limites da atuação desta regulação ativa, diante de uma moldura histórica centralizadora, ganham uma complexidade prática, passível de gerar graus de insegurança jurídica, com notórios e péssimos resultados econômicos e sociais.

A regulação brasileira, descentralizada na forma, ainda guarda fortes resquícios centralizadores na sua essência.

Os atos do Estado-agente regulador, normativos ou não, devem se basear em critérios técnicos, mas com o objetivo precípuo de efetivar e defender as decisões a ele imputadas por àqueles a quem cabe democraticamente exercer as escolhas determinantes para a implantação de determinada política pública.

Isto não importa afirmar que há *deficit democrático* na concepção em tese do poder normativo das agências reguladoras,<sup>33</sup> mas sua atuação em concreto pode gerar falhas que se contrapõem ao princípio democrático.

O problema pode ser resumido na seguinte indagação: após a definição de regras e critérios de *implementação* pelo regulador, com base estrita nas *definições* políticas, até que ponto pode o poder central subverter estas regras episodicamente?

Da análise de casos levados recentemente ao Supremo Tribunal Federal que enfrentam essa temática,<sup>34</sup> um se destaca pela sua relevância federativa e econômica.

A definição de critérios para a fixação do preço mínimo de referência do petróleo contrapôs recentemente uma resolução válida e recém-editada pela Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, a um ato posterior e

<sup>32</sup> Cf. Art. 174 da Constituição da República: “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

<sup>33</sup> Sobre o tema, por todos, vide, entre os que defendem a *legitimação pelo procedimento* como forma de superar o *deficit democrático*: SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2002, p. 235; BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 310. Em sentido contrário, negando a legitimação pelo procedimento, mas sustentando não haver *deficit democrático*, vide: JUSTEN FILHO. Agência reguladora e democracia: existe um *deficit democrático* da ‘regulação independente’?. In: *O poder normativo das agências reguladoras*. Alexandre Santos de Aragão, coordenador... [et al.]. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 227-250.

<sup>34</sup> Outro caso interessante resultou na contraposição entre a normatividade legal e a normatividade regulatória, em um processo de apelo popular e midiático: a fosfoetanolamina (a conhecida “pílula do câncer”). O caso deu ensejo à propositura da ADI 5501 MC / DF pela Associação Médica Brasileira – AMB, com pedido de liminar, buscando a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 13.269/2016, que, em breve síntese, autorizava o uso do medicamento fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna, a despeito da inexistência de estudos conclusivos no tocante aos efeitos colaterais em seres humanos, e, portanto, sem a autorização da ANVISA. O Ministro Marco Aurélio concedeu a liminar, enfatizando o papel técnico da agência reguladora, como corolário do princípio da separação de poderes: “Vislumbro, na publicação do diploma combatido, ofensa ao postulado da separação de Poderes. A Constituição incumbiu o Estado, aí incluídos todos os respectivos Poderes, do dever de zelar pela saúde da população. No entanto, considerada a descentralização técnica necessária para a fiscalização de atividades sensíveis, foi criada, nos termos do art. 37, inciso XIX, do Diploma Maior, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, à qual compete, enquanto autarquia vinculada ao Ministério da Saúde, autorizar a distribuição de substâncias químicas (...)”.

episódico do Conselho Nacional de Políticas Energéticas – CNPE, em exemplo que personifica singularmente as contradições do modelo brasileiro.

Em outras palavras, através da interferência do *poder central* na regulação técnica, houve consequências federativas diretas, contrapondo a União, de um lado, a Estados e Municípios produtores, de outro.

Ao longo da Ação Civil Originária nº 2.865, o Estado do Rio de Janeiro sustentou a defasagem dos atuais “critérios para a fixação do preço mínimo do petróleo, produzido mensalmente em cada campo, a ser adotado para fins de cálculo das participações governamentais”, estabelecidos na Portaria ANP nº 206/2000.

Para revisão desses critérios, foi instaurado processo administrativo, junto à ANP. O pleito estava em regular tramitação no interior da agência, em fase de designação de audiência pública, que seria realizada em 10/03/2016.

Antes da realização da audiência e posterior deliberação da referida agência, foi editada a Resolução nº 01, de 20 de janeiro de 2016 do Conselho Nacional de Políticas Energéticas – CNPE, órgão vinculado ao Ministério de Minas e Energias (MME), determinando que a ANP “mantenha a atual sistemática de apuração dos preços mínimos do petróleo, considerados para o efeito do cálculo dos valores a serem pagos a título de *royalties* ou de Participação Especial”.

O Ministro Luiz Fux, relator do caso, proferiu decisão em pedido de tutela antecipada, concluindo que o ato emitido pela CNPE constituiu *indevida intromissão na autonomia e independência funcional da agência reguladora*:

(...) uma indevida intromissão realizada pelo Conselho Nacional de Política Econômica – CNPE nas atribuições autônomas e independentemente asseguradas pela Lei nº 9.478/97 e pelo Decreto nº 2.705/1998 à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP. Como já discorrido no início do presente *decisum*, tais diplomas normativos destinam à ANP a competência para fixação dos valores mínimos, bem como do preço de referência, relativos aos critérios para o cálculo das compensações financeiras.

O papel errático e invasivo do Poder Central, em relação à regulação independente no Brasil, buscou um protagonismo técnico que vai de encontro aos objetivos legais das próprias agências reguladoras.<sup>35</sup> Até porque, na análise da relação

<sup>35</sup> Um exemplo esclarecedor desta situação pode ser encontrado no caso da delimitação entre os regimes público e privado dos portos, em um ambiente normativo então novo – Lei nº 12.815/2013 – que, em última análise, contrapôs o TCU à ANTAQ, em uma questão fundamental para a infraestrutura nacional. O Acórdão TCU nº 989/17 foi resultado de uma Auditoria de Conformidade realizada pelo Tribunal com o objetivo de examinar e avaliar os atos e procedimentos adotados pela extinta Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR), pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) e pelas Autoridades Portuárias para a prorrogação antecipada dos contratos de arrendamentos portuários. Ao longo da fundamentação e das determinações, fica clara a intenção da Corte de impor sua própria metodologia de avaliação da

regulatória, a atuação do Poder Central é sempre parcial, denotando uma *captura da regulação pelo poder concedente*.

Não se pode pretender que a maior autonomia das agências reguladoras sempre prevaleça em campos teóricos complexos. Há, por certo, que se analisar as circunstâncias de cada caso concreto. Vale dizer, não é possível afirmar de forma abstrata e absoluta que a competência regulatória das agências deva sempre prevalecer sobre quaisquer interferências externas nos eventuais embates com os poderes políticos.

Podemos afirmar, entretanto, que, em termos de regulação das políticas públicas, subverter casuisticamente as delegações normativas conferidas por lei às agências reguladoras, cria uma ambiência regulatória de insegurança jurídica, a não recomendar, *a priori*, que haja derrogações de suas competências para atender a interesses políticos transitórios e arbitrários – *interferência “política” na regulação técnica*.

Por outro lado, admitir que, em nível regulatório, haja definições da *Política* da atividade regulada, reflete um *deficit democrático* insuperável, ao retirar do ator político, legitimamente responsável, o papel decisório que a Constituição lhe atribui – *decisão “Política” de mudança de rumo na atividade regulada*.

Não raro o critério da necessidade de *expertise* técnica é usado para justificar um maior grau de autonomia das agências reguladoras. Diante da dificuldade em se delimitar o conteúdo jurídico de políticas públicas, entretanto, abre-se um leque – maior do que o desejável – de possibilidades para o controle político da regulação pelo órgão ao qual a agência reguladora se vincula.<sup>36</sup>

A discussão apresenta reflexos extrassistêmicos. No campo do controle externo da atividade regulatória, por exemplo, em especial, o realizado pelo Poder Judiciário, cabe-lhe resguardar o seu regular exercício, como forma de se efetivar as políticas públicas e contra o casuismo e o arbítrio, em prol da segurança jurídica.

E, em sentido diverso, limitar as eventuais ultrapassagens dos limites legais da autonomia das agências, em busca de uma estabilidade regulatória fundamental para dar certeza, segurança e previsibilidade normativas em um campo dominado por vultosos e estratégicos investimentos, tanto públicos como privados.

#### 4. Conclusão

A regulação administrativa no Brasil, descentralizada na forma, ainda guarda, em sua essência, fortes resquícios centralizadores.

A matriz norte-americana, que sem dúvida alguma foi exemplo para o avanço da regulação brasileira da década de 1990, apesar de ter influenciado um novo modelo

---

matriz de planejamento e de fiscalização, a despeito da existência de normativas da agência reguladora, com delegação legislativa e especialização técnica para decidir questões acerca do cálculo de eficiência dos modais portuários (Resolução ANTAQ nº 3.220/2014 e Resolução ANTAQ nº 4.877/2016).

<sup>36</sup> Cf. KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Tratado de direito administrativo: funções administrativas do Estado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014 (*Tratado de direito administrativo*: v. 4, Maria Sylvania Zanella Di Pietro, coordenadora), p. 662.

teórico descentralizado, dialógico, célere e técnico de regular atividades econômicas de alta complexidade, em campos dotados de alta especialização e necessidade de investimentos, encontra hoje barreiras históricas cunhadas na própria genealogia do Estado brasileiro: patrimonialista, centralizador, hierárquico e vertical.

A crise de identidade regulatória, muito mais do que um simples jogo de poder entre centralização e descentralização, apresenta resultados nefastos para setores importantes da infraestrutura nacional, como o setor energético, o setor de transportes e o setor de telecomunicações. Os múltiplos centros de poder trazem insegurança jurídica a setores que precisam do maior grau de previsibilidade possível para mitigar o risco regulatório em uma matriz de investimento de longo prazo.

No campo das políticas públicas, em que se admite uma postura mais ativa da regulação administrativa, em especial, na função de *implementação*, esta zona de aparente sobreposição das esferas central e setorial apresenta-se mais aguda. Em épocas de crise institucional então, o impulso da solução centralizadora surge como uma tendência *lógico-histórica* da genealogia do estado patrimonialista.

A crise regulatória brasileira, portanto, decorre desta ambivalência regulatória, com ímpeto centralizador. E, acima de tudo, decorre da *interferência "política" na regulação técnica*, de forma casuística e tendenciosa.

Mudar velhos hábitos reivindica um processo aflitivo. Pressupõe reviver o passado, duvidar de certezas e, acima de tudo, apostar nas incertezas de um novo cenário. Porém, sem este processo dinâmico, os erros inerciais tendem a perpetuar estruturas teóricas completamente dissonantes de uma sociedade plural, heterogênea e disruptiva.





# Deontologia Tributária<sup>1</sup>

Ives Gandra\*

## I. O fato fundamental da teoria do dever

A essência da lei natural-moral, como afirma Messner, é dirigir o homem à plenitude de sua natureza, o que vale dizer, ao seu verdadeiro ser.<sup>2</sup>

Não sendo a conduta moral, para ele, uma necessidade fatal, mas decorrência de sua autodeterminação, o que pode, evidentemente, no convívio social, ordenar-se para a sua plena realização ou para a gradual corrupção e extermínio.

Muito embora o livre exercício da vontade humana pautado pela moralidade não decorra de uma tendência irreversível, há algo que o vincula à busca dessa plenitude. Quando age contra ela, o homem experimenta a sensação de transgredir o imperativo de consciência, de incorrer em violação, pelo menos durante certo período. Mesmo quando o hábito de violentar a consciência a amortece, fazendo-o perder a sensibilidade, essa tendência subsiste, independente dos aspectos positivos ou negativos que a afetam. Kant (1788) afirma que “a consciência de uma livre submissão à não violação à lei” liga-se “a uma coação inevitável”.<sup>3</sup>

Messner, por essa razão, considera tratar-se de uma necessidade que é “simultaneamente, condicional e condicionada”, porque depende, da mesma forma, da autodeterminação e da procura da plenitude da natureza. Para mostrar que a plenitude da natureza não tolera senão um agir conforme a lei natural, argumenta que basta uma infração à lei natural para que o homem perca sua plenitude e passe a agir de uma maneira infra-humana.<sup>4</sup>

Por essa razão, a necessidade da consciência, como imanente, é uma necessidade de “dever ser” e não de coação, de tal maneira que a deontologia vincula,

<sup>1</sup> Texto originalmente publicado na Revista *Bonijuris*, ano 34, edição 674, fev./mar. 2022.

\* Doutor *Honoris Causa* das Universidades de Craiova (Romênia) e das PUCs-Paraná e RS. Catedrático da Universidade do Minho (Portugal). Presidente do Conselho Superior de Direito da Fecomercio – SP. Ex-presidente da Academia Paulista de Letras – APL e do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP. Membro das Academias Brasileira de Filosofia, Paulista de Letras Jurídicas e Brasileira de Letras Jurídicas. Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UniFMU, do CIEE/ estado de São Paulo, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército – ECEME, Superior de Guerra – ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região. Professor honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasilii Goldis (Romênia).

<sup>2</sup> “E a lei natural dirige o comportamento humano para a reta ‘ordem do amor’. Isto é, faz com que os fins subjetivos correspondam aos fins objetivos ‘existenciais’, em cuja realização a natureza humana atinge a sua plenitude. E por isso que a lei natural é natureza para os homens” (MESSNER, Johannes. *Ética Social - O Direito do Mundo Moderno*. Tradução Alípio Maia de Castro. São Paulo: Quadrante, s/d, p. 60).

<sup>3</sup> “Yet, at the same time, on another side, namely, as being in itself, is conscious of existing in and being determined by an intelligible order of things; conscious not by virtue of a special intuition of itself, but by virtue of certain dynamical laws which determine its causality in the sensible world” (KANT, Immanuel. *The critique of practical reason*, Great Books, Ed. Britannica, 42:308).

<sup>4</sup> MESSNER. Op. cit., p. 61.

por consequência, o homem à lei natural-moral. E, portanto, a lei natural-moral é um imperativo da natureza.

O pensamento kantiano, entretanto, mesmo reconhecendo essa formulação, faz com que a razão constitua a si mesma como lei moral. Diverge, portanto, da concepção que aceito, segundo a qual todas as leis naturais que regem o universo são preexistentes, sendo, por mera consequência lógica, também preexistente às criaturas, individual ou socialmente consideradas, as leis naturais morais referentes a essa convivência. Nem a razão prática, nem a razão pura criariam um bem, um valor e uma moral objetivos, que apenas poderiam aproximar-se mais ou menos das leis morais naturais, na medida em que a “moral racional” ficasse mais ou menos próxima da “moral natural”.<sup>5</sup>

Como última consequência, a natureza plena do ser humano, que caracteriza a busca de seus fins existenciais verdadeiros, faz com que o bem e o dever, em sua conexão, não estejam formulados de forma negativa, mas positiva, como demonstra o jusfilósofo alemão quando afirma que a lei natural-moral expressa, humanamente, na vedação “não debes roubar”, tem conformação no direito natural da seguinte maneira: “Na tua conduta em relação à propriedade alheia, debes conservar a ordem exigida pela tua natureza”.<sup>6</sup>

Traço essas considerações preambulares para deixar claro que toda a análise jurídica que não se basear em uma formulação de direito natural com o implícito conteúdo de moral e justiça surge, em sua formulação extrínseca, apenas como abstração desligada do fim a que deveria atender.

O permanente conteúdo universal, como exigência fundamental de um conceito de justiça inerente à consecução da plenitude do ser humano, individual e socialmente, não pode prescindir de formulação em que o elemento de menor relevância será o poder capaz de gerar a norma e de fazê-la cumprir, pois o mesmo apenas decorre de toda a norma nascida no âmbito do direito positivo. Reduzir a ciência jurídica a meras indagações sobre a perfeição do veículo imperativo, em que a lei posta se transforma, é, em verdade, retirar a única razão pela qual deve a lei existir, no condicionamento dos comportamentos humanos, individuais ou sociais, qual seja, ordená-los justamente.

Essa é a razão pela qual, na pré-elaboração legislativa, a densidade pertinente aos fatos fundamentais à construção de uma norma não só formalmente correta, mas também estruturalmente justa, e a procura de adequação da lei positiva à lei

---

<sup>5</sup> *“In natural philosophy the principles of what happens, e. g., the principle of equality of action and reaction in the communication of notion are at the same time laws of nature; for the use of reason there is theoretical and determined by the nature of object.” “The practical rule is always a product of reason, because it prescribes actions as a means to the effect” (KANT. *The critique...* Great Books, 42:297).*

<sup>6</sup> MESSNER. Op. cit., p. 62.

moral natural preexistente, não podem desconsiderar qualquer aspecto que impeça a apreensão da plenitude dos comportamentos naturais, desejáveis e indesejáveis.<sup>7</sup>

Ora, os princípios expostos valem para a ciência jurídica e para o direito instrumentalizado como um todo, o que vale dizer que todos os ramos autônomos, didática ou legalmente, em face das implicações pela Lei Maior apresentadas, como partes desse todo, também são influenciados e devem ser examinados sob essa perspectiva.

Há uma deontologia jurídica geral, assim como uma deontologia jurídico-tributária, apenas plenamente satisfeita à medida que é examinada à luz do dever moral, como imperativo da consciência. E, como decorrência, as violações desse imperativo, mesmo que a forma veiculadora preencha todos os requisitos expressivos das correntes formalistas, não deixam de ser violações. Como no exemplo da bebida, que retira ao ébrio o exercício da plenitude da natureza humana, as normas antinaturais não subsistem, por violentarem as leis morais de convivência e terminam, de uma forma ou de outra, por ser alteradas, mais ou menos, violentamente.<sup>8</sup> É dessa forma, também, no campo tributário.

## II. A percepção básica da deontologia

Há uma lei natural para os animais e outra para os seres humanos, já que, embora as leis naturais biológicas que regem a procriação dos seres vivos se assemelhem, não são idênticas, havendo aqueles que se autorreproduzem, aqueles cuja gestação se faz fora do organismo materno, aqueles em que o macho é o responsável pela fase de incubação.<sup>9</sup>

As leis que regem a reprodução dos seres vivos são naturais, embora seja variada a forma de sua incidência, como diversos são os seres vivos que o planeta abriga.

A consciência, característica fundamental do ser humano, não é detectável nos demais seres. Isso porque a razão é inerente ao homem, único capaz de, por livre determinação, violentar as leis que regem harmonicamente suas relações vitais com base em uma falsa percepção dos fatos, de uma deformação inata ou da fraqueza da vontade em se harmonizar com a plenitude de seu ser.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> "Podríamos, talvez, decir como conclusión, que los preceptos universales e inmutables que expresan lo que hay de permanente en la naturaleza del hombre y reliegan sus conexiones con lo transcendente la religión con los demás hombres la sociabilidad y con el mundo — el señorío sobre las cosas constituyen el contenido de la ley natural" (LEGAZ Y LACAMBRA, L. Derecho natural. In *Gran Enciclopedia RIALP*, v. 7, p. 496).

<sup>8</sup> "Le due molle egoistiche di cui si serve la società per asservire l'individuo ai suoi fini non sono però le sole; ve n'è ancora un'altra che fa appello non al basso egoismo, ma a sentimenti umani più elevati: la morale". Com essas palavras Rudolf von Jhering encerra o livro "Lo scopo nel diritto" (Einaudi Ed., 1972, p. 397).

<sup>9</sup> O cavalo-marinho macho recebe os ovos da fêmea e os incuba em uma bolsa que possui na barriga. Quanto aos *protopterus*, peixes pulmonados arcaicos, "as fêmeas constroem, na lama do fundo do pântano, uma região livre, uma cubeta, na qual depositarão os seus ovinhos. Aos machos cabe a missão de velar por sua descendência, de arejá-la, agitando constantemente a cauda nas suas proximidades, e de protegê-la contra os numerosos predadores" (*Naturama*, Ed. CODE, 1966, v. 1, p. 47).

<sup>10</sup> "A consciência faz parte dos fenômenos especificamente humanos. Poderíamos defini-la como a capacidade instintiva para seguir o resto do sentido irrepitível e único que se esconde em cada situação.

Os seres vivos irracionais aprendem desde cedo que seu esforço físico poderá dar-lhes a segurança natural para sobrevivência e suas aptidões são instintivamente desenvolvidas para a autopreservação. Os seres que dependem da força tendem para o exercício corrente dessa. Os que dependem da velocidade, de igual forma. Os seres irracionais que não desenvolvem suas aptidões natas estão condenados ao extermínio, raramente atingindo a idade adulta.

Da mesma forma, os seres humanos tendem, por naturalmente dotados, à busca da plenitude de seu ser ou dos seus fins existenciais. Isso vale dizer que o homem, ao procurar essa plenitude – à evidência, de complexidade de detecção consideravelmente maior, pela sua própria racionalidade e pela necessidade inata de viver em sociedade – deve lutar, em duplo campo, qual seja, contra as próprias tendências incontroladas, falta de vontade ou busca do hedonismo e contra as imposições sociais, inclusive de natureza legal, que nem sempre facilitam o caminho que lhe dá razão de ser.<sup>11</sup>

O estudioso de história deve sempre ficar perplexo e admirado quando verifica que, nada obstante os fatores criados artificialmente pela razão e pelo livre-arbítrio para sua desestabilização natural, o ser humano sempre aspira a valores maiores, procurando eleger líderes, seguir escolas, seguir situações, idealizar situações, nessa procura, muitas vezes tresloucada, de algo superior.

Os líderes carismáticos do mundo, inclusive aqueles com forte deformação moral, como Hitler, apenas conseguiram exercer tal liderança pela excepcional capacidade de apreender essa tendência inata do ser humano para valores maiores, manipulando-a para identificá-la com suas formulações pessoais.<sup>12</sup>

O detentor do poder de criar leis e de fazê-las de modo a que sejam aplicáveis é exatamente quem mais deve estar voltado para a fenomenologia própria à natural, isto é, inerente ao ser humano. Deve ter a preocupação de fazer a lei natural ser refletida também na lei positiva, de tal maneira que as relações sociais entre os seres humanos sujeitos a sua soberania fluam sem traumas ou desajustes.

Em relação às atividades ilícitas ou disfarçadamente lícitas, não se pode deixar de considerar, em primeiro lugar, se tais atividades, antes de preencherem o campo formal da licitude ou ilicitude no campo jurídico – isto é, antes de serem lícitas ou ilícitas, com base em sua conformação legal positiva – também são lícitas no plano natural-moral.

---

Numa palavra: a consciência é um órgão-sentido” (FRANKL, Victor E. *Psicoterapia e sentido de vida*, Ed. Quadrante, p. 76).

<sup>11</sup> Quando um Estado promulga leis contrárias ao Direito natural violenta a própria dignidade humana, como no caso de Cingapura, em que, se os habitantes tiverem mais filhos do que aqueles permitidos pelo Estado, são punidos. “*Singapore’s disincentives now include limitation of income tax relief to the first three children, restriction of paid maternity leave to the first two pregnancies, an increase in childbirth costs after the first two deliveries, and priority to small families in the allocation of public housing*” (*Population policies and economic development, World Bank Staff Report*, 109:174). Mais grave é a lei de Maharastra, que exige o aborto para a mulher com mais de três filhos (*Twenty ninth day*, USA, Ed. Norton).

<sup>12</sup> O livro de Adolf Hitler, “*Minha luta*”, outro intento não teve senão colocá-lo como modelo para todos os jovens alemães em busca de valores para os quais valeria a pena dar a vida, em total deformação dos verdadeiros valores.

Sempre que o ser humano buscar atividades que saiam do campo que lhe é próprio, ou se identifica com os seres irracionais ou adota soluções de autodestruição. Mesmo que a lei formal considere tais atividades lícitas, são elas ilícitas perante a lei natural, que deve reger o fluxo normal das relações sociais.

A liberdade sexual propugnada por muitos defensores da liberdade absoluta, sem responsabilidade maior – segundo os quais os seres humanos deveriam ter comportamento sexual à maneira de qualquer animal, sem qualquer espécie de compromisso – à evidência, não representa uma evolução do ser humano, mas uma involução, pois o que se defende é a liberdade de retornar à lei da selva.

Poder-se-á falar em liberdade animal, mas tal liberdade não será nunca uma liberdade compatível com o ser humano e com a sua racionalidade “hominal”.<sup>13</sup>

Evidentemente, sempre que um ser homem, a título do exercício dessa “liberdade animal”, se arrogar o direito de impor sua concepção, maquinando consciências e invadindo lares e logradouros públicos com essa forma selvagem de ver as coisas, a liberdade da consciência não será orientada na procura imperativa, deontológica, da plenitude do ser humano. No máximo estará manipulando os desarmados, mais fracos, para a pretensa “plenitude” de um ser animal. De resto, impossível, pois o ser irracional, por não possuir consciência, vive as leis naturais de forma própria à sua irracionalidade.

O que releva perceber é que há comportamentos humanos e comportamentos animais e os que tentam reduzir a conduta humana a uma conduta animal não levam nem à plenitude do ser humano nem à plenitude do ser animal. Essa forma de liberdade, que se opõe à lei natural de ambas as condutas, conduz à autodestruição e ao extermínio.<sup>14</sup>

### III. A norma positiva e a norma natural

Todas as atividades, situações, fatos ou condutas humanas que violem comportamentos sociais tendentes à convivência conforme a lei natural, quando reguladas no plano jurídico formal, retiram legitimidade à imposição da norma.

Muito se tem discutido sobre a essência do estado de direito, na medida em que a concepção formal, que se lhe dá, está vinculada a dois elementos considerados

<sup>13</sup> A expressão foi tirada de um trabalho de José Maria Escrivá de Balaguer y Albás, Doutor em Direito pela Universidade de Madrid e Gran Canciller das Universidades de Navarra (Espanha) e Piura (Peru). O trecho é o seguinte: *“Les explicaba, de um modo quizá poco académico, pero gráfico, que deberíamos instituir otro reino, el hominal, el reino de los humanos: porque la criatura racional posee una inteligencia admirable, chispazo de la sabiduría divina, que le permite razonar por su cuenta”* (Amigos de Dios, RIALP, p. 264-5).

<sup>14</sup> Toynbee, em *“A humanidade e a mãe Terra”* (2ª ed., SP, Zahar, 1962), atribui o enfraquecimento do Império Romano do Ocidente à profunda corrupção reinante, à falta de patriotismo dos senhores da terra, que roubaram o Estado, à devassidão de costumes ao ponto de estar “tão enfraquecido que mesmo um imperador capaz e enérgico (como, por exemplo, Majorian, que governou de 457 a 461) seria incapaz de afastar o destino do Império Ocidental” (p. 407). A lição, todavia, da queda em 476 serviu para o Império Romano do Oriente, sendo que dois de seus imperadores “fizeram decrescer o índice da corrupção pública pela imposição de controle severo sobre a administração das finanças imperiais” (p. 406).

basilares à sua sustentação, a saber: 1) que a lei seja o instrumento absoluto da regência estatal e da consecução de suas finalidades; e 2) o acesso ao poder, dotado de competência para formular a lei, se faça pela escolha direta e livre daqueles que suportam o império do ato legislativo.<sup>15</sup>

Embora, sob o aspecto formal, a concepção seja correta, longe está de esgotar a estrutura fundamental do verdadeiro estado de direito.<sup>16</sup>

A simples utilização do raciocínio lógico não pode eliminar a percepção de leis naturais que regem a convivência social. À medida que o estado de direito é criado segundo uma aceção jurídico-formal, nos estritos limites daquelas fronteiras, mas os detentores do poder se neguem a observar “a natureza natural” de todas as normas legais que apliquem ou criem, estar-se-á, no máximo, perante um estado de direito formal, mas não perante um estado de direito real.<sup>17</sup>

A adesão popular direta ou indireta às lideranças existentes nem por isso representa que sua aquiescência gere a solidez de um estado de direito real.

Era um estado de direito formal aquele que antecedeu a queda da 4ª República Francesa, e não o era aquele que sustentou Hitler, nos anos anteriores à segunda guerra. Não tinha, o governo francês – afastado pelos que levaram De Gaulle ao poder – o apoio popular, e tinha-o Hitler, em seus primeiros anos.

A adesão popular, embora fundamental, não é o único elemento que compõe a essência do estado de direito real, pois é altamente manipulável, como o exemplo de Hitler está a demonstrar. A teoria de Goebbels, de que uma mentira dita de forma universal, que não possa ser contestada de forma universal, passa a ser verdade, define o grau de manipulação que a adesão popular para o acesso ao poder pode sofrer.<sup>18</sup>

O estado de direito ideal é aquele que, no plano formal, se subordina à lei produzida por quem detém o poder por livre e universal escolha e, no plano real, promova a conjunção das leis positivas com as leis naturais. Impossível é obter a plenitude do estado de direito sem ambas as convergências.

É bem verdade que, se o estado de direito real se constitui anteriormente ao estado de direito formal, esse será decorrência natural daquele, como imperativo

<sup>15</sup> Em minha pesquisa “A legitimidade do poder e uma teoria de acesso”, Estudos sobre o amanhã, Ed. Resenha Universitária – no livro “Estudos sobre o Amanhã 2 – 1979, p. 37-50, abordo o tema com maior amplitude.

<sup>16</sup> Leia-se sobre o assunto o pertinente livro de Rafael Gomez Perez, “Represión y libertad”, Ed. Eunsa, 1975, p. 120: “Los sistemas formales para racionalizar el ejercicio de la autoridad política son un tema en sí: un campo en el que no se puede utilizar una mentalidad de numerus clausus. El trabajo por perfeccionar esos sistemas formales puede funcionar, de hecho, como un cierto humanismo, una concepción antropológica. Lo que sucede es que hoy se duda de que eso baste. Si cualquier reflexión sobre estos temas va a pasar al núcleo de fondo — la antropología — se está ante un sistema inequívoco del cansancio de las concepciones antropológicas intermedias. La crisis actual es una crisis que se presenta sobre el sentido último, radical del hombre”.

<sup>17</sup> “A definição de sistema político como uma estrutura que tem a finalidade de tomar decisões políticas legítimas para a sociedade mostra a amplitude a que tem chegado o conceito” (Regimes políticos, Resenha Tributária, 1977, p. 105).

<sup>18</sup> Em meu “O Estado de Direito e o Direito do Estado” (Ed. Bushatsky, 1977 e 2ª ed., Lex Editora, 2006) cuidei da matéria.

lógico da vivência das leis naturais que levam à plenitude do ser humano. O fenômeno inverso, entretanto, não provoca idêntica consequência convergencial.<sup>19</sup>

Para efeitos do presente parecer, tais considerações visam apenas levar a algumas reflexões adicionais.

A primeira delas diz respeito à necessidade, por parte dos que pretendem a conjunção entre as duas facetas do verdadeiro estado de direito, de diagnosticar aquelas atividades que, por serem contrárias às leis naturais, colocam-se fora do campo normativo ideal, devendo ser desestimuladas ou reorientadas para que não venham, como os frutos podres, a apodrecer os demais pelo contágio.

A norma positiva deve ser elaborada com a preocupação fundamental dessa coerência lógica, pois, à medida que a norma positiva violentar a norma natural e passar a servir de padrão manipulador impositivo, a sociedade tenderá a sofrer, por decorrência, a deterioração pertinente a esse tipo de condução, comprometendo a base de sustentação da convivência social permanente, que apenas a norma natural oferece.<sup>20</sup>

A história demonstra, no estudo da queda de todas as civilizações, que o ordenamento jurídico dos períodos decadentes contemplava conjuntos inteiros de leis contrárias à lei natural-moral.

O que impressiona é que todas as atividades contrárias à lei natural, nos períodos históricos de degenerescência civilizacional, eram tidas por lícitas, sem ordenamentos desestimuladores, com o que o próprio ordenamento jurídico implantado e vigente colaborava para o extermínio daquele povo, nação ou civilização.

A percepção dessa realidade é fundamental para entender que, à luz de uma teoria geral da imposição tributária e da função social do tributo, a utilização do instrumental impositivo, à maneira das vacinas autógenas, é possível adequar à lei positiva à lei natural, no desestímulo das atividades contrárias à plenitude social e humana.<sup>21</sup>

#### IV. A jurídica profilaxia autógena

Uma pessoa picada por uma cobra pode salvar-se do envenenamento utilizando soro produzido com substâncias oriundas do próprio veneno. Certas moléstias são

<sup>19</sup> "Analogamente, las instituciones desempeñan en la vida pública el papel de unidades de convivencia que suave e infl exiblemente exigen un determinado proceder a las personas individuales. Entre institución e individuo se entabla de esta forma una simbiosis del mas alto valor comunitario. Llegar a percibilo es fundamental para una recta conciencia política" (BENAVIDES, Leandro. *Política y cambio social*. Pamplona, Eunsa, Eunsa, 1975, p. 97).

<sup>20</sup> "La doctrina del Derecho Natural ha designado por eso al Estado como 'sociedad perfecta' (societas perfectas). Este concepto expresó un rasgo esencial del Estado: y habrá de ser siempre función del Estado la creación de las condiciones para el pleno desarrollo de la naturaleza humana, fundando, favoreciendo y regulando la cooperación social en todos los aspectos" (MESSNER, Johannes. *Ética social, política y económica*, Ed. RIALP, 1967, p. 812).

<sup>21</sup> "No other form of government is to be preferred to democracy because of these infirmities for all other forms of government are subject to the same infirmities, and they are not remediable in other forms of government, whereas remedies can be found for them in political democracy. Their remedy for the incompetence of the rulers in a political democracy is the education of the people for their duties as citizens and as public officials" (ADLER, Mortimer. *Future of democracy*. In *The great ideas of today*, Ed. Britannica, 1978, p. 19).

prevenidas com a utilização de vacina em que os próprios germes, bacilos, vírus e bactérias são inoculados para combatê-las. Algumas vacinas são produzidas, inclusive, não com material colhido dos germes do mesmo tipo existentes no meio ambiente, mas daqueles retirados do próprio doente já infeccionado.<sup>22</sup> Recentemente, viu-se como diversas vacinas produzidas contra o coronavírus foram desenvolvidas com a utilização do vírus vivo ou morto.

A descoberta científica dessas propriedades não representa uma criação do ser humano, mas apenas a aplicação conjunta de uma série de leis naturais, otimizadas pela análise da medicina.

Combater o mal utilizando-se do próprio mal é algo que deflui da observação do universo e das leis naturais que o regem.

Ora, em relação às atividades ilícitas ou indesejáveis ou contrárias às leis naturais-morais, como já se viu no passado, o combate a sua consistência, no plano jurídico, apenas pela mera distinção formal da licitude e da ilicitude, tende somente a representar uma vedação de natureza instrumental, sem consequências práticas tácteis.<sup>23</sup>

O exame do processo legislativo, que leva à objetividade de um combate sério e adequado à ilicitude real, à ilicitude disfarçada ou ilicitude tolerada, não pode encerrar-se na mera proposição de normas proibitivas, vedatórias e responsabilizadoras, sem que se atinja o fulcro essencial, que gera a proliferação de tais atividades. Vedar uma atividade capaz de produzir lucratividade econômica elevada, sem atingir a própria lucratividade, é não a vedar, mas estimulá-la. Isso porque a vedação retira do mercado os menos ousados, permitindo que os mais ousados e os delinquentes por ela se interessem e a administrem.

A vacina médica utiliza-se do próprio mal para curá-lo. A melhor forma de combater a ilicitude não é proibi-la, mas desestimulá-la mediante remédio que a torne tolerável sob o aspecto legal, mas onerosa, afastando os que a exploram marginalmente e retirando parcela substancial dessa lucratividade da mão de seus controladores, para transferi-la ao Estado, que terá melhores condições de gerir e aplicar tal receita em finalidades sociais, que aqueles que apenas objetivam o lucro e que não nutrem qualquer interesse pela sociedade em que vivem.<sup>24</sup>

<sup>22</sup> “As vacinas consistem essencialmente em substâncias biológicas, denominadas antígenos, existindo os provenientes de microrganismos causadores de doenças, que, após tratamento adequado, perdem o seu poder patogênico, mas conservam, pelo menos em parte, o poder de desencadear, no organismo humano (ou animal) em que são inoculados, reações específicas de defesa contra os germens a partir dos quais foram preparados (poder antígeno)” (MOTTA, Loyolla L. Vacina, in *Enciclopédia Verbo*, Lisboa, v. 18, p. 589).

<sup>23</sup> Edvaldo Brito, em conferência apresentada em Quito e intitulada *El ilícito tributario* (28-11-1980), afirma, em uma visão formal e positivista do direito, que “*El Derecho es una realidad cultural, porque es una creación del hombre en la convivencia social*” (p. 1). O Direito Positivo realmente o é. Não o Direito natural, que lhe dá sustentação ou lhe nega permanência no tempo.

<sup>24</sup> Bernardo Ribeiro de Moraes defende tal tratamento, que considera albergado pelo CTN pela “doutrina da consistência econômica da hipótese de incidência fiscal”. “Para o Código aludido, desde que se produzam os efeitos econômicos desenhados pela hipótese de incidência, nasce a obrigação tributária. Assim os atos nulos e anuláveis são também tributários” (*Doutrina e prática do ISS*, Ed. Revista dos Tribunais, p. 128).



À evidência, a lei capaz de tolerar e não considerar ilegais atividades contrárias à lei natural, adaptando-as com instrumental pertinente de controle e desincentivo, não pode ser examinada como se fosse contrária à lei moral, mas como forma de permitir a reversão, pelo direito, de sua expansão.<sup>25</sup> Não se trata de justificar os meios pelos fins, mas de simples tolerância legal, como forma mais eficiente de reconduzir comportamentos ao que é essencial no ser humano.

O rigor que o governo da China continental mantinha sobre o comportamento da sociedade no concernente ao jogo, sexo, drogas etc., permitiu-lhe, no passado, uma evolução moral de maior densidade que a do Ocidente, não obstante a falsa sustentação de sua filosofia marxista, de resto, nesse ponto, absolutamente inaplicada. Isso porque a lei natural independe das teorias e de ideologias, que, como nascem, desaparecem, ao passo que aquela sempre permanece.<sup>26</sup>

O fato a ressaltar, entretanto, é que a magnitude decorrente de um compromisso concreto do povo com a busca de leis naturais, em campos de tal importância, livrou a China, até há alguns anos, da problemática própria da atual decadência de costumes que o Ocidente passou a viver.

É bem verdade que outros problemas impediram que esse país atingisse um conjunto harmônico entre as normas positivas e as naturais concernentes à moral familiar. No entanto, os resultados foram surpreendentemente superiores – de forma especial, em relação à juventude – àqueles obtidos no Ocidente, que abraçou uma liberdade irresponsável em relação à família, às drogas, aos desvios sexuais, à moralidade profissional etc.<sup>27</sup> Já no que diz respeito à limitação de um único filho por casal e à obrigação de abortar para evitar prole numerosa, a legislação positiva feriu os direitos fundamentais da pessoa humana. E a revisão da política fez-se necessária porque o envelhecimento da população reduzia a mão de obra disponível, não substituída por jovens.

Almerindo Lessa, reitor da Universidade Livre de Macau, cujo chanceler era indicado pelo governo da China continental, nos diversos contatos que mantivemos, atestou essa faceta. Da mesma forma, Alberto Xavier e João Luiz

<sup>25</sup> A solução aventada estaria, por outro lado, perfeitamente enquadrada na definição de Direito Natural de Messner: "*Derecho Natural es el orden de las competencias propias del individuo y de las sociedades que tienen su fundamento en la naturaleza humana con las responsabilidades que les son propias*" (*Ética social, política y económica*, p. 343).

<sup>26</sup> O manual lido pelos alunos das escolas russas (*Fundamentado marxismo-leninismo*, Ed. Vitória, 1962) tinha em sua apresentação a seguinte afirmação: "Cada pessoa que assimila solidamente esta concepção do mundo adquire a convicção profunda não somente da justeza da causa operária, mas também da sucessividade histórica da futura vitória do socialismo em todo o mundo". A ditadura sobre o proletariado na Polônia, a repressão sangrenta na Alemanha Oriental, China, Tchecoslováquia, Hungria, Afeganistão, as separações da Iugoslávia, Romênia e violentas divergências entre a China e a Rússia mostraram, entretanto, que, na prática, a teoria era outra. E a derrubada do Muro de Berlim, em que não houve vitória, mas derrota do socialismo, foi a consequência natural.

<sup>27</sup> Adriano Moreira atribui a separação da China do bloco socialista ao fato fundamental de que, "não obstante a larga margem de superioridade dos EUA e da URSS, a China é uma grande potência que não pode presumir-se que se subordine às regras de discussão a que as outras duas se habituaram" (*A Comunidade internacional em mudança*, Resenha Universitária, p. 177).

da Costa André, que lá estiveram para ministrar cursos, antes da abertura para o Ocidente, confirmaram essa realidade.<sup>28</sup>

De modo geral, parece-me, portanto, que os resultados da tolerância podem ser satisfatórios. A minha sugestão reside em reverter o processo de corrosão moral propiciado pelo excessivo exercício da liberdade de agir, mediante a redução de seu interesse econômico. Esse método me parece muito mais adequado à liberdade da consciência – que todos os seres humanos devem ter, mesmo para errar – do que aquele processo de imposição forçada, que a China adota, o qual, embora coerente com a lei natural, fere a liberdade de escolha.

Tornar legalmente lícito, mas oneroso, o que é moralmente ilícito, retirando-lhe todo o interesse econômico para aquele que se aproveitaria da ilicitude, é reduzir substancialmente a capacidade deletéria de um comportamento que implique na corrupção dos valores maiores e naturais do ser humano e da sociedade, o que a mera vedação formal não consegue combater.

## V. A relevância da imposição tributária

Por todo o exposto, resta evidente a relevância do direito tributário como instrumento hábil para permitir a reorientação dos costumes e o combate efetivo àquelas atividades indesejáveis e corrosivas da convivência social.

Entre todos os ramos jurídicos, o direito tributário consiste naquele que mais permite a participação direta do Estado na evolução econômica natural. Sua capacidade reguladora é de intensidade aferível, na medida em que cria o desestímulo à exploração das referidas atividades no aspecto mais sensível aos que a praticam, ou seja, no seu benefício pecuniário.<sup>29</sup>

A imposição tributária, em sua acepção ampla, à evidência, abrange as facetas fiscal, para-fiscal e extra-fiscal, pois, qualquer que seja seu campo próprio de ação e a finalidade da receita obtida para o destino estipulado, o instrumental jurídico existente visualiza essa relação de índole econômica, de participação em determinadas atividades, mesmo que a título de paralelo desenvolvimento social. Ora, por essa perspectiva, um espectro de maior abrangência e um leque de alternativas teleológicas mais amplas implicam, por decorrência, funções também de maior relevo e a necessária aproximação entre a norma positiva e a norma natural, com a potencialidade, inclusive, de que tais normas possam sair da categoria de regras de rejeição social.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> Almerindo Lessa, médico e antropólogo, é autor da clássica obra “Servantropologia das Ilhas Cabo Verde e o homem cabo-verdiano” (Lisboa, Ultramar, 1960). Hoje, a China ultrapassou, de longe, a Rússia, após o desfazimento da URSS.

<sup>29</sup> “Assinale-se, porém, que é o Direito uma ciência una. Estão sempre presentes, no ordenamento jurídico, o interesse social e o interesse dos indivíduos” (VIDIGAL, Geraldo de Camargo. *Teoria Geral do Direito Econômico*, Revista dos Tribunais, 1977, p. 9).

<sup>30</sup> “Urge reconquistarmos o lugar que não nos cabe, no concerto social, como agentes elaboradores da norma jurídica, visto como apenas o jurista, porque conhecedor do sistema jurídico em seu todo e capaz de apresentar a visão global do conjunto social está habituado a prover a preservação dos valores éticos da sociedade” (GRAU, Eros Roberto. *Elementos de Direito Econômico*, Revista dos Tribunais, 1981, p. 13).

Conforme fora mostrado, a excessiva concentração de imposição sobre determinadas atividades e a perspectiva que leva a imposição tributária a não ser apenas a geradora de recursos para as efetivas necessidades estatais, mas também para os seus desperdícios, nem sempre ou quase nunca transforma a norma fiscal em hospedeira da justiça tributária.

A elasticidade maior que se der a sua potencialidade de ação, além de permitir eventual redução da excessiva concentração de carga tributária sobre determinadas áreas – a rigor, exatamente aquelas produtoras de atividades de licitude indiscutível – terminará por influenciar a própria concepção de uma sociedade mais cônica de seus deveres, inclusive o de cumprir suas obrigações essenciais, entre as quais o pagamento do tributo, desde que legítimo e justo.

Esse sentido de justiça da norma tributária é de transcendental relevância para a compreensão da fenomenologia impositiva. Dele decorre a estruturação própria do sistema tributário, que terá de se adequar, em sua formulação obrigacional, de forma a imprimir densidade maior à espécie “sanção” do que àquela pertinente ao tributo, quanto mais distante se coloque dos princípios inerentes a uma desejada política fiscal.<sup>31</sup>

É impossível sustentar qualquer ordenamento jurídico, em uma sociedade que sofre de profundas deficiências, em seus aspectos econômico e social, se ainda for onerada por inadequada imposição tributária que funcione como redutora de suas potencialidades.

Se são importantes todos os ramos jurídicos que contribuem para a convivência social, basta examinar a história para se chegar ao diagnóstico de que aqueles momentos de razoável exuberância econômica coincidiram com os de tensões sociais menores e de adequada imposição tributária não perturbadora do desenvolvimento da produção, circulação e consumo de riquezas, como acentuou Thomas Marky em um brilhante estudo sobre os períodos áureos do Império Romano.<sup>32</sup>

A utilização, portanto, da norma jurídica tributária, valorada pela ciência das finanças e direito financeiro – abastecido o seu conteúdo fático, na economia e no direito econômico, como forma de equilíbrio: para não inibir o desenvolvimento econômico, mas, pelo contrário, incentivá-lo; para não criar tensões sociais, mas reduzi-las; e para reorientar a moralização dos costumes, desestimulando atividades capazes de desestabilização da sociedade em seus valores primeiros – é campo de indagação que, pela pouca literatura a respeito, vale a pena desvendar, já que é manancial inexplorado de soluções alternativas, de relevância ainda hoje insuspeitada.<sup>33</sup>

<sup>31</sup> A primeira recomendação da *X Jornadas del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario* ficou com a seguinte redação: “*Debe distinguirse, por una parte, entre crédito tributario, comprensivo de la obligación de pagar el tributo y prestaciones accesorias; y, por otra, el crédito por concepto de multa o penalidad pecuniaria y sus accesorios*”, concepção não muito distante da que temos apresentado, na linha das espécies do gênero obrigação tributária.

<sup>32</sup> “*O conceito original do tributo no direito romano e sua posterior evolução no principado*”, Ed. Centro de Extensão Universitária/ Resenha Tributária, 1975.

<sup>33</sup> A excessiva formação de paraísos fiscais, após a Segunda Guerra Mundial, decorreu, em parte, dessa pressão abusiva, conforme demonstra Uckmar (La evasión. In *Seis estudios*).

Fala-se, muito, no momento em que os sistemas tributários mundiais se agigantam pela participação do Estado em todas as atividades sociais, na injustiça dos sistemas, mormente nos países de economia capitalista, onde se verifica um choque evidente entre a economia de mercado e a planejada, assim como na injustiça das políticas tributárias vigentes.

Os estudos que vêm à lume, na procura de justiça fiscal pertinente, ou têm visão meramente tributária, segundo a qual essa justiça se faria onerando mais os ganhos derivados do capital e menos aqueles oriundos do trabalho, ou meramente econômica, hipótese em que a tributação excessiva sobre o capital terminaria por desviá-lo de sua capacidade desenvolvimentista com a retração das atividades produtoras, quando não, com a expatriação do próprio capital para nações que melhores condições lhe oferecessem.<sup>34</sup>

A polêmica, entretanto, é colocada em nível apenas de discussão do grau de concentração da imposição tributária nas mesmas áreas de abrangência já conhecidas. Raramente a perspectiva é colocada em nível de distender o campo passível de incidência, para que não se provoquem colapsos setoriais econômicos e sociais. E, quando a indagação se estende a áreas novas, por exemplo, o imposto sobre a densidade imobiliária, com conotações de nítido desestímulo, a própria pertinência da nova área criada sofre contestações múltiplas e variadas.

Estou convencido de que a elasticidade maior que se der às atividades tributáveis, vinculando-as a finalidades inerentes à própria estabilização da sociedade, é a forma das mais justas, necessárias e relevantes para a obtenção de adequada política tributária. Em vez de estudar graus de tributação maior ou menor sobre as áreas conhecidas, deve-se alargar o campo imponente com potencialidade de resultados melhores para a sociedade e para o Estado.<sup>35</sup> Ao direito tributário não repugna o exame desses novos horizontes.

## VI. O direito formal e o direito real

Ao concluir o presente parecer, desejo, pela última vez, encarecer a relevância do estruturalismo jurídico, que não prescinde de uma visão universal da ciência jurídica.

O tridimensionalismo real e o formalismo de Goldsmith compõem-se de uma visão que apreende o direito em uma perspectiva “tripartida, de concepção unitária”, apenas vinculando a função axiológica à formulação própria do direito natural. O fato somente pode ser valorado para a formulação da norma na medida em que

<sup>34</sup> Toynbee narra como Marciano I e Anastácio I reabilitaram as finanças do governo romano do Oriente mediante “rigor administrativo”, fazendo com que “os militares, bem como o tesouro, beneficiassem-se com o exame da malversação dos oficiais encarregados das Finanças do Exército”. A redução da carga tributária levou o benefício aos contribuintes (“*A humanidade e a mãe Terra*” (Zahar), p. 306).

<sup>35</sup> “A moral, porém, vive principalmente na consciência individual; na consciência social apresenta-se como qualquer coisa de amorfo ou no estado difuso (conforme a expressão de Vanni) e não precisa de ser formulada em códigos e leis, como no Direito. Acontece, por isso, que os elementos essenciais da Ética adquirem consistência jurídica” (DELL VECCHIO. *Lições de Filosofia do Direito*, 5ª ed., Coimbra, Armenio Amadio, p. 374).

essa valoração haura suas raízes nas próprias normas preexistentes no direito natural. Valorado o fato, em sua normatização, com base nessa concepção jusnaturalista, à evidência, a tripartição torna-se unitária, pois seus três elementos são compostos em uma visão única.<sup>36</sup>

O estudo da ciência jurídica, por esse prisma, resulta mais coerente, universal e estabilizador dos diversos aspectos convivenciais do homem, pela percepção mais abrangente de toda a fenomenologia fática, adequada e equilibrada, que apenas o cientista do direito pode atingir.

O interessante, entretanto, no que concerne a essa apreensão universalista ou culturalista, é que ela não se choca com a visão formalista. Ela apenas, por ser mais abrangente, admite que a fenomenologia seja regulada de forma a ofertar o ponto de equilíbrio aferidor, que tornará a norma instrumentalmente correta e inteiramente justa.

Todo o esforço que o formalismo jurídico acentuou para a mais escorregia veiculação jurídica é de relevância indiscutível. As divergências que se colocam em uma concepção culturalista e não meramente instrumental são de pequena monta, no mais das vezes resumindo-se menos no conteúdo do instituto e mais à veiculação terminológica.

Kelsen representou um ponto de alta indagação jurídica sobre uma faceta relevante da fenomenologia pertinente à ciência do direito. O grande problema é que reduziu a ciência jurídica ao seu campo instrumental, desvestindo-a de todos os componentes relevantes, sendo que aqueles que o seguiram, por coerência lógica, passaram a atuar em área mais apequenada de indagação.<sup>37</sup>

Criaram-se, por decorrência, preconceitos contra visões mais abrangentes, afastando-se muitos de seus seguidores de todos os que vislumbrassem a possibilidade de indagação também em outras ciências.

Compartimentalizada cada ciência, o jurista formal deixou de perceber o mais elementar da realidade científica: que as ciências humanas são autônomas, por criação conceitual, mas profundamente interligadas. A independência científica, no campo das ciências humanas é uma categoria instrumental para efeitos de sua percepção, mas não é uma categoria real, pois a realidade demonstra a sua interligação necessária e estrutural.<sup>38</sup>

<sup>36</sup> “Uma análise em profundidade dos diversos sentidos da palavra ‘Direito’ veio demonstrar que eles correspondem a três aspectos básicos, discerníveis em todo e qualquer momento da vida jurídica: um aspecto normativo (o Direito como ordenamento e sua respectiva ciência); um aspecto fático (o Direito como fato, ou em sua efetividade social e histórica) e um aspecto axiológico (o Direito como valor de Justiça)” (REALE, Miguel. *Lições Preliminares do Direito*, Ed. Bushatsky, 1973, p. 73).

<sup>37</sup> “A teoria da norma fundamental é somente o resultado de uma análise de processo que o conhecimento jurídico positivista desde sempre tem utilizado” (*Teoria da norma pura*, Ed. Almedina, Portugal, p. 284-5).

<sup>38</sup> Bobbio (*Dalla struttura alla giurisdizione*, Ed. Giuffrè, 1954 e Ed. Almedina, Portugal) afirma que a rota do Direito é caminhar “da estrutura à função”, entendendo que todas as ciências sociais têm partes que são comuns a todas.

Cada membro do corpo humano tem uma determinada função, não se podendo, entretanto, admitir que a interdependência não seja absoluta. No organismo social, o fenômeno se reproduz. Qualquer ação, no plano econômico, tem repercussões imediatas nos planos político, social e jurídico, não podendo o cientista dessa área deixar de estudar a fenomenologia da causa que gerou a repercussão, ignorando, em sua inteireza, o fenômeno examinado. É, principalmente, o cientista do direito quem tem a obrigação de adequar a norma a toda essa realidade.

Por essa razão, neste estudo, sem negar o mérito e a relevância dos formalistas do direito, procurei mostrar que o campo de análise da ciência jurídica é necessariamente mais amplo, muito mais vasto do que aquele meramente veiculador. E, mais do que isso: essa ciência não se coloca apenas em nível de abstração, pois apenas existe quando vinculada à própria realidade sobre a qual a norma jurídica incide e para a qual fora elaborada.<sup>39</sup>

O positivismo jurídico não é incorreto. É apenas insuficiente. A ciência jurídica é interdependente das demais ciências humanas e, sob certos aspectos, orientadora da fenomenologia relativa às demais. O estudo sistemático de todos os fatores que nela repercutam é imperativo na busca da verdade jurídica. Sua indagação, na captação fenomênica, não significa entulhar o direito com elementos alienígenas, mas enriquecê-lo para que seja fluente e natural na adequação à realidade social a que se destina.

Há certos momentos em que, pelo brilho de talentos indiscutíveis, verdades por eles contestadas são obscurecidas e muitas vezes renegadas por falsa percepção da realidade. Soma-se a isso os preconceitos que dificultam a retomada de seu estudo.

O talento de Keynes, Galbraith, Schumpeter, além de outros grandes economistas do século 20, levou ao esquecimento certas regras elementares da economia veiculadas por Adam Smith e contrárias às pretendidas boas regras do planejamento econômico.

Foi necessário o fracasso das mais sofisticadas escolas econômicas da atualidade, no enfrentar a problemática por elas criadas, para que um prêmio Nobel de economia, não temeroso de enfrentar preconceitos, tivesse a coragem de dizer que há leis naturais na economia e que o excessivo planejamento mais a dificulta que a auxilia, redimindo o talento do velho autor britânico que ousara, no passado, fazer idêntica afirmação.<sup>40</sup>

Assim, também eu procurei demonstrar que muitas das verdades ditas por brilhantes juristas não foram apenas fruto de pioneirismo dos estudos tributários, não suficientemente evoluídos para a percepção do fenômeno jurídico fiscal. Eram “verdades verdadeiras”, não de uma ciência contaminada por noções “espúrias”, mas de uma ciência enriquecida e que estaria muito mais rica, se sua evolução tivesse continuado com base em uma visão universalista, e não meramente instrumental.

<sup>39</sup> “Na posição do conceito axiológico de Direito, a ideologia está sempre presente, porque inspira e se confunde, por vezes, com os valores que se superpõem à própria ordem pública, tais como Justiça, Bem, Liberdade, Razão e assim por diante” (SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito econômico*, Ed. Saraiva, p. 48).

<sup>40</sup> Milton e Rose Friedman, *Liberdade de Escolher*.

# O valor da equidade revelada pelos Romanos<sup>1</sup>

Luiz Fabião Guasque\*

## Sumário

1. Introdução. 2. A “arte da medida” em Atenas e Roma. A Lei como primeira manifestação de igualdade na Democracia: a *recta ratio* da antiguidade clássica. 3. A *auctoritas* do Pretor e a legitimidade do justo pela equidade. 4. O juízo de valor equitativo. 5. A diferença entre o sistema inglês e o americano de precedentes e o sistema criativo do justo pelos romanos. 6. A diferença entre a *interpretatio prudentium* e a *interpretatio legis*. 7. A filosofia, o direito natural e a ciência. 8. A natureza como *gen* e o costume como cultura. 9. As fontes de constituição do jurídico, do justo, do Direito: o *ius praetorium*. 10. O método criativo do justo pela equidade dos romanos. Referências bibliográficas.

## 1. Introdução

O jurista romano é um intérprete eterno do humano e da tradição fecunda, inderrogável e silenciosa que é a substância da história. O Direito Romano deve ser entendido como *sentimento jurídico, muito mais do que a imposição legislativa, pois é expressão que descortina a cultura e a alma de um povo.*<sup>2</sup>

*É linguagem de expressão da nossa cultura, revelando os significados do que herdamos, pensamos e sentimos, de acordo com a mentalidade dos nossos antepassados. Nesse sentido, o maior mérito do método de trabalho dos juristas romanos se funda no sentimento de buscar a realidade do humano, desvendando melhor a sua natureza. Um direito que se adequa a vida das pessoas, centrado no homem e se dirige a enfrentar o novo, como causa primeira dos conflitos e desafios que atormentam a humanidade para garantir a todos a liberdade de poder ser igual, ter o mesmo valor na sociedade. Revelam que o que entendiam como Direito não começa nem acaba na letra da lei, mas nos conflitos da civilização entre as redes intersubjetivas de valores que emergem do tecido social, criando ordens imaginadas, consciências jurídicas gerais em relação a costumes, valores sociais e mitos partilhados.*

Demonstram que a *iusprudentia* é um saber agir, uma ciência destinada a conformar o jurídico aos anseios sociais, pois quanto mais intenso for o conhecimento do *Ius Romanum*, mais nítida e mais firme será a conscientização do Direito do nosso

<sup>1</sup> Relatório final da disciplina Direito Público Romano no Doutorado 2022-2023 da Universidade de Lisboa, Portugal.

\* Mestre em Direito pela Universidade de Lisboa. Professor emérito da FEMPERJ. Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

<sup>2</sup> CRUZ, Sebastião. *Direito Romano*, I Introdução. Fontes. Prólogo, p. 30, 4ª edição, Coimbra, 1984.

tempo. Como ciência, é capaz de dizer o que é justo e o que é injusto, pelo método que difunde poder e informações e reparte decisões entre várias pessoas e instituições, de modo que a convergência majoritária de sentimentos comuns indique o justo e verdadeiro: o ponto comum da razão.

A liberdade do homem reside fundamentalmente num poder de opção perante duas ou mais atitudes dignas, para atingir um fim onde o poder optar, pressupõe necessariamente a ausência de determinismo, considerando a liberdade como o uso desse poder-optar entre os vários meios direcionados para atingir uma determinada finalidade. Consideram a realidade de que *todos os povos, por mais rudimentar que se manifeste a sua cultura ou por mais primitivos que se nos apresentem os seus costumes (hábitos, praxes ou tradições), sempre tiveram e têm algumas normas reguladoras da convivência entre pessoas, harmonizando a interioridade e a vida social, a relação entre bem próprio e bem comum, personalidade e comunidade.*

Como mito de “arte da medida” não é uma ciência do Ser, mas a ciência que se preocupa com valores, ou mais rigorosamente, com a medição dos valores. Determinam e protegem o que pertence a cada um, pois as normas jurídicas são ditadas pela Justiça, que é a virtude de atribuir a cada um o que é seu: *“Iustitia est constans et perpetua voluntas suum cuique tribuendi”* (Ulpianus, D.1,1,10 pr.). Consideram que não pode haver paz, baseada em injustiças, pois haverá quando muito, uma ordem imposta pela força. Mas se a força pode vencer, só a razão a justiça convence. *A historicidade do Homem tem de ser acompanhada da necessária evolução e da sucessiva reformulação das normas jurídicas, pois a convivência pacífica determina eficazmente o que é de cada um, sem permitir abusos de direito, nem prejuízos a ninguém. Cada coisa, já apropriada, pertence ao seu dono, está no seu lugar.*<sup>3</sup>

O vocábulo “preceitos” do latim *prae-cepta* (*prae + capere*), literalmente significa o que tem de ser tomado ou considerado em primeiro lugar, antes de tudo, posto que, numa definição real, *“preceitos” são os princípios fundamentais.*

A norma jurídica encerra *preceitos* e apresenta *disposições*. Os preceitos são como que a parte invisível (por isso, “encerra-os”), mas fundamental (à semelhança dos alicerces de um edifício); são a “alma” da norma, o seu princípio informador, o que dá tipicidade, ou melhor, individualidade à norma. As disposições, a parte visível da norma (como que o edifício, o corpo, por isso “apresenta-as”), é a regulamentação concreta.

Os preceitos são: *não abusar dos seus direitos; não prejudicar ninguém; atribuir a cada um o que é seu.*

Note-se, porém, e com especial cuidado, o seguinte: 1º- estes três *praecepta iuris* não são sinônimos; cada um tem sua individualidade, não podendo converter-se noutro sem deixar resíduo; 2º- há entre eles uma certa interdependência; estão indicados por uma ordem de valores e de hierarquia. Essa ordem da enumeração *não é arbitrária, mas discricionária e fundamentada.*

<sup>3</sup> CRUZ, Sebastião. *Direito Romano*, I Introdução. Fontes. p. 10, 4ª edição, Coimbra, 1984.



*Primeiro preceito: não abusar dos seus direitos.* Nisto, consiste o “viver honestamente” no aspecto jurídico (*honeste vivere*). Esse preceito pressupõe, é evidente, como premissa básica do viver social, a relação entre Moral e Direito, mas não é um preceito moral. É um preceito jurídico, pois o texto diz “*iuris praecepta*” e não “*moralis praecepta*” ou “*moralis et iuris praecepta*”. Por isso, Sebastião Cruz entende que não se deve traduzir por “viver honestamente”, mas sim por “*não abusar dos seus direitos*”, tendo, porém, como fundamentação-base a Moral. É o primeiro preceito: é que, para os romanos, o abuso do direito era a primeira coisa que a norma jurídica devia essencialmente proscrever. E essa interpretação do ilustre romanista do conteúdo jurídico do preceito “*honesto vivere*” harmoniza-se perfeitamente e apoia-se nos princípios filosóficos-jurídicos básicos. Em concreto, na primeira razão de ser (diríamos até, na primeira parte da razão de ser) da norma jurídica como norma social: *proibir o abuso de liberdade, e especialmente, como norma jurídica: “proibir o abuso do direito”, que outra coisa não é senão o abuso de liberdade no campo jurídico.* Verdade é que, na experiência histórica escolar, a formulação deste primeiro preceito, por vezes, permitiu que se lhe desse mais conteúdo moral do que jurídico.

*Segundo preceito: não prejudicar ninguém (“alterum non laedere”).* Este, assim como o terceiro em rigor, constitui a base do viver social. São limites imperativos impostos ao homem, como sujeito do ordenamento jurídico: “*alterum non laedere*”, a estabelecer que o *uso de um direito próprio tem que coexistir com os direitos dos outros;*

*Terceiro: “suum cuique tribuere”,* a determinar o respeito absoluto pelos direitos de outrem.

O terceiro preceito é uma consequência natural do segundo; o segundo e o terceiro baseiam-se no primeiro. Nisto consiste a tal hierarquia e a sua interdependência, a que aludíamos há pouco.<sup>4</sup>

A validação da legitimidade da norma coloca esses três preceitos como essenciais à sua força jurídica, *como fundamento, não alicerce, que se qualquer disposição (mesmo até só uma parte da regulamentação concreta) atraíçoar um desses preceitos, toda a norma jurídica “cairá” (por falta de alicerce), “morrerá” (porque não tem alma).* Quer dizer, essa norma chamada “jurídica” não é... (se desde o início viola um desses preceitos) ou se foi jurídica, deixa de o ser... (se mais tarde vem contradizer algum dos tais preceitos). Pode, no entanto, ser uma norma social, mas de outra espécie; não, porém, norma jurídica.

*Estes famosos tria praecepta iuris são uma síntese admirável de todo o ordenamento jurídico.* Não se trata de uma enunciação teórica, improvisada por qualquer pensador, isoladamente; *são fruto de uma experiência secular, vista e revista por vários jurisconsultos com uma intuição especial para as coisas do Direito.* Ulpianus, a quem pertence este fragmento, depois compilou, limitando-se talvez a recolher a última formulação ou a reelaborar a melhor formulação, pois era um jurista dotado de excepcionais conhecimentos jurídicos e filosóficos.

<sup>4</sup> CRUZ, Sebastião. *Direito Romano*, I Introdução. Fontes. p. 13, 4ª edição, Coimbra, 1984.

*Nem sempre a estes preceitos foi atribuído o mesmo conteúdo; variou conforme os princípios metajurídicos, de ordem filosófica, que estavam na base da ordem social e concretamente da ordem jurídica de determinada época e de um povo. A própria história do Direito Romano o demonstra. Mas no eterno variar de conteúdo, permanecendo externamente inalteráveis, vê-se melhor como estes praecepta são universais e orientadores de toda a vida social jurídica, independentemente da concepção que se tenha ou se defenda da existência humana em sociedade.*

Essa legitimidade impunha uma linguagem jurídica não técnica, uma linguagem comum; podia ser entendida por todos, nomeadamente pelos não juristas. Mas depois fixou-se, enquanto a linguagem comum evoluiu. Ao ter-se fixado, converteu-se em linguagem jurídica técnica. Mas *a linguagem jurídica foi tirada do uso comum, i.e., da realidade da vida*, como o antigo direito (segundo a concepção ciceroniana) é *a natura ductum*. As relações jurídicas, antes de serem jurídicas, são relações sociais, tendo uma denominação própria, que foi assumida pelo Direito no preciso momento em que essas relações entraram na órbita do mundo jurídico. Portanto, repita-se, os termos jurídicos eram intelegíveis para todos. Daí o não haver grande necessidade de dar definições, principalmente dos institutos fundamentais. Estava tudo na própria palavra.<sup>5</sup>

Segundo uns, vem de *iussum* (ordem) e *iussum* do verbo *iubere* (ordenar, preceituar), desta forma, *ius significaria o que está preceituado ou ordenado*.

Por conseguinte, *ius seria o estabelecido pelos juízes (julgadores) do tribunal ou por outros competentes iudices (juízes) que refletem nas suas decisões o pensar da comunidade ("populus"), já que esta tem uma certa intuição para declarar o instum e sobretudo para reprovar o iniustum (o anormal), o que sai da normalidade, e, em última análise, o que vai contra a norma devida, embora não expressamente constituída. Se esta etimologia for exata, então, ius, desde o início ou desde muito cedo esteve sempre mais ou menos ligado a uma atividade judicial, culminando, na sua forma mais eficiente, numa atividade judiciária. Segundo Sebastião Cruz, este é mais um argumento a favor de Álvaro d'Ors que, desde há muito, vem ensinando: "ius est quod iudex dicti"; "direito é o que aprovam os juízes".<sup>6</sup>*

Baseando-se neste provável significado primitivo da palavra *ius*, bastantes juristas e filósofos reputam-na derivada de *loues, lovis* (Zeus), que é a forma antiquíssima de *Iupiter*.

Anteriormente ao século V a.C., entretanto, a palavra latina *ius* perdeu bastante essa tal ideia religiosa para significar "ordenamento laico (civil)", "*ius civile*", embora a palavra "*civile*" venha a ter, logo a seguir, um outro significado, "o que é próprio dos cives"; e, portanto, "*ius civile*" é o "*direito (laico) próprio dos cidadãos romanos*".<sup>7</sup>

<sup>5</sup> CRUZ, Sebastião. *Direito Romano*, I Introdução. Fontes. p. 17, 4ª edição, Coimbra, 1984.

<sup>6</sup> D'ORS, Álvaro. Principios para una Teoría Realista del Derecho. p. 308. Em *Anuário de Filosofia del Derecho* 1,1953.

<sup>7</sup> CRUZ, Sebastião. *Direito Romano*, I Introdução. Fontes. p. 19, 4ª edição, Coimbra, 1984.

Por ser impossível compreender e explicar satisfatoriamente as diversas formas de manifestação do Direito numa única fórmula, *ius (direito) é tudo aquilo que tem especiais atinências com o iustum (o justo, o exato, o devido)*.<sup>8</sup>

No seu sentido objetivo, *ius (direito) significa o iustum, o devido; a própria coisa justa; a realidade justa*. Era aquilo que os romanos geralmente designavam por *natura rerum (natureza das coisas)*. Esse conceito foi para eles o primeiro e o primário ou fundamental de Direito, de tal modo "*quae rerum natura prohibentur nulla lege confirmata sunt*"<sup>9</sup> (aquilo que é proibido pela natureza das coisas, não pode ser confirmado por nenhuma lei), expressando que o Direito, ou seja, o saber jurídico é também uma técnica do bom e do equitativo.

Nesse sentido, convergem com os gregos que, numa linguagem vulgar ou corrente, consideravam que o justo (o Direito) é o que é visto como igual, com o mesmo valor. O *Derectum*<sup>10</sup> corresponde ao grego, embora com certas diferenças, mas traduzindo aquela parte do símbolo que consiste no fiel da balança estar precisamente no meio (*rectum*), às vezes, também se denominavam "*ius aequum*" ("*iura aequa*") e "*ius iniquum*" ("*iura iniqua*"). Na evolução do seu conceito, *ius novum (a constituição imperial, que hoje corresponde a Lei) não só identificou com o ius (com o próprio Direito), mas até com a Iustitia (com a Justiça)*. Desde então, e ainda hoje, estamos a sofrer algumas consequências dessa confusão. Então, para indicar a ideia (exata) de Direito, Justiça, usa-se a expressão "*recta ratio*".

Provavelmente, foram os juízes que se recusavam a aplicar as constituições imperiais, quando injustas, mesmo que essa atitude lhes acarretasse consequências gravíssimas, como perda do cargo, desterro e até pena de morte, que introduziram como termo erudito (e para isso foram à linguagem popular) *derectum (directum) para significar "Direito", a contrapor a ius ("novum") que correspondia às constituições imperiais*.<sup>11</sup>

Com a filosofia estóica, *derectum (directum)* recebeu um certo conteúdo moral e o cristianismo, sobretudo depois do século IV, informou de novos valores morais o conceito de *derectum (directum)*, como o conjunto de normas jurídicas que regulam determinadas relações de um povo (entre si, isto é, entre os seus membros, e entre si e outro ou outros povos estrangeiros), a que se chama a grosso modo, "*Direito desse*

<sup>8</sup> Cfr. Celso, D, 1, 1, 1.

<sup>9</sup> Cfr. Celso, Digesta. 50, 17, 188, 1.

<sup>10</sup> "A palavra "direito" se emprega em vários sentidos: um quando se chama direito ao que é sempre justo e bom, como é o direito natural; outro sentido, o que em cada cidade é útil para todos ou para muitos, como é o direito civil; e não com menos razão se chama direito, em nossa cidade, o direito honorário. Se diz também que o pretor aplica o direito inclusive quando decide injustamente referindo-se, evidentemente, não ao que o pretor fez, senão ao que o pretor deveria fazer. Se chama direito, em outro sentido, ao lugar em que "o pretor" aplica o direito, dando-lhe a denominação do que se faz no lugar onde se faz. Podemos determinar tal lugar desta maneira: o lugar onde o pretor, conforme a majestade do seu império e o costume dos antepassados, determina declarar o direito se chama com razão "direito". (Paul. 14 Sab.). Cfr. D. 1, 1, 11. *El Digesto de Justiniano, Tomo I, Constituciones Preliminares y Libros 1-19*. p. 46/47. Version castellana por A. d'Ors, F. Hernandez-Tejero, P. Fuenteseca, M. Garcia y J. Burilo. Editorial Aranzadi.

<sup>11</sup> CRUZ, Sebastião. *Direito Romano*, I Introdução. Fontes. p. 32, 4ª edição, Coimbra, 1984.

povo”.<sup>12</sup> Esse direito esteve vigente em Roma e fora de Roma, durante o Império Romano e depois da sua queda, em circunstâncias semelhantes às da vida de Roma e em circunstâncias completamente diferentes, *graças a suas construções geniais, pois leva dentro de si a essência de princípios jurídicos universais*, o fazendo ocupar o longo período de cerca de 13 séculos, 7 séculos a.C. e 6 séculos d.C.

Esse Direito Romano, “*lato sensu*”, é a tradição romanística, abrangendo o período maior de 15 séculos (séculos VI-XXI), mas sobretudo o período que vai desde o fenômeno da “recepção do Direito Romano” até os nossos dias.

*Pode-se dizer que a vida ou a história propriamente dita do Direito Romano termina no século VI, mas a sua sobrevivência projeta-se até os nossos dias,<sup>13</sup> o tornando apto a resolver as situações criadas pelas novas exigências da vida e pelo alargamento das relações da sociedade em rede na era da informação, pois esse Direito nunca mais para na sua evolução e adaptação às realidades sociais.*

Na verdade, o *lus Romanum* apresenta uma evolução completa: nasce, cresce, atinge o apogeu, decai; retoma uma fase de certo esplendor, para depois, se codificar. Forma um ciclo evolutivo perfeito. Um fenômeno assim não se verifica com nenhum outro Direito. É único. *E essa codificação (o Corpus Iuris Civilis), como sabemos, vai depois (sécs. VI-XXI) servir de base ou orientação às legislações de todo o mundo.*

É importante ressaltar que, como método de exatidão e precisão, o *lus Romanum* da época clássica é o nosso modelo, posto que a grandeza do Direito Romano como método de criação do justo e verdadeiro, do ponto comum da razão, encontra-se nesta época. *Esse período do ápice criativo é denominado período clássico central, de 30 a.C. a 130 d.C., pois é o período de esplendor e de maior perfeição do Direito Romano,<sup>14</sup> surgindo como figura central e representativa, não só desta etapa, mas de toda a época clássica, Iulianus e não Gaius, como antes era considerado.*

O Direito Romano clássico é, pois, de artífices, mas não de especulativos. *Sabiam, não apenas interpretar e aplicar as normas aos casos concretos, mas sobretudo criar a norma adequada para um caso especial e não previsto nas normas já existentes. Daí a consequência de que a ciência jurídica (iurisprudentia) da época clássica foi permanentemente fecunda e criadora.<sup>15</sup>*

<sup>12</sup> “*Todos os povos que se governam por leis e costumes usam em parte seu direito peculiar, em parte o comum de todos os homens. Pois o direito que cada povo estabeleceu para si é próprio da cidade e se chama direito ‘civil’, como direito próprio que é da mesma ‘cidade’.* Em vez de o que a razão natural estabelece entre todos os homens, é observado por todos os povos e se denomina direito das “gentes” como direito usado por todas as pessoas, ‘os povos:’” (Gai. 1 inst.= Inst. 1, 2, 1). Cfr. D. 1, 1, 9. *El Digesto de Justiniano*, Tomo I, Constituciones Preliminares y Libros 1-19. p. 46. Version castellana por A. d’Ors, F. Hernandez-Tejero, P. Fuenteseca, M. Garcia y J. Burilo. Editorial Aranzadi, Pamplona, 1968.

<sup>13</sup> CRUZ, Sebastião. *Direito Romano*, I Introdução. Fontes. 4ª edição, Coimbra, 1984, p. 38.

<sup>14</sup> CRUZ, Sebastião. *Direito Romano*, I Introdução. Fontes. 4ª edição, Coimbra, 1984, p. 47.

<sup>15</sup> CRUZ, Sebastião. *Direito Romano*, I Introdução. Fontes. 4ª edição, Coimbra, 1984, p. 48-58.

## 2. A “arte da medida” em Atenas e Roma. A Lei como primeira manifestação de igualdade na Democracia: a *recta ratio* da antiguidade clássica

Com a descoberta da lei,<sup>16</sup> os gregos inventam a democracia como a “arte da medida”,<sup>17</sup> separando o mundo arbitrário dos sacerdotes, que por vontade divina revelavam o que era justo e verdadeiro no exercício de uma liberdade sem limites, para o discricionário: a liberdade dentro de parâmetros do que é o direito de todos, como manifestação plúrima de sentimentos expressos na Assembleia.

Mas são os Romanos que inventam o Direito, como manifestação de juízo de valor equitativo, que trata os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual na proporção da sua desigualdade ou na igualdade.

Embora em ambos os sistemas, tanto em Roma como em Atenas, o método de busca do justo e verdadeiro, do ponto comum da razão, fosse a difusão de poder, informações e a divisão das decisões entre várias pessoas e instituições, de forma que a convergência majoritária de sentimentos comuns indicasse o ponto comum da razão, o que é justo e verdadeiro, em Roma. Essa difusão-repartição era feita de forma mais técnica e centrada na figura do Pretor. Sempre que se fala de pretor, sem mais nada, entende-se o pretor urbano. Este é que é, na verdade, a figura genial dentro do *Ius Romanum*, o protótipo do homem preocupado e totalmente dominado pelo espírito de justiça, sempre com a ânsia e com o escrúpulo de atribuir a cada um o que é seu (*suum cuique tribuere*). História, logicamente, é o elemento de ponderação colocado entre o *ius* e a *lex*. O pretor era o intérprete da *lex*, *mas sobretudo o defensor do ius*.

O seu método de divisão de poder e informações, de forma a revelar o ponto comum da razão, respeitava os seguintes princípios:

1. *Temporalidade* – os magistrados, normalmente, ocupavam o cargo por um ano;
2. *Pluralidade* – o poder estava repartido por várias magistraturas, a saber, consulado, questura, censura, pretura e edilidade curul;
3. *Colegialidade* – dentro de cada magistratura, v.g. no consulado, havia *mais de um magistrado*; cada um dos colegas estava encarregado de um determinado setor, dentro do qual tinha poder absoluto, *imperium*; mas o outro colega ou um magistrado de ordem superior podia exercer o direito de veto (*ius intercessionis*).

No aspecto jurídico, que é essencialmente o que nos interessa, a magistratura mais importante (excetuado sob certo aspecto as dos cônsules) é a dos pretores, seguindo-se-lhe a dos edis curúis e a dos questores.

Como se verifica, *o pretor era um magistrado que tinha os três poderes: potestas, imperium e iurisdictio*.

<sup>16</sup> HANSEN, Mogens Herman. *The Athenian Democracy in the age of Demosthenes, Structure, Principles, and Ideology*. Translated by J.A. Crook. First published in 1991 by Blackwell Publishers Oxford, UK and Cambridge, Mass., USA, passim.

<sup>17</sup> JAEGER, Werner. *Paidéia, A Formação do Homem Grego*. Tradução de Arthur M. Parreira, Martins Fontes. São Paulo, 4ª edição, 2001, passim.

Constituída anteriormente ao período clássico referido de 30 a.C. até 130 d.C., a magistratura de pretores foi criada pela *leges Liciniae Sextiae*, em 367 a.C., deixando o “*praetor*” de ter caráter genérico para significar apenas o magistrado especificamente encarregado de administrar a justiça de uma forma normal ou corrente, nas causas civis.

A fase *in iure* era importantíssima e decisiva para a vida do processo. Aí se verificava um *ius-dicere*, uma afirmação solene da existência ou não existência de direito e, para isso, o pretor tinha *iuris-dictio*. *Esse ius-dicere concretizava-se num iudicare iubere dirigido ao juiz, isto é, numa ordem dada pelo pretor ao juiz para proferir sentença neste ou naquele sentido, conforme se provasse ou não determinado fato. Na 2ª fase do processo, não há um ius-dicere, mas um simples iu-dicare, em aplicar o direito, isto é, julgar e decidir conforme uma ordem jurídica já anteriormente fixada.*

A partir de 242 a.C., a administração da justiça é distribuída por dois: o pretor urbano (*praetor urbanus*) encarregado de organizar, dentro das normas do *ius civile*, os processos civis em que só fossem partes cidadãos romanos; e o pretor peregrino (*praetor peregrinus*), incumbido de organizar, mas dentro das normas do *ius gentium* os processos, em que pelo menos uma das partes era um peregrino, quer dizer, um *non-civis*.<sup>18</sup>

Na democracia grega o governo era do povo, da massa, e esse poder era exercido sempre na mesma hierarquia, de forma horizontal, pois é o povo, representado de forma equitativa pelas tribos, a instância inicial e final de todos os conflitos.

A divisão de tarefas era por matéria, onde os demais órgãos colegiados se complementavam, posto que a única instância de superposição para recursos era a Assembleia.

Com a lei, forma-se uma corrente nova e apertada que mantém unidas as forças e os impulsos divergentes, os centralizando numa nova ordem social jamais imaginada anteriormente. A lei passa a ser a expressão do Estado, convertendo-se em rei, como disseram os Gregos posteriormente.

Ocorre, que esta expressão de sentimentos, tanto nas assembleias do povo, que reuniam em torno de 6 mil cidadãos, como nos demais órgãos fracionados com centenas de integrantes, *era uma manifestação de sentimentos convergentes da maioria, provocada pela dissonância cognitiva dos oradores, mas sem juízo de valor de equidade do que é justo e verdadeiro, posto que expressão de adesão ou não, a uma pergunta feita para a assembleia.*

Essa expressão de sentimentos, sem juízo de valor equitativo e sem manifestação circunscrita a parâmetros que estabeleçam os vetores que demarcam o espaço discricionário do aplicador da lei, se apresenta como manifestação política, pois a assembleia e os órgãos fracionados expressavam apenas o que sentiam em relação a questão posta em análise de valoração. É certo que já existia a dissonância cognitiva iniciada pelos sofistas, estabelecendo a dialética do porquê? Onde? Como? Mas na

<sup>18</sup> CRUZ, Sebastião. *Direito Romano*, I Introdução. Fontes. p. 64-70, 4ª edição, Coimbra, 1984.

hora da valoração, apenas por cédula ou por gesto manual, era feita a manifestação sobre o que sentiam como justo.<sup>19</sup>

O ponto comum da razão era apenas expressão de sentimentos, com contraditório, mas sem juízo de valor equitativo.

Os romanos foram os primeiros a criar um conjunto de condições políticas, sociais e culturais, que possibilitaram, com o uso da equidade, ou seja, da justiça do caso concreto, a criação de regras e a construção de soluções por jurisperitos, partindo do conflito na massa, para a *auktoritas* do pretor, que pela dialética do contraditório entre os brigões, os separava, criando o Direito como forma de harmonizar e equilibrar a sociedade que, no seu conjunto, foi designado de *ius/derectum*, a sua “arte da medida” do que é justo e verdadeiro.

Portanto, podemos afirmar que os gregos inventaram a lei, a *recta ratio*, como a “arte da medida” como manifestação política e os romanos o Direito, como a “arte da medida” *nos juízos de valor individuais e sociais na realização do justo e verdadeiro: o ponto comum da razão.*

### 3. A *auktoritas* do Pretor e a legitimidade do justo pela equidade

Mas a legitimidade do justo, não se confunde com a força do Direito (vis) como no atual conceito de coerção. *A juridicidade da regra justa é o que legitima o uso da força na sua aplicação, pois expressão fiel da ordem imaginada expressa pela rede intersubjetiva de sentimentos majoritários comuns e convergentes no grupo.*

O Direito é um “porquê” contínuo que acaba quando se chega à solução justa do caso. Os jurisperitos sabem que para se chegar à solução justa, a pergunta, mais que a resposta, nos aproxima do sentido do caso a resolver.<sup>20</sup>

Perguntar é a forma de conhecer dos jurisperitos e o modo de agir para chegar à justiça. Por isso, a viagem do Direito para chegar à Justiça nunca termina, pois não se consolida nas letras das leis e nos textos dos Códigos.

Ulpiano ensina-nos, logo no início do século III, que a palavra *ius* vem da palavra justiça e não faz sentido sem ela. Em Roma, o uso da palavra *ius* foi se impondo como uma versão laica do *fas*, ou seja, o que está de acordo com a vontade dos deuses, que é a harmonia e o equilíbrio entre os homens.

<sup>19</sup> HANSEN, Mogens Herman. *The Athenian Democracy in the age of Demosthenes, Structure, Principles, and Ideology*. Translated by J.A. Crook., first published in 1991 by Blackwell Publishers Oxford, UK and Cambridge, Mass., USA, passim.

<sup>20</sup> Nesse sentido, convergem ao pensamento de Descartes, que insiste que é a “dúvida sistemática”, o primeiro princípio do saber. À sua luz, todo o conhecimento deveria ser exposto e testado contra o crivo férreo da lógica. Ele se permitiu apenas uma premissa inegável, captada na célebre frase *Cogitio ergo sum*, penso, logo existo. No sistema da dúvida cartesiana, que ainda floresce na ciência moderna, todas as hipóteses possíveis são eliminadas para que apenas um conjunto de axiomas em que o pensamento racional possa se basear logicamente e experiências possam ser rigorosamente projetadas. WILSON, Edward O. *A Conquista Social da Terra*. p. 27. Tradução Ivo Korytovski, 1ª edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

O conceito de Direito romano aqui adotado é este de Celso e Ulpiano: um conjunto de regras que, pela mão dos jurisperitos, está constantemente a ser adaptado pela necessidade de dar soluções justas a casos, ou seja, uma justiça de equidade! *O Direito nasce das regras do costume ratificadas pelo povo, pois o estudo jurídico do Direito romano impõe que não se dê relevo nem à política, nem à religião, nem ao poder, a não ser como formas complementares de entendimento, mas se centre primeiro a atenção nas condições criadas para que em Roma tenha surgido um direito que não resulta do poder político, religioso, econômico ou outro, mas da autoridade social de quem o cria, pois expressão do sentimento resultante das redes intersubjetivas de valores que formam as ordens imaginadas na sociedade romana, os mitos partilhados de um povo.*

A lei (*lex*) é a expressão do poder (*potestas*) e os magistrados, como os cônsules e os pretores, são detentores do *imperium* (poder supremo) para efetivar leis e outras determinações. A *lex publica* é proposta pelos pretores e aprovada pelos destinatários (*populus*) reunidos em assembleias e, quando não é aprovada por eles, designa-se *lex data*. Portanto, *criam o direito pela equidade do caso concreto.*

Os *edicta dos pretores*, uma espécie de programa de ação para o exercício do cargo apresentado aos eleitores, *com o tempo tornaram-se uma fonte normativa* (Cícero, *Il in Verrem* I. 42 designa-os como *lex annua*), *pois resultantes da convergência dos sentimentos comuns em relação aos valores sociais da comunidade.*

*Esse método afasta a política dando mais valor aos costumes, pois a justiça é feita de baixo para cima, com o povo ratificando a autoridade da fórmula ou do edicto, pois estas alterações respeitam os modos próprios de o Direito romano se reformular e adaptar, pela via jurisprudencial e mais adequada, aos valores temporais e circunstanciais do fato e da situação social no momento de resolução do conflito.*

Afasta-se a cultura política, mais dirigida à conquista e manutenção do poder, criando autonomia entre ela e a consciência popular, ou melhor, *às redes intersubjetivas de valores convergentes.*<sup>21</sup>

Em Roma, as inovações impostas pela realidade social e pelas adaptações à ideia de justiça partilhada por todos, pois expressão dos sentimentos comuns expressos nessas redes intersubjetivas de valores eram a expressão fiel dos jurisperitos, flexibilizando as estruturas processuais de forma a adequar o justo, o verdadeiro, o ponto comum da razão, ao sentimento majoritário e convergente do povo.

Portanto, *ao introduzirem a equidade como base do jurídico, exprimindo a “alma da sociedade” romana, criavam a legitimidade do justo pela íntima conexão entre os valores*

<sup>21</sup> Mesmo que por um esforço sobre-humano, eu consiga livrar meus desejos pessoais das garras da ordem imaginada, sou só uma pessoa. Para mudar a ordem imaginada, preciso convencer milhões de estranhos a cooperarem comigo, pois a ordem imaginada não é uma ordem subjetiva que só existe na minha imaginação – é antes, *uma ordem intersubjetiva*, que existe na imaginação partilhada de milhares e milhões de pessoas. Escreveu HORKHEIMER, Max. *O eclipse da razão*. Trad. port. de João Thiago Proença. Lisboa: Antígona, 2015, p. 205: “Se por iluminismo e progresso intelectual significarmos a libertação do homem das crenças supersticiosas em forças malignas, em demônios e fadas, no destino cego – em suma, a emancipação do medo – então a denúncia do que hoje se chama razão é o maior serviço que a razão pode prestar”.



*sociais e o Direito, flexibilizando a aplicação da lei no caso concreto, às circunstâncias do fato posto em valoração.*

*Por isso, não apenas as fontes de criação, mas também as fontes de conhecimento do Direito romano estão sobretudo na jurisprudência e nas condições de trabalho, no método dos jurisperitos, em prevalência em relação a atividade dos órgãos políticos, nas leis.*

Constatamos o costume pelo seu elemento objetivo, qual seja: a reiteração, a constância, a uniformidade, a convergência e generalidade da prática de determinados atos. O elemento subjetivo é constatado a partir dessa realidade objetiva, a *opinio iuris*, ou seja, o convencimento geral da necessidade e conveniência de observar essas decisões.

Nem todo uso, mesmo constante, uniforme e reiterado é costume, não se podendo afirmar que uma prática se torna obrigatória só pela repetição. Os fatos, por si mesmo são fatos, e ainda quando acumulados exprimem o que é e não o que devem ser. Não tem força normativa, porque *a norma pressupõe uma valoração, isto é, a operação da inteligência que julga os fatos e a adesão da vontade aos que são reputados bons para a conveniência social.*

É errado afirmar que a regra costumeira só se transforma em norma jurídica quando o Estado a reconhece, ou quando o poder jurisdicional a aplica. A existência e a obrigatoriedade da norma consuetudinária são anteriores ao reconhecimento dela por parte do Estado.

O pretor romano nada mais faz do que proclamá-la e, por vezes, formulá-la explicitamente e confessar que participa da *opinio necessitatis*.

*A sentença não é, pois, ato constitutivo, mas declaratório da regra consuetudinária.* Pode acontecer e acontece frequentemente, que o juiz, assim como o pretor, ao dar forma explícita à norma costumeira, flutuante na consciência jurídica geral a enriqueça, adorne e burile com elementos que estão na sua mentalidade jurídica. Quando faz isso, ele também cria Direito positivo. Esta obra pretoriana contribuiu, sem sombra de dúvida, para opulentar e perfazer o Direito, dando-lhe organicidade e vida. O que realmente depende da vontade do Estado, de *imperium*, para ser aplicado e, mais precisamente nos nossos dias, necessitar do apoio da lei é o uso, não o costume. Porque embora seja também uma prática reiterada, constante e, por isso mesmo, presumidamente boa de determinados atos, não tem por si a *opinio iuris*; é mero hábito e não regra jurídica a que os homens entendem dever obediência.

Portanto, *a diferença básica entre os mores e a lei é que o primeiro não é escrito e o segundo é.* Era esse costume contra *legem* entre os romanos, uma das causas de revogação da lei.

*A lei retira a sua força do mesmo princípio de que o costume retira a sua: a opinião generalizada de que o dito por ela é direito e necessário (conscientia necessitatis et iuris); tanto assim que, sem essa convicção, a lei se torna letra morta.* Mas formalmente, o

caráter imperativo da lei provém da autoridade de quem a impõe: o Estado soberano (*imperium*). Por isso, ela continua em vigor ainda que tenha caído em desuso.

Portanto, *para os romanos, apenas a Lei não era sinônimo de Direito escrito, pois havia direito não escrito fora da lei.*<sup>22</sup> E por outro lado, a norma costumeira, que pairava na consciência jurídica geral do povo criando redes intersubjetivas convergentes em relação aos seus valores,<sup>23</sup> conquanto ao nascer não fosse escrita, podia depois ser reduzida a escrito pela manifestação popular.<sup>24</sup> Foram frequentes no passado as compilações de normas consuetudinárias, pois o *Direito romano no seu ius scriptum compreendia: a Lex, a lei em sentido estrito, que era estabelecida pelo povo por proposta de um magistrado senatorial (por exemplo um Consul); o plesbicitum, criado pela plebe por iniciativa de um magistrado plebeu (tal como um tribuno) e que, a partir da Lei Hortênsia, de 467, teve força de lei em sentido amplo (4, I, L, 2: Lex est quod populus romanus, senatorio magistratu interrogante, veluti consule, constituebat. Plesbicitum est quod plebs, plebeio magistratu interrogante, veluti tribuno constituebat).*

Os editos, como publicações que os magistrados romanos faziam ao assumir, continham as regras que eles próprios seguiriam no exercício dos respectivos cargos. *Através deles os pretores diziam como procederiam na distribuição da justiça e no temperamento, correção e suplementação do ius civile.*

O Edito que deveria vigorar por todo o tempo, em que o magistrado exercesse o cargo era chamado *perpetuum*; o que ele expedia durante o exercício se denominava *repentinum* (os *edicta repentina* foram proibidos por uma lei Cornélia de 687 u.c.). O Edito que passava de um a outro magistrado se qualificava como *translatitium* (7, I, 1, 2). *As Resposta prudentium: eram o hábito entre os romanos que os entendidos respondessem a consultas. Os pareceres jurídicos não eram, porém, fonte do Direito. Foi*

<sup>22</sup> O direito civil é o que não se separa do todo, do natural e o das gentes, nem se conforma totalmente a ele. Assim, pois, quando aderimos ou subtraímos algo do direito comum, fazemos direito próprio ou, melhor, civil. *Cfr. D. 1, 1, 6. (Inst. 1, 2, 3). Esse direito nosso é em parte escrito e em parte não escrito como entre os gregos: "umas leis existem escritas e outras não escritas" (Ulp. 1 inst.). El Digesto de Justiniano, Tomo I, Constituciones Preliminares y Libros 1-19. p. 46. Version castellana por A. d'Ors, F. Hernandez-Tejero, P. Fuentesecca, M. Garcia y J. Burilo. Editorial Aranzadi, Pamplona, 1968.*

<sup>23</sup> Um fenômeno objetivo existe independentemente da consciência humana e das crenças humanas. A radioatividade, por exemplo, não é um mito. Emissões radioativas ocorriam antes de serem descobertas e são perigosas ainda que as pessoas não acreditem nelas. Subjetivo é algo que existe dependendo da consciência e das crenças de um único indivíduo. Intersubjetivo é algo que existe na rede de comunicação ligando a consciência subjetiva de muitos indivíduos. Se a maioria dos indivíduos na rede morrer ou mudar suas crenças, o fenômeno intersubjetivo se transformará ou desaparecerá. *Eram nessas redes que se alimentava a criação do direito pelos pretores. As leis que emergem do tecido social. É nelas que o pretor enxergava a equidade individual e social e a transformava em lei.*

<sup>24</sup> As comunidades antigas não constituíam uma sociedade cognitiva como a de hoje. O jurista, entendido como aquele que usa a sua criatividade para adaptar os *mores* vigentes à resolução de problemas concretos utilizando instrumentos e técnicas específicas, não estava implicado numa reflexão epistemológica sobre o exercício do poder político. O Direito Político não tinha ainda conquistado o seu próprio espaço ao "Estado" que tudo definia. PINTO, Eduardo Vera-Cruz. *Ius Commune Humanitatis ou Lex Mundi?* Vol. 1, p. 1. Tese de doutoramento na Universidade de Lisboa, 2001.

somente no Império que alguns príncipes passaram a dar força de lei às respostas dos juriconsultos mortos.<sup>25</sup>

Os romanos sentiram que em “matéria jurídica” o labor nunca está terminado. *Ex facto oritur ius*: O Direito nasce dos fatos. As leis avançam por degraus; a realidade é esteira que não para. As leis imitam os ponteiros do relógio, que pulam de quando em quando; as transformações sociais são ininterruptas. São necessários mecanismos que adaptem permanentemente o Direito à realidade e amparem os legítimos interesses que a norma legal ainda não traduziu em forma de direitos. Esse tem sido o papel da equidade social, que fez a grandeza do Direito romano e a flexibilidade do Direito inglês. Esse era o milagroso remédio que eles utilizaram como um método de proteção e, ao mesmo tempo, como ferramenta forjadora de direitos. Esse método era um “sistema de formulação do Direito”, pois o pretor se punha diretamente em contato com a consciência popular, na qual o Direito<sup>26</sup> flutua no estado de sentimento ainda não fixado em precisas normas racionais. E dessa consciência, da qual ele mesmo participa como membro da sociedade, ele retira a inspiração para resolver cada caso, de acordo com princípios que ele não cria, mas encontra já existentes. Nenhum obstáculo se interpunha entre o Direito e o pretor, que se encontrava em permanente contato com a viva e fresca realidade social e que, assim, podia sentir as necessidades sociais e fielmente seguir sua evolução. Como método era ao mesmo tempo instrumento de proteção e ferramenta forjadora de direitos.

Nos nossos dias, na jurisdição legal, o juiz submete o caso concreto a lei e o faz segundo seu modo de interpretar os fatos e o texto legal. Ocorre, que o Direito legislado tem apenas uma parte da consciência jurídica: a outra é dada pelo costume e pela jurisprudência, pois não podemos negar que direito vivo é o que os tribunais consagram.

Naquela época remota, derogou-se o princípio: *aequitas legislatori, jus iudici magis conventi*, isto é, a equidade é própria do legislador e o Direito é do juiz. O pretor vai buscar, então, a norma jurídica nas mesmas fontes materiais em que se alimentaria o legislador para formular a lei.<sup>27</sup>

Essa atividade criadora considerava tanto a equidade individual (epiqueia) dos gregos, que levava em consideração as circunstâncias do caso concreto, quanto a equidade social (a *equity* dos ingleses), que tem em consideração o que normalmente é considerado justo, a fim de formular a norma, em seguida aplicada ao caso concreto.<sup>28</sup>

<sup>25</sup> APPLETON, Charles; COLINET, Paul; VISCHER, Fernand de; MICHON, Lucien; SENN, Felix. *Recueil d'études su les sources du Droit en l'honneur de François Géný*. Vol. 1º, p. 5 a 67, Paris: Editora Recueil Sirey S.A., 1934.

<sup>26</sup> Porque uma coisa é o Direito e outra coisa é a lei. Direito é um adjetivo, que virou substantivo, se aplica a conduta humana. Quer dizer o reto. Esta ideia permanece na tradição cristã e tanto que a palavra pagã corresponde – *ius* –, que tem também um originário sentido adjetivado, se refere, mais que a “retidão”, a conveniência social e se diz daqueles atos particulares que a sociedade, através de seus juizes, considera ajustadas as conveniências da vida coletiva. D'ORS, Alvaro. *Uma Introduccion al estudio del derecho*. p. 11, Ediciones Rialp, S.A., Madrid, 1963.

<sup>27</sup> Cfr. D. 2, 14, 1, 0 Ulp. 4ª ed. “A equidade deste decreto é natural. Pois o que é tão adequado para a fé humana quanto manter as coisas que eles concordam em manter?”.

<sup>28</sup> TORNAGHI, Hélio. O Mandado de Injunção. p. 42, *Revista de Processo* nº 56, ano 14, outubro-dezembro, 1989. Editora Revista dos Tribunais.

#### 4. O juízo de valor equitativo

Essa grande contribuição da República Romana para a história da humanidade, com a descoberta do valor da equidade e o seu método de valoração, dando igual aos iguais e desigual aos desiguais, na proporção da sua desigualdade, era expressão dos valores sociais e morais contidos na comunidade.<sup>29</sup>

Aristóteles foi o primeiro grego a constatar que a *recta ratio*, a lei, era como uma régua de madeira que se aplicava perfeitamente para medir superfícies planas, mas quando havia a necessidade de dimensionar superfícies sinuosas, deixava espaços em branco entre a norma e a realidade posta em julgamento. *A imaginada razão suprema representada pela lei, a ratio summa, necessitava de uma flexibilidade que pudesse medir essas circunstâncias individuais e criar a regra nas hipóteses, em que a lei era insuficiente, como frequentemente ocorria com o ius civilis, a lei em Roma.*

A *regulae* da “arte da medida” necessitava de mais flexibilidade para revelar o justo e verdadeiro: o ponto comum da razão. A lei deveria não ser uma régua rígida sem flexibilidade,<sup>30</sup> mas uma régua como a da ilha de Lesbos, que por ser flexível, podia medir as superfícies sinuosas, não deixando espaços sem definição.<sup>31</sup> *É na Ética a Nicômaco, que Aristóteles revela o valor e a distinção entre a equidade individual (epiqueia), que considera o contraste entre as circunstâncias individuais, o comando legal e a equidade social, quando pela ausência de lei, não há regra para a situação posta em análise.*<sup>32</sup>

A primeira é a hipótese do cego que entra com o seu cão guia em um local público, onde é proibida a entrada de animais. A norma de higiene, se aplicada sem a consideração das suas necessidades especiais, impede o seu livre exercício de ir e vir, direito fundamental que só vai ser reconhecido se considerada a sua individualidade reveladora do seu valor igualitário como cidadão.

A equidade social é buscada nas redes intersubjetivas que se formam no tecido social, ligando um número significativo de pessoas que expressam valores contemporâneos da sociedade, quando a situação em conflito não encontra previsão legal. É o caso, por exemplo, das relações homoafetivas, que negam os direitos sociais a casais homossexuais, não lhes reconhecendo o mesmo valor que casais heterossexuais, no que respeita a direitos hereditários e sociais, como pensão etc.

<sup>29</sup> Cfr. D. 1, 1, 1, 7. “O direito civil é o que não se separa totalmente do natural ou das gentes nem se conforma totalmente a ele. Desta forma, quando anexamos ou subtraímos algo do direito comum, fazemos direito próprio, isto é, direito civil (1= Inst. 1, 2, 3) e este direito nosso é em parte escrito e em parte não escrito como entre os gregos (em Grego): “umas leis são escritas e outras não escritas.” (Ulp. 1 inst.). *El Digesto de Justiniano*, Tomo I, Constituciones Preliminares y Libros 1-19. p. 46. Version castellana por A. d’Ors, F. Hernandez-Tejero, P. Fuentesecca, M. Garcia y J. Burilo. Editorial Aranzadi, Pamplona, 1968.

<sup>30</sup> “Pois o direito deve adaptar-se a aquelas coisas que acontecem frequentemente e facilmente e não as que muito raramente acontecem”. Cfr. D. 1, 3, 5. *El Digesto de Justiniano*, Tomo I, Constituciones Preliminares y Libros 1-19. p. 56. Version castellana por A. d’Ors, F. Hernandez-Tejero, P. Fuentesecca, M. Garcia y J. Burilo. Editorial Aranzadi, Pamplona, 1968.

<sup>31</sup> “O que se estabeleceu contra a razão do direito não podemos seguir a regra do direito”. (Iul. 27 dig.). Cfr. D. 1, 3, 15. *El Digesto de Justiniano*, Tomo I, Constituciones Preliminares y Libros 1-19. p. 56. Version castellana por A. d’Ors, F. Hernandez-Tejero, P. Fuentesecca, M. Garcia y J. Burilo. Editorial Aranzadi, Pamplona, 1968.

<sup>32</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. p. 121, São Paulo: Editora Martin Claret, 2008.

Em ambos os casos, a desconsideração desta desigualdade afasta a efetividade de direitos fundamentais.

*Os romanos descobrem que a lei, nessas circunstâncias, não é a recta ratio, mas o princípio referencial, que aliada à doutrina e a jurisprudência, possibilita ao aplicador da lei revelar a lei natural dos humanos, o costume em relação a esse valor, no momento da realização da justiça.*<sup>33</sup>

Dentro deste espaço legalmente autorizado pela insuficiência da norma e o contraste com a ordem imaginada,<sup>34</sup> a consciência jurídica geral que emerge das redes intersubjetivas de sentimentos convergentes, *motivadamente*, vai construir uma ordem que expresse a harmonia e o equilíbrio entre a lei, o costume, a doutrina e a jurisprudência, posto que recorriam a jurisconsultos para melhor alcançar o justo e verdadeiro.<sup>35</sup>

Portanto, *para os romanos, a lei não é a expressão absoluta da razão, mas o referencial que dentro do discricionário, constitui uma ordem justa e verdadeira como expressão da consciência jurídica geral da maioria da comunidade.*<sup>36</sup>

O Direito, para eles, no que respeita a lei, era a referência para o metodológico no caminho do justo, constituído através da sua *praeceptio iuris: honesto vivere* (não abusar do seu direito); *alterum non laedere* (não prejudicar ninguém); *cui cuique tribuere* (dar a cada um o que é seu).

Revelam que uma pergunta, mesmo com uma resposta incompleta, é mais valiosa do que uma resposta trivial, posto que impulsiona o pensamento na busca da razão, revelando o sistema da dúvida sistemática. Também, se utilizavam do

<sup>33</sup> A diferença entre esses dois tipos de equidade ressalta da comparação entre o art. 4º e o art. 1º do Código Civil suíço. O art. 4º (equidade individual) manda que o juiz leve em conta as circunstâncias do caso concreto. O art. 1º (equidade social) ordena que, na falta de norma reguladora, o juiz aplique a que ele próprio formularia se fosse legislador. Nessa hipótese, a equidade é fonte formal do Direito. É o que deve acontecer, entre nós, no Mandado de Injunção. TORNAGHI, Hélio. O Mandado de Injunção. *Revista de Processo* nº 56, p. 43, ano 14, outubro-dezembro, 1989, Editora Revista dos Tribunais.

<sup>34</sup> *Código suíço de 10 de dezembro de 1907 (como em 23 de janeiro de 2023): ao se referir a aplicação da lei estabelece no seu art. 1º - 1. A lei se aplica de acordo com a sua redação ou interpretação a todas as questões jurídicas para as quais ela contém uma disposição. 2. Na falta de disposição, o tribunal decidirá de acordo com o direito consuetudinário e, na falta de direito consuetudinário, de acordo com a regra que faria enquanto legislador. 3. Ao fazê-lo, o tribunal seguirá a doutrina e a jurisprudência estabelecidas. E a discricção judicial no seu art. 4º. Quando a lei confere discricionariiedade ao tribunal, ou faz referência a uma avaliação das circunstâncias, ou a uma boa causa, o tribunal deve proferir a sua decisão de acordo com os princípios da justiça e da equidade.*

<sup>35</sup> *O parecer do jurisconsulto não se beneficia de qualquer poder coativo, que só o tem o magistrado. Desta forma, o sentido das responsa prudentium é o de exprimir o conteúdo de uma regra individual (por dirigida ao caso concreto), que a decisão dos magistrados tornará obrigatória. O seu valor como fonte de conhecimento do Direito estará, assim, ligado ao modo de produção de Direito em que a resposta se inspire: lei, costume, edito, senatusconsulto...* E foi através do seu labor sobre estes diversos fatos de produção normativa que a jurisprudência deu um caráter substancialmente unitário à ordem jurídica romana elaborando conceitos, figuras, regras e princípios comuns a tais fatos. *Por isso, a interpretatio prudentium não é só método, mas também substância jurídica, ela é essencial para a conservação do edifício social romano.* HOMEM, Pedro Barbas. *Jus e Lex*, Estudos de Direito Romano. p. 227, Editora AAFDL, 1989.

<sup>36</sup> *"Compreender as leis não consiste em reter suas palavras, mas em compreender seu fim e seus efeitos." (Cels. 26 dig.). Cfr. D. 1, 3, 17. "As leis, para respeitar sua vontade, devem ser benignamente interpretadas." (Cels. 29 dig.). El Digesto de Justiniano, Tomo I, Constituciones Preliminares y Libros 1-19. p. 56. Version castellana por A. d'Ors, F. Hernandez-Tejero, P. Fuenteseca, M. Garcia y J. Burilo. Editorial Aranzadi, Pamplona, 1968.*

reduccionismo científico de Descartes, descoberto no século XVII, ao estabelecerem os limites da discussão do justo pela "*litis contestatio*",<sup>37</sup> estabelecida pelo colegiado dos pretores, que definia o objeto do processo.

Embora submetido sempre a organismos colegiados, que possibilitavam a dissonância cognitiva entre um número menor de integrantes, estabeleciam uma dialética mais fundamentada e transparente na busca do ponto comum da razão.

*Desta forma, sempre de forma colegiada, difundiam poder e informação, repartindo as decisões entre várias pessoas e instituições e alcançando o ponto comum da razão pelo sentimento majoritário convergente, o justo e verdadeiro como consequência de um referencial metodológico que expressava os valores da lei, da doutrina, da jurisprudência e dos costumes da contemporaneidade romana.*

*Em Atenas, embora Platão acredite que, por uma razão matemática, era mais fácil alcançar este desiderato educando os homens de forma que pudessem ser justos e equilibrados na direção da Polis, adotavam o método convergente do ponto comum da razão pela expressão majoritária de sentimentos, manifestação política, não jurídica, do que é o Direito.*

O ponto comum da razão em Roma era descoberto como expressão de sentimentos e como manifestação do discricionário, constituído entre os espaços deixados pelo *ius civilis*.<sup>38</sup>

Os filósofos gregos e os considerados contemporâneos acreditavam que a razão era uma manifestação individual de cada pessoa, que pela educação seria capaz de gerar um juízo adequado de valor em relação ao todo, a massa.

Para os romanos, o método convergente do ponto comum da razão era iniciado pela dissonância cognitiva do contraditório e da ampla defesa entre as partes, de forma que, pela manifestação colegiada dos pretores, em média em número de seis, expressava a fórmula como o ponto comum da razão fundamentado nos espaços deixados pela lei para elaborar a fórmula de efetividade e exercício do direito em conflito.<sup>39</sup>

<sup>37</sup> A *litis contestatio* da época clássica era aquele momento do processo, em que definitivamente se fixava na fórmula o objeto da controvérsia. Nesse momento, a posição jurídica dos litigantes ficava perpetuada; o juiz tinha de julgar de harmonia com ela. O efeito principal e característico da *litis contestatio* clássica era o da consumação da ação. Quer dizer, uma ação que, por uma determinada *causa iuridica*, tivesse sido objeto de uma *litis contestatio*, já não podia voltar a propor-se, outra vez, com base na mesma causa – o que se exprimia pelos adágios "*non bis in idem*" ou "*bis de eadem re ne sit action*". CRUZ, Sebastião. *Direito Romano*, I Introdução. Fontes. 4ª edição, Coimbra, 1984, nota 296, p. 246, com referência a A. d'Ors, *Elementos*, p. 73.

<sup>38</sup> A expressão *Ius Romanum* comprometida com o processo de uniformização legislativa conduzido e liderado por Roma, pela posição hegemônica de força que então tinha, não pode designar a harmonização voluntária de principia iuris existentes no "*fundo consuetudinário comum*". A união da *urbs* Roma ao *orbis Romanus* operou-se através de um conjunto de normas, positivadas a partir de Diocleciano, que sistematizaram a disciplina "jurídica" no espaço denominado por Roma, sob a designação "*Ius Romanum*". No entanto, a persistência dos costumes jurídicos locais após a constituição Antoniniana revela a ineficácia do *Ius Romanum positivum* (C. 1, 17, 1, 10) como forma integrativa suficiente para tratar a relação jurídica entre o homem e lugar. PINTO, Eduardo Vera-Cruz. *Ius Commune Humanitatis ou Lex Mundi?* Vol. III, p. 947. Tese de doutoramento na Universidade de Lisboa, 2001.

<sup>39</sup> Cabia ao pretor substituir o cônsul nos seus impedimentos no governo civil da cidade. Não por delegação do cônsul, isto é, por *acto* deste, mas por competência própria nos termos "Constitucionais". Era ele que convocava os comícios para a eleição dos magistrados menores e apresentava propostas de lei para aprovação

Elaborada a fórmula de efetividade do jurídico, o processo é remetido ao *iudex* para a aplicação do direito nela contido, efetivando o que foi decidido pelo Pretor, que agora era considerado lei através dos seus *edictos*.

*Era a insuficiência do ius civile que fazia o Pretor romano recorrer a jurisconsultos, aos seus editos de jurisprudência e aos costumes para, através da praeceptio iuris, determinar a fórmula do justo e verdadeiro.*

## **5. A diferença entre o sistema inglês e o americano de precedentes e o sistema criativo do justo pelos romanos**

O Pretor romano, ao criar direito com base nesses vetores, não estabelece um método semelhante ao do direito inglês e americano, pois este se baseia no precedente, que é um só, ou seja, uma solução dada a um caso antecedente que só vale na medida em que é bom, justo, e que, por isso, faz justiça.

O método inglês se aproxima mais da convenção ou do sistema legal, posto que busca na convenção do justo a base do seu Direito, construído em qualquer época, ao passo que o sistema equitativo de construção do Direito pelos romanos abre o espaço cognitivo para todos: natureza e convenção, pois considera os *mores maiorum* as manifestações dos jurisprudentes e a lei como formadora do jurídico, do Justo, do Direito, devidamente fundamentado nas premissas de não abusar do seu direito, não prejudicando ninguém e dando a cada um o que é seu.

## **6. A diferença entre a *interpretatio prudentium* e a *interpretatio legis***

Portanto, na jurisdição legal, nos nossos dias, quando existe lei, o aplicador deve utilizar o método interpretativo, através dos elementos: histórico, gramatical, lógico ou teleológico e sociológico, determinando a *mens legis* e estabelecendo se o preceito deve ser interpretado de forma restritiva ou ampliativa, para depois, determinar os casos em que a lei vai ser aplicada.

*A interpretatio prudentium<sup>40</sup> dos romanos se apresenta como uma atividade criadora da eficácia da prudência, do direito por equidade, para ser aplicada ao caso concreto, através do método criativo do justo, que toma como referência a lei, a jurisprudência constituída pelos edictos do Pretor, o costume (mores) e a doutrina dos*

---

*aos comícios.* Por vezes o Senado encarregava o pretor de comandar o exército fora da cidade. A pretura era uma magistratura monocrática, ordinária, permanente e, inicialmente, unitária. Em 242 a.C. juntou-se ao pretor urbano (que resolvia os conflitos entre cidadãos romanos) o pretor peregrino (que intervinha nos conflitos entre cidadãos e peregrinos). Com o aumento do território e das funções (nomeadamente as jurisdicionais através das *quaestiones*), os pretores passaram a ser seis. Sila fixou o número de pretores em oito. O pretor urbano e o pretor peregrino não constituíam um colégio como nas outras magistraturas. PINTO, Eduardo Vera-Cruz. *Introdução ao estudo do Direito Romano*. As questões fundamentais. p. 151, AAFDL Editora, Lisboa, 2022.

<sup>40</sup> A *interpretatio prudentium*, como atividade que medeia entre a norma e o caso, está intimamente ligada aos fatores materiais de produção e conservação do Direito. HOMEM, Pedro Barbas. *Jus e Lex*, Estudos de Direito Romano. p. 226, Editora AAFDL, 1989.

*jurisconsultos.*<sup>41</sup> O metodológico se apresenta como a verdadeira distinção entre o arbitrário e o discricionário, pois se a lei grega era uma manifestação de sentimentos da assembleia dos 6 mil representantes da sociedade reunidos na ágora, agora se apresentava como um método fundamentado, exercido dentro de parâmetros deixados pela lei, por contraste com o justo em relação as circunstâncias individuais ou sociais não previstas.

Nesse sentido, “a liberdade de que gozava o prudente no processo de achamento das soluções jurídicas, correspondendo basicamente a um método tópico, não era favorável ao desabrochar despótico da lei no quadro da ordem jurídica romana. A lei estabelecia apenas uma solução guia a ponderar de acordo com o critério axiológico rector do *bonum et aequum*”.<sup>42</sup>

## 7. A filosofia, o direito natural e a ciência

Para entendermos como os romanos chegaram a esta dinâmica, precisamos recuar no tempo, pois a história e a filosofia não são suficientes para entendermos as contradições dos filósofos na antiguidade clássica em relação ao método romano de desvendar e constituir a regra e a solução para o conflito de forma justa e verdadeira.

A busca da igualdade de valor entre os homens começa 30 mil anos antes da era cristã, pois a coesão forçada pela concentração de grupos em locais protegidos deu o impulso definitivo ao moderno *Homo sapiens*.<sup>43</sup> Com a partilha de refeições cozidas, adveio uma forma universal de conexão social, pois junto com os locais de acampamento ao pé do fogo, veio a divisão do trabalho, que surgiu automaticamente, pois já existia uma predisposição dentro dos grupos à auto-organização por hierarquias dominantes, com diferenças entre machos e fêmeas e entre jovens e velhos.<sup>44</sup> A seleção natural não é um projeto divino, foi a força que abriu esse caminho na busca pelo justo e verdadeiro, o ponto comum da razão, que começa a ser documentado na antiguidade clássica, na *Polis*. *Esse anseio pela liberdade de poder ser igual no grupo, ter o mesmo valor, persiste exatamente como no início da socialidade, quando os caçadores coletores, ao dividirem a caça, iniciam o processo de construir a consciência inata<sup>45</sup> de igualdade com valoração e com individualidade: a equidade.* Tratar os iguais de forma igual e os desiguais de

<sup>41</sup> Daí resulta o caráter secundário da *interpretatio prudentium* por operar sobre algo preexistente, mas também resulta uma ampla liberdade crítica por o prudente se situar fora dos órgãos de criação e aplicação do Direito. A função da jurisprudência era então a de coordenar os vários modos de produção de *ius*, adequando-os às exigências de justiça material presentes nos casos concretos a ele apresentados. HOMEM, Pedro Barbas. *Jus e Lex*, Estudos de Direito Romano. p. 219, Editora AAFDL, 1989.

<sup>42</sup> HOMEM, Pedro Barbas. *Jus e Lex*, Estudos de Direito Romano. p. 253, Editora AAFDL, 1989.

<sup>43</sup> WILSON, Edward O. *A Conquista Social da Terra*. p. 60, tradução Ivo Korytovski, 1ª edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

<sup>44</sup> WILSON, Edward O. *A Conquista Social da Terra*. p. 64-65, tradução Ivo Korytovski, 1ª edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

<sup>45</sup> A consciência, tendo evoluído por milhões de anos de luta de vida e morte e sobretudo devido a esta luta, não foi projetada para o autoexame, ela foi projetada para a sobrevivência e a reprodução. O pensamento consciente é movido pela emoção, estando totalmente comprometido com o propósito de sobrevivência e reprodução. WILSON, Edward O. *A Conquista Social da Terra*. p. 17, tradução Ivo Korytovski, 1ª edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2013.



forma desigual na proporção de sua desigualdade.<sup>46</sup> Como esse conflito era decidido pela força, podemos deduzir que aqueles que passivamente aceitaram uma divisão injusta, não sobreviveram a idade da pedra. *Dessa conclusão lógica, consideramos que os mitos compartilhados entre gregos e romanos de Democracia e República, como métodos de busca dessa igualdade de valor, expressam esse gen dos humanos na construção de metodologias de constituição de igualdades entre grupos sociais.*

Essa busca incessante revela que a característica do conceito mítico de Democracia dos antigos, é a irrestrita difusão de poder, informações e a repartição de decisões entre várias pessoas e instituições, de forma a alcançar o ponto comum da razão, aquilo que é verdadeiro e justo, como resultado do sentimento convergente da maioria, efetivando a igualdade de valor para todos.

Nessa dinâmica, *o método romano considerava a lei, a doutrina, a jurisprudência e o mores maiorum como referências e elementos de motivação da valoração da dissonância cognitiva no colegiado dos pretores.*

Portanto, se o direito natural emerge da sociedade civil, era nela e na lei que os romanos buscavam os parâmetros para expressar seu juízo de valor equitativo, proporcional. *Estabeleciam uma relação entre o sentimento do povo expresso nas redes intersubjetivas que ligavam várias pessoas em torno de valores comuns. Para eles, o costume também era lei, pois expressão da consciência da maioria do povo de que aquela regra era boa para a coletividade e devia ser preservada e seguida.*<sup>47</sup>

Buscavam a virtude como expressão desses valores, pois a biologia evolutiva nos mostra que hoje existem indícios substanciais de que o comportamento social humano surgiu geneticamente por evolução multinível. Se esta interpretação for correta, e um número crescente de biólogos evolutivos acredita que seja, podemos esperar um *conflito constante entre componentes do comportamento favorecidos pela seleção individual e aqueles favorecidos pela seleção de grupo.* A seleção no nível individual tende a criar competitividade e comportamento *egoísta* entre membros do grupo em torno de *status*, acasalamento e acesso a recursos. Já a seleção entre grupos tende a criar um comportamento desprendido, expresso na maior generosidade e *altruísmo*, os quais por sua vez promovem uma maior coesão e aumentam a força do grupo como um todo.<sup>48</sup> É nessa expressão de sentimentos que distinguem o egoísmo como pecado e o altruísmo como virtude.

<sup>46</sup> Na parábola do bom samaritano, Jesus ensina que o próximo a amar pode ser um estrangeiro, com outra religião e com outros costumes. O ensinamento de prescindir de todos os vínculos familiares, étnicos, religiosos e políticos, quando estivesse em causa o amor ao próximo, foi e permanece sendo um escândalo. PINTO, Eduardo Vera-Cruz. *Jus Commune Humanitatis ou Lex Mundi?* Vol. III, p. 923. Tese de doutoramento na Universidade de Lisboa, 2001.

<sup>47</sup> A vida jurídica decorria debaixo de uma rígida separação das funções dos órgãos dos *civitas* romana: através desse critério de produção de regras jurídicas se garantia a cidade contra o arbítrio e o despotismo do criador jurídico. *O papel do legislador estava limitado pela atividade dos intérpretes – os prudentes – e dos aplicadores do Direito – o pretor e o juiz não eram onnipotentes.* HOMEM, Pedro Barbas. *Jus e Lex*, Estudos de Direito Romano. p. 219, Editora AAFDL, 1989.

<sup>48</sup> WILSON, Edward O. *O Sentido da existência humana.* Tradução de Érico Assis, p. 328, 1ª edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

Ao limitarem a influência do arbítrio religioso, separam-no da ética, que *na visão empirista* é a conduta favorecida de modo suficientemente sistemático através de uma sociedade para ser expressa como um código de princípios. *É impelida por predisposições hereditárias no desenvolvimento mental – os “sentimentos morais” dos filósofos iluministas –, causando ampla convergência entre culturas, enquanto atinge a forma precisa em cada cultura de acordo com circunstâncias históricas.* Os códigos, que os observadores externos os julguem bons ou ruins, desempenham um importante papel na determinação de que culturas florescem ou declinam.

A importância da visão empirista é sua ênfase no conhecimento objetivo. Como o sucesso de um código ético depende de quão sabiamente ele interpreta os sentimentos morais, seus forjadores deveriam saber como funciona o cérebro e como se desenvolve a mente. O sucesso da ética também depende da previsão exata da consequência de ações específicas em relação a outras, sobretudo em casos de ambiguidade moral. Isso também exige muito conhecimento coerente entre as ciências naturais e sociais.<sup>49</sup>

Não tem sido outra a relação entre a lei e as redes intersubjetivas de sentimentos comuns convergentes em questões sociais como: aborto, relacionamentos homoafetivos, famílias e filiações multiafetivas e um amplíssimo etc., decorrente das relações da sociedade em rede na era da informação.

Essa metodologia romana também utilizava os métodos dedutivo e indutivo da ciência moderna, posto que deduzir é descer do geral ao particular, da regra para o caso e do abstrato para o concreto. Exemplo: todo aquele que professa a religião judaica abstém-se da carne de porco. É uma proposição geral. Dela posso deduzir que determinado praticante do judaísmo não come carne de porco. Na indução dá-se o inverso. Da observação de casos particulares, chega-se à regra geral, fato comum nas ciências naturais. Hoje, verifico que após um fenômeno ocorreu outro; amanhã a mesma coisa, e assim, sucessivamente. Vejo que isso acontece sempre e em toda a parte, não apenas eventual ou casualmente, não por coincidência, mas porque entre os dois fenômenos existe uma relação de causa e efeito. Induzo daí, dos casos particulares observados, uma regra geral: toda vez que ocorrer o fato A produzir-se-á, o fato B.<sup>50</sup>

## 8. A natureza como *gen* e o costume como cultura

A lei mostra-se como uma regra cuja origem e força obrigatória deriva do acordo ou convenção dos membros do grupo. *A lei ou convenção tem a tendência ou a função de esconder a natureza; tendência alcançada na medida em que a natureza é, de início, vivida ou “dada” exclusivamente como “costume”.* Nesse sentido, a busca filosófica das coisas primeiras é orientada pela compreensão do “ser”, que para nós se relaciona

<sup>49</sup> WILSON, Edward O. *A Unidade do Conhecimento*. Consiliência. p. 229, tradução de Ivo Korytowski, Rio de Janeiro, Campus, 1999.

<sup>50</sup> TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. p. 159, São Paulo: Saraiva, 1977.

aos *gens* dos humanos somados a cultura, onde o “ato de ser” é mais de acordo com a distinção que separa o “ser em verdade” e o “ser em virtude da lei ou convenção”, o primeiro baseado no costume: *a ordem imaginada da maioria dos integrantes do grupo de que aquela regra ou valor é boa para a coletividade e deve ser respeitada.*<sup>51</sup>

Mas temos que considerar que *o aparecimento da filosofia afetou radicalmente a atitude do homem diante das coisas políticas em geral e das leis em particular, pois atingiu profundamente a compreensão dessas coisas.* Originalmente, a autoridade por excelência ou a raiz de toda autoridade era o ancestral. A descoberta da natureza desarraigou essa pretensão do ancestral; *a filosofia abandona o que é ancestral e almeja o bem, o que é intrinsecamente bom, o que é bom por natureza.* Contudo, a filosofia abandona o ancestral em nome de algo mais antigo. A natureza, os *gens* dos humanos, é anterior a toda tradição e, nesse sentido, mais venerável que toda a tradição.

A natureza supre não apenas o material de todas as artes, mas também seus modelos; “as coisas mais grandiosas e mais belas” são as obras da natureza, não da arte. *Portanto, ao desarraigar a autoridade do ancestral, a filosofia reconhece que a natureza é a autoridade e essa diferença fundamental entre natureza e convenção é condição necessária para o aparecimento da ideia de direito natural.* Portanto, *a partir dessa constatação, podemos concluir que o direito natural, ou seja, a biologia evolutiva dos humanos, é a fonte para explicar as convenções filosóficas.*

*Nesse sentido, para estabelecermos uma distinção clara entre o natural e o convencional, devemos retornar ao período na vida do indivíduo e da espécie que antecede a convenção.*

Do ponto de vista dos antigos, entretanto, a questão das origens é de importância decisiva porque a resposta correta a esse respeito esclarece o *status* e a dignidade da sociedade civil e do Direito. *As origens, ou a gênese da sociedade civil, ou do certo e do errado, são investigadas para saber se a sociedade civil e o certo, ou o errado estão baseados na natureza, ou apenas na convenção.*<sup>52</sup> Nesse sentido, o *gen* igualitário do homem e a dualidade do pensamento abstrato, com o homem

<sup>51</sup> A gênese do primitivo direito em Roma vem desde há longo tempo a ser objeto de estudo por parte dos romanistas, centrando-se boa parte da atenção dedicada ao problema nos conceitos de *ius* e *fas*. A partir de textos oriundos de épocas já tardias, que identificavam o primeiro com a lei humana e o segundo com a lei divina, foi ideia dominante durante muito tempo a separação inicial entre o campo do Direito e o da Religião, *parecendo, mais consentâneo com a realidade, não os colocar em campos diversos, já que o ius parecia apresentar na sua origem características nitidamente religiosas.* NOGUEIRA, José Duarte. *Jus e Fas*, Estudos de Direito Romano. p. 176, Editora AAFDL, 1989.

<sup>52</sup> Tanto para um como para outro, várias origens têm sido propostas. Para o primeiro (*fas*), duas hipóteses são apresentadas. Segundo uma, de acordo com a própria tradição romana, a palavra seria fundada no radical *dha* ou *dhe* foneticamente transformado, significando na sua origem *lei* ou *estatuto divino*, com correspondência em palavras gregas fundadas na mesma raiz. De acordo com outra, tida genericamente como mais provável, a raiz seria *bha* ou *bhe*, significando “aparecer” ou “falar” (*fari*), também com correspondência no grego. Significaria assim, “*manifestação da vontade divina*”. Quanto ao *ius*, igualmente têm sido apresentadas alternativas. Uma primeira relaciona-se com *Iovis* (Jupiter), cujo símbolo entrava no ritual do juramento primitivo. A prova estaria na palavra *iovestod*, significando *iustus*, gravada numa antiga pedra do Foro Romano. Esta hipótese que tendia a ser posta de lado, parece conseguir, nos últimos tempos, de novo, adeptos, como alguns autores fazem notar. NOGUEIRA, José Duarte. *Jus e Fas*, Estudos de Direito Romano. p. 179, Editora AAFDL, 1989.

dividido entre o mundo material e o dos fenômenos, fazem com que o núcleo de cada religião ou partido de sucesso sejam a criação ou a ideologia igualitária que prometem o bem-estar de todos e que ao explicar o mundo e colocar seus crenças como o povo escolhido – aceitam o sistema de crenças – e passam a se sentir em seu centro. Há muitas vezes um mistério, um conjunto de instruções e fórmulas secretas disponíveis apenas a hierofantes que alcançam um estado superior de iluminação ou representam mais fortemente a ideologia do grupo. A cabala judaica medieval, o sistema de três graus do franco – maçonaria e os entalhes nos bastões de espíritos dos aborígenes australianos são exemplos de tais arcanos. O poder irradia do centro, reunindo convertidos e ligando seguidores ao grupo. São designados locais onde os deuses podem ser importunados, ritos observados e milagres testemunhados.

Disso tudo, o que se segue é que *as leis são de fato a obra, não da cidade toda, mas daquele segmento dela que por acaso está no comando. Desnecessário dizer que a democracia – que pretende ser o governo de todos – é na verdade o governo de uma parte, pois, na melhor das hipóteses, trata-se do governo da maioria dos adultos que habitam o território da cidade. Mas a maioria corresponde aos pobres, e estes são um segmento, ainda que numeroso, cujo interesse é distinto de outros segmentos. O segmento governante está exclusivamente preocupado, é claro, com seus próprios interesses, embora finja, por razões óbvias, que as leis, que estabelecem com vistas aos seus próprios interesses, são boas para a cidade como um todo.*

Nesse sentido, a consciência inata por igualdade, como manifestação genética e natural, é contra a inclinação do homem ser feito escravo ou ser tratado como “coisa”, no sentido jurídico. Da mesma forma que a “naturalização” como um fato em virtude do qual um estrangeiro “natural” é artificialmente transformado num cidadão “natural”. Dessa forma, todos os cidadãos são, na verdade, cidadãos “feitos” ou “natos”. *É a convenção que isola arbitrariamente um segmento da espécie humana e destaca-o do resto.*

Portanto, o que se apresenta como o bem comum é, na verdade, o interesse de uma parte que pretende ser o todo ou de uma parte que só forma uma unidade em virtude dessa afirmação, desse pretexto e dessa convenção, o que nos leva a concluir que se a cidade é convencional, o bem comum também é e, com isso, está provado que o Direito ou a justiça são convencionais. *Por isso, estas convenções só podem ser legítimas se submetidas ao método construtivo do justo por equidade, como fizeram os romanos na República, que vai indicar, pela convergência de sentimentos majoritários, onde reside o equilíbrio e a harmonia da cidade.*

O juízo de valor equitativo sobre o certo e o errado, baseado na regra natural de *“amar o próximo como a você mesmo, não fazendo com ele o que não gostaria que fizessem com você”,*<sup>53</sup> torna inteligíveis aquelas experiências simples, atinentes ao

<sup>53</sup> A caridade cristã (*agape*) não serve como conteúdo jurídico de uma norma geral de comportamento humano, mas como forma radical de interpelar consciências. O amor ao próximo não é um imperativo categórico formulável como lei universal juridicamente sancionada, nem regra de moral humana, *mas como condição constituinte do homem como pessoa na experiência concreta de relação.* Sem qualquer possibilidade

certo ou errado, que são a base das doutrinas do direito natural. Nessas experiências, *a justiça é compreendida como o hábito de abster-se de prejudicar os outros, ou como o hábito de ajudá-los, ou, ainda, como o hábito de subordinar o interesse de uma parte (do indivíduo ou de um segmento) ao interesse do todo.*<sup>54</sup>

Portanto, *se a cidade não é uma totalidade genuína, então aquilo que é chamado de “o bem do todo” ou o justo, em contraposição ao injusto ou egoísta, é, a bem dizer, apenas uma reviravolta do egoísmo coletivo e não há nenhuma razão para considerar o egoísmo coletivo mais respeitável do que o egoísmo individual.*

Strauss considera que, por natureza, cada um busca o seu próprio bem e apenas o seu próprio bem, ou seja, entende que nos humanos o sentimento de *egoísmo*<sup>55</sup> foi o que prevaleceu sobre a organização social primitiva. Entretanto, essa assertiva é contestada pela biologia evolutiva, que considera que no cérebro a aplicação de tal “punição altruísta” excita a ínsula bilateral, um centro do cérebro também ativado pela dor, pela raiva e pela indignação. Seu benefício para a sociedade é mais ordem e menos desvios de recursos do patrimônio público. Não resulta de uma deliberação racional por parte do altruísta. Ele pode de início incluir em suas reflexões o impacto derradeiro sobre sua família. O altruísmo se baseia num instinto biológico pelo bem comum da tribo, posto em marcha pela seleção de grupo, em que pequenos grupos de altruístas na época pré-histórica prevaleceram sobre grupos de indivíduos em desordem egoísta.

Mas na posição de Strauss, o que a justiça exige de nós é contra a natureza, pois *o bem natural, que não depende dos caprichos e delírios do homem, esse bem substancial, apresenta-se, pois, como o oposto daquele bem obscuro de “direito” e “justiça”, mas como expressão de “igualdade de valor”. Mesmo os que afirmam que o Direito é natural, têm de admitir que a justiça consiste numa espécie de reciprocidade: os homens estão obrigados a fazer aos outros aquilo que gostariam que lhes fosse feito. Os homens são obrigados a fazer o bem aos outros porque desejam ser beneficiados pelos outros: para ser bem tratado, deve-se bem tratar, o que revela que a igualdade de valor em todos os aspectos é o objeto do que entendemos por Direito.*<sup>56</sup>

---

de equívoco com as solidariedades sociológicas, utilitaristas e hedonistas ou com as várias formas históricas de filantropia, de misericórdia, de amizade e de Direito, apesar das semelhanças estruturais, só a *concordia/agape* pode substancializar relações geradoras de comunidade na sociedade humana disciplinada por um Direito aceite por todos. PINTO, Eduardo Vera-Cruz. *Ius Commune Humanitatis ou Lex Mundi?* Vol. III, p. 927. Tese de doutoramento na Universidade de Lisboa, 2001.

<sup>54</sup> Das referências de Sêrvio e Santo Isidoro, na visão clássica, retirou a historiografia durante bastante tempo a ideia de que desde os períodos mais recuados da história de Roma teriam existido dois sistemas de normas, um de origem divina, outro de criação humana, correspondendo o primeiro o *fas* e o segundo ao *ius*, equivalente mais tarde, respectivamente, ao *ius divinum* e ao *ius humanum*. NOGUEIRA, José Duarte. *Jus e Fas*, Estudos de Direito Romano. p. 182, Editora AAFDL, 1989.

<sup>55</sup> STRAUSS, Leo. *Direito Natural e História*. p. 57, Tradução de Bruno Costa Simões, São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

<sup>56</sup> *Fas* seria a vontade divina interpretada pelo chefe do grupo individualizado (*família* ou *gens*); o seu campo de aplicação seria o das *relações internas entre os membros do grupo sujeitos ao poder absoluto do chefe (pater)*. *Ius* é a *vontade divina operante nas relações entre os diversos grupos*, relações essas colocadas sob a tutela de *Iupiter-Iovis*, divindade comum a todos eles. NOGUEIRA, José Duarte. *Jus e Fas*, Estudos de Direito Romano. p. 182, Editora AAFDL, 1989.

A concepção de Strauss, por tomar como premissa que o sentimento de egoísmo é o que prevalece na humanidade, pressupõe que pelo convencionalismo todos os homens entendem fundamentalmente por justiça uma mesma coisa: *ser justo significa não prejudicar os outros, ajudar os outros, preocupar-se com o bem comum*. Partindo desse pensamento, entende que o convencionalismo rejeita o direito natural,<sup>57</sup> ao contrário do nosso entendimento, de que o convencionalismo, embora revelado imperfeito, insuficiente, é expressão desta busca pela igualdade de valor entre os homens.<sup>58</sup>

As suas razões de rejeição se apresentam como: 1) a justiça situa-se numa tensão inescapável com o desejo natural de cada um, que está direcionado exclusivamente ao seu bem particular; 2) na medida em que a justiça tem um fundamento na natureza – na medida em que é vantajosa para o indivíduo – as suas prescrições estão limitadas aos membros da cidade, isto é, a uma unidade convencional; de modo que o que é chamado de “direito natural” consiste em determinadas regras rudimentares de comodidade social válidas apenas para os membros de um grupo particular e que carecem, além disso, de validade universal, mesmo quando se trata de relações interiores aos grupos; 3) o que se entende universalmente por “direito” ou “justiça” deixa completamente indeterminado o sentido preciso de “ajudar”, “prejudicar” e “bem comum”; é apenas por meio de um detalhamento que esses termos adquirem uma significação plena e todo detalhamento é convencional.<sup>59</sup>

Ao tentar estabelecer a existência do direito natural, Platão reduz a tese convencionalista à premissa de que o bem é idêntico ao agradável. De maneira recíproca, vemos que o hedonismo clássico levou à depreciação intransigente de toda a esfera política. Não surpreenderia que a equação primitiva que identificava o bem ao ancestral tenha sido substituída, em primeiro lugar, pelo que estabelece a identidade entre o bem e o agradável, ou seja, pelos sentidos, pelos sentimentos humanos. Quando se rejeita a equação primitiva, com base na distinção entre natureza e convenção, as coisas proibidas pelo costume ancestral ou pela lei divina mostram-se ainda mais naturais e, portanto, intrinsecamente boas.

*As coisas proibidas pelo costume ancestral são proibidas porque são desejadas; e o fato de serem proibidas por convenção mostra que não são desejadas com base na convenção, mas sim desejadas por natureza. Assim, o que induz o homem a desviar-se da via estreita do costume ancestral ou da lei divina parece ser o desejo de prazer e a aversão à dor. E o bem natural parece ser o prazer. A orientação pelo prazer torna-se o primeiro substituto da orientação pelo ancestral.*

<sup>57</sup> STRAUSS, Leo. *Direito Natural e História*. p. 51, tradução de Bruno Costa Simões, São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

<sup>58</sup> *O fas é assim, de certo modo, já produto humano, embora estritamente relacionado com a vontade divina. O ius será a evolução lógica do conceito de fas, isto é, a expressão do uso que os homens fizeram da liberdade deixada pelos deuses, a mover-se no âmbito daquilo que não é proibido, ou seja, na esfera do fas, e materializa-se “em qualquer coisa de determinado, de estabelecido e de fixado positivamente: um poder, um preceito, uma faculdade, uma sentença etc”*. NOGUEIRA, José Duarte. *Jus e Fas*, Estudos de Direito Romano. p. 198, Editora AAFDL, 1989.

<sup>59</sup> STRAUSS, Leo. *Direito Natural e História*. p. 130-131, tradução de Bruno Costa Simões, São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

Para Strauss, o nobre é bom tão somente porque as pessoas o chamam de bom ou dizem que é bom; assim, o nobre é bom por convenção. Ele reflete de maneira distorcida o bem real em virtude do qual os homens estabeleceram a convenção fundamental, o pacto social, as Constituições dos Estados. A virtude pertence a classe das coisas úteis. De fato, ela é desejável, mas não por ela mesma. Só se torna desejável com base no cálculo, e contém um elemento coercitivo e, portanto, de dor. Ela, entretanto, produz prazer. Todavia, há uma diferença crucial entre a justiça e as outras virtudes. A prudência, a temperança e a coragem suscitam prazer devido às suas consequências naturais, ao passo que a justiça só produz o prazer que dela se espera – uma sensação de segurança – com base na convenção.<sup>60</sup>

*Mas segundo Aristóteles, “fazer o bem faz bem” o que nos leva a conclusão de que a virtude dá prazer, pois possibilita a harmonia e o equilíbrio, trazendo a sensação de realização e bem-estar. Esta ação é a finalidade a que a natureza é espontaneamente levada e não coagida. Ao passo, os homens são arrastados espontaneamente com o maior ímpeto, à virtude podem ser coagidos com dificuldade, pois estes valores são desenvolvidos pela educação, que amolda o caráter e potencializa a expressão do sentimento altruísta que prevaleceu nos humanos, expressão da virtude, em contraste com o egoísmo, manifestação de pecado.*

*O direito de natureza ou o justo é um symbolon do benefício que decorre de os homens não prejudicarem uns aos outros e não serem prejudicados. Isso não significa que haja o direito natural num sentido estrito, isto é, um direito independente e anterior a todas as convenções ou pactos: o symbolon se identifica com um tipo de pacto,<sup>61</sup> pois é expressão do altruísmo que prevaleceu na organização social dos humanos.*

Para nós, o direito natural é igualitário. A dúvida sobre o caráter natural da escravidão, bem como da divisão da espécie humana em diferentes grupos políticos e étnicos, encontra sua expressão mais simples na tese de que *todos os homens são livres e iguais por natureza, ou seja, têm o mesmo valor no grupo. A liberdade natural e a igualdade natural são inseparáveis uma da outra. Se todos os homens são livres por*

<sup>60</sup> “Nos casos em que não aplicamos as leis escritas, deve-se observar o que foi introduzido pelo uso e costume; e se isso estiver faltando em algum assunto, então o que quer que seja é o mais próximo e o mais congruente; e se isso também não aparecer, devo observar a lei que se aplica à cidade de Roma. Não é sem razão que *as leis inventadas pelo costume são observadas como lei* e esta é a lei que é declarada como sendo constituída pelo uso. Como *as mesmas leis por nenhuma outra causa nos obrigam mais do que por terem sido aceitas pela vontade do povo, obrigarão com razão também a todo o povo, obrigarão com razão também a todos que o povo aprovou sem nenhum escrito*; bem, o que importa que o povo declare sua vontade sofrendo ou com a mesma realidade e os fatos? Portanto, *também tem sido admitido com grande sucesso que as leis são revogadas, não apenas por voto do legislador, mas também com o consentimento tácito de todos por desuso.*” (Iul. 84 dig). “O costume deve ser observado como direito e como lei no que não está previsto como lei escrita”. (Ulp. 1 de off. proc.). Cfr. D. 1, 3, 32, e D. 1, 3, 33, (respectivamente). *El Digesto de Justiniano*, Tomo I, Constituciones Preliminares y Libros 1-19. p. 57. Version castellana por A. d’Ors, F. Hernandez-Tejero, P. Fuentesecca, M. García y J. Burilo. Editorial Aranzadi, Pamplona, 1968.

<sup>61</sup> STRAUSS, Leo. *Direito Natural e História*. p. 133, nota 44, tradução de Bruno Costa Simões. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

*natureza, ninguém é por natureza superior aos outros e, portanto, por natureza todos os homens são iguais entre si, e merecem desfrutar essa liberdade de poder ser igual.*<sup>62</sup>

Se todos os homens são livres e iguais por natureza, é contra a natureza tratar quem quer que seja como se não fosse livre e nem igual. *A preservação ou restauração da liberdade e igualdade naturais é uma prescrição do direito natural.*

Esse *gen* igualitário é sentido numa passagem do Críton de Platão, onde Sócrates deriva de um contrato tácito o seu dever de obediência à cidade de Atenas e às leis desta. Para compreender essa passagem, é preciso compará-la com o seu paralelo na República, segundo o qual o dever de obediência do filósofo para com a cidade não deriva de nenhum contrato. A razão para tanto é óbvia. A cidade apresentada na República é a melhor cidade, a cidade conforme à natureza.

Mas a cidade de Atenas, na qual vigia a democracia, era, conforme o ponto de vista de Platão, uma das cidades mais imperfeitas. O contrato só pode justificar a fidelidade a uma comunidade inferior, de prevalência de homens em desordem egoísta, pois o homem honesto, o altruísta, cumpre as promessas feitas a qualquer um, independentemente do mérito daquele a quem fez a promessa.

### **9. As fontes de constituição do jurídico, do justo, do Direito: o *ius praetorium***

O conceito de *ius praetorium* nos é dado através de um fragmento de Papinianus: (lib. 2 *Definitionum*), D. 1, 1, 7, 1: "*Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam. (Quod et honorarium dicitur ad honorem praetorum sic nominatum)*".<sup>63</sup>

Como se deduz do fragmento de Papinianus, o pretor é o intérprete da *lex*, mas sobretudo o defensor do *ius* e da *Justiça*. Interpretando o *ius civile* (sobretudo os passos obscuros), integrando as suas lacunas e corrigindo as suas aplicações injustas.<sup>64</sup> É, pois, um direito próprio dos magistrados, criado pelos magistrados.

O *ius civile* (D. 1, 1, 7 pr.) deriva do *populus*, dos comícios, do senado, do prínceps e dos jurisprudentes.

O *edicto* dos magistrados é um programa das atividades a realizar durante o tempo da sua magistratura, afixado publicamente no seu início de mandato.

<sup>62</sup> Hoje podemos distinguir o direito da magia e da religião. Os conceitos que deles temos são por sua vez produtos de lento aperfeiçoamento através de milhares de anos. A posição de Roma, em sua maior proximidade de épocas recuadas, permitiu-lhe ainda guardar vestígios dessa fase inicial pressuposta, que a pouco e pouco foram desaparecendo, não conseguindo chegar até nós. Por estas razões não pensamos que a chamada época dos demônios caracterize necessariamente uma etapa anterior a dos deuses, quando se signifique que o movimento evolutivo do homem se teria dado linearmente, através de representações mentais cada vez mais elaboradas, a atingir em determinados momentos uma projeção de tal modo notável, que delimitava uma nova etapa, entrando a anterior em regressão. NOGUEIRA, José Duarte. *Jus e Fas*, Estudos de Direito Romano. p. 205, Editora AAFDL, 1989.

<sup>63</sup> "O direito pretório é o que os pretores introduziram com a finalidade de ajudar (interpretar), ou suprir (integrar), ou de corrigir o *ius civile* por motivo (razão) de utilidade pública (o qual também é chamado honorário denominando-se assim em honra dos pretores) (gl.)."

<sup>64</sup> CRUZ, Sebastião. *Direito Romano*, I Introdução. Fontes. p. 297-298, 4ª edição, Coimbra, 1984.



O *ius praetorium*, em rigor, é uma *pars* do *ius honorarium*; mas uma parte tão grande que eclipsa ou, pelo menos, simboliza todo o *ius honorarium*. Por isso, em regra, fala-se indistintamente de *ius honorarium* ou *praetorium*. *É que o ius praetorium consubstancializa todo o ius honorarium; é o que tem relevância, é como se representa todo o ius honorarium.*<sup>65</sup> Também nessa criação é importante a atividade do pretor peregrino, que na doutrina atual é apontado como o principal criador de *ius*, pois aplica também o *ius gentium*, ou seja, o direito dos que não são considerados cidadãos romanos. O *ius civile* só pode ser alterado por uma das suas várias fontes já conhecidas (D.1, 1, 7 pr.), ou uma *lex (rogata, data ou dicta)*, ou por um *senatusconsultum*, ou por um constitutivo *principis*, ou pela *iurisprudencia*.<sup>66</sup>

O *ius praetorium* ou *honorarium* forma um sistema diferente de *ius civile*, mas não derroga o *ius civile*. *Completa-o, sobretudo adaptando a estática do ius civile à dinâmica das condições sociais e econômicas e, concretamente, o pretor obtém esse resultado admirável de permanente e fecunda adaptação, mediante expedientes seus, baseados ora no seu imperium ora um pouco mais tarde, também, na sua iurisdictio, ou seja, reflete as ordens imaginadas, as consciências jurídicas gerais do povo romano que emergem das redes intersubjetivas de sentimentos comuns convergentes da cultura contemporânea da sociedade civil romana.*<sup>67</sup>

O verdadeiro e primitivo *Ius Romanum* é o *ius civile*, mas o *ius praetorium* ou *honorarium* também é *Ius Romanum*. São como dois grandes sistemas dentro do mesmo Direito, que se completando e criando as soluções do justo, do Direito, revelam a completa coincidência com a cultura contemporânea do povo romano, que expressam o *Ius Romanum*.

Para isso, usava de expedientes baseados no seu *imperium*, para bem interpretar, integrar e corrigir o *ius civile*, como: as *stipulationes praetoriae*; as *restitutiones in integrum*; as *missiones in possessionem* e os *interdicta*.<sup>68</sup>

A *stipulatio praetoria* é uma *stipulatio* como outra qualquer, que tem de específico o fato de ser imposta pelo pretor a fim de proteger uma situação social não prevista pelo *ius civile* e que merecia proteção.

É importante destacar que antes da *lex Aebutia de formulis* a. 130 a.C. (?), o pretor não pode, diretamente, conceder proteção jurídica a uma situação da parte, que não é amparada pelo *ius civile*.

<sup>65</sup> CRUZ, Sebastião. *Direito Romano*, I Introdução. Fontes. p. 299, 4ª edição. Coimbra, 1984.

<sup>66</sup> CRUZ, Sebastião. *Direito Romano*, I Introdução. Fontes. p. 299, notas 361 e 362, 4ª edição. Coimbra, 1984.

<sup>67</sup> No mundo primitivo, provavelmente a noção de uma ordem exterior é identificada apenas pela percepção e, ao mesmo tempo, incompreensão que dela o homem sentia. Percepcionava-a essencialmente de um modo empírico, através da repetição dos fenômenos, mas constatava igualmente que por vezes ela se turbava em acontecimentos no meio dos quais o homem se sentia sem qualquer proteção. A noção essencial que podemos imaginar na época é a da existência de uma ordenação, colocada em fase dele, homem, numa relação de alteridade. Como tal, não havia ainda lugar à distinção de níveis jurídicos, religiosos ou mágicos. Por isso lhe chamámos período de indistinção inicial. NOGUEIRA, José Duarte, *Jus e Fas*, Estudos de Direito Romano. p. 205, Editora AAFDL, 1989.

<sup>68</sup> CRUZ, Sebastião. *Direito Romano*, I Introdução. Fontes. p. 302, 4ª edição, Coimbra, 1984.

Nessas hipóteses, o pretor, sempre dominado pelo sentimento de *suum cuique tribuere*, ao ver uma injustiça, recorre ao seu *imperium*, ou seja, ao seu poder de soberania a que ninguém pode se opor, pois se se opuser, o pretor tem meios para fazer respeitar as suas ordens, utilizando desde *missiones in possessionem* até à *addictio* de uma *manus iniectio*, ou seja, levando o demandado de novo à presença do magistrado para que, comprovada a sentença, o autorizasse a empregar a força.

*A partir da lex Aebutia de formulis, o pretor pode diretamente, ou seja, por si só, conceder uma actio a favor do pretendente da parte contrária, o que se denominava uma actio in factum concepta.* Nesta época, a *stipulatio* já era um negócio do *ius civile* e a *actio*, dela proveniente, é uma *actio civilis* denominada genericamente como *actio ex stipulatu*. *Por este modo indireto, o pretor cria direito nesta fase do ius praetorium, expressando o sentimento de justiça, com base nos valores revelados pelo costume da sociedade romana.*

Por esse método, o efeito de um negócio jurídico era inutilizado através de um outro negócio jurídico, contrário àquele que originou um resultado injusto. Numa fase logo a seguir, o pretor já nem sequer tem o incômodo de mandar desfazer a *stipulatio* ou ordenar a celebração de um negócio jurídico, pois considera essa *stipulatio* inexistente, sem eficácia jurídica, sem efeitos, como se não tivesse sido celebrada. As coisas voltam, restituem-se integralmente ao estado em que estavam, antes mesmo de ter sido concluída a imposta *stipulatio*. A finalidade da *restitutio in integrum* é subtrair à proteção do *ius civile* uma situação social ali protegida, mas que de fato levava a um resultado injusto.<sup>69</sup> *Note-se que ele não revoga dispositivos do ius civile, apenas afasta a sua aplicação ao caso concreto. Portanto, no aspecto jurídico desfaz um negócio jurídico válido mais injusto, colocando as coisas na situação como devem estar, ou seja, na situação anterior à celebração do negócio jurídico injusto, embora válido com base no ius civile.*

Portanto, a *restitutio in integrum* ou *integri restitutio* é um expediente do pretor, baseado no sentimento de equidade que trata os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual na proporção da sua desigualdade, que com base no seu *imperium*, considera inexistente um negócio jurídico que seria válido com base no *ius civile*, fundamentando sua decisão nas circunstâncias de fato que revelam o desvalor de um cidadão em relação a outro para, com base nesta circunstância, tomar essa decisão. *Através desta atividade, expressa a relevância da vontade nas ações humanas, corrigindo o desvio de finalidade no negócio jurídico com o dolo da fraude imposta ao injustiçado.*

*Com base no seu imperium concedia um interdictum, uma ordem sumária, como uma medida cautelar satisfativa do nosso tempo, para resolver de momento uma situação que tem pelo menos a aparência de um fundamento jurídico justo, de Direito (fumus iuris), condicionando esta ordem a uma apreciação posterior.*

Esse interdito podia ser concedido a pedido de um interessado ou, *em caso de interesse público, a pedido de qualquer cidadão, revelando a democracia participativa do nosso tempo, posto que esses interdicta denominavam-se populares.* Esses eram redigidos

<sup>69</sup> CRUZ, Sebastião. *Direito Romano*, I Introdução. Fontes. p. 313-328, 4ª edição, Coimbra, 1984.

em termos imperativos: *exibeas* (apresenta, mostra, exhibe); *restituas* (devolve, restitui); *vim fieri veto* (proíbo que se faça violência, que se perturbe alguém).

*Até a lex Aebutia de formulis que tem como característica ser aplicada já num processo escrito, o sistema de agere per formulas, a princípio existia a par do sistema das legis actiones, que é o sistema próprio da época clássica, caracterizador do direito romano desta época.*

*A fórmula é uma ordem escrita, dada pelo pretor ao juiz, para condenar ou absolver, conforme se demonstrasse ou não determinado fato, ou seja, a amplitude do Direito a ser aplicado, para revelar o que é justo, verdadeiro. Essa fórmula indicava a nomeação do juiz, geralmente escolhido pelas partes, que era um particular e não um magistrado.*

*Portanto, a posição do pretor, depois da lex Aebutia de formulis era afastar ou colocar a ação sob o ius civile, sempre que a justiça do caso concreto e a equidade assim o exigissem. Desta forma, o pretor passou a criar direito integrando e corrigindo diretamente o ius civile pela via processual.<sup>70</sup>*

*Essa busca de igualdade, que assegura a liberdade de poder ser igual, ter o mesmo valor no grupo, é sentida na expressão Aulus Agerius, que denominava o autor e tem como significado uma pessoa rica, isto é, com dinheiro e Numerius Negidius, demandado, significa homem pobre, sem dinheiro e outros bens, o que revela a preocupação de proteger os que tem contra os que não tem, conferindo igual valor a todos os romanos.<sup>71</sup>*

*Através de uma denegatio actionis, o pretor nega a concessão de uma actio civilis, pois verifica que a concessão, embora prevista no ius civile, seria injusta no caso concreto, efetivando a equidade individual (epiqueia) ou a equidade social da cidade de Roma em relação aos valores expressos na sociedade, por seus cidadãos, mas não previstos na lei. Através de uma exceptio, também podia frustrar uma actio civilis concedida por ele mesmo, pois através dela, não se desconhecia o direito do autor ou a objetividade do fato ilícito contestado, mas acrescentavam-se circunstâncias ou fatos relevantes que eram causa da exoneração da obrigação ou responsabilidade.*

*Portanto, depois da lex Aebutia de formulis, o pretor cria ius como expressão da medida do justo, como a “arte da medida”, o Direito, diretamente, através de ações próprias, pois como sabemos, actio e ius identificam-se.*

*Através de edictos (edicta) o povo sabia, antecipadamente e com segurança, todas as hipóteses previstas pelo ius civile ou pelo pretor, nas quais ele conferia ou não proteção jurídica.*

*Conforme houvesse ou não proteção jurídica, diria, respectivamente, e em relação ao ius civile: actionem dado ou actionem denegabo e em relação ao ius praetorium: iudicium dado ou iudicium denegabo. Assim, o ius praetorium não podia ser considerado arbitrário ou incerto, mas discricionário, pois, expresso dentro desses parâmetros, o*

<sup>70</sup> CRUZ, Sebastião. *Direito Romano*, I Introdução. Fontes. p. 333, 4ª edição, Coimbra, 1984.

<sup>71</sup> CRUZ, Sebastião. *Direito Romano*, I Introdução. Fontes. p. 335 e nota 409, 4ª edição, Coimbra, 1984.

que inspirava plena confiança, pois devidamente motivado. *Em teoria, o pretor não estava vinculado às disposições contidas no seu edictum, pois o respectivo conteúdo para ele era matéria arbitrária, mas na prática, respeitava sempre as disposições feitas, porque era ele o mais interessado nisso, para não comprometer a legitimidade e a segurança do ius praetorium.*

Entretanto, no ano 67 a.C., a *lex Cornelia de edictis praetorum* impôs ao pretor a vinculação ao seu próprio edicto.

*Esse método romano marca a transição dos métodos puramente casuísticos e grosseiros, para uma orientação, com base científica, pois expressão do sentimento de justiça que busca a igualdade de valor entre todos no grupo.*

Esta orientação foi devido à influência grega que, desde os últimos anos do século III a.C., principiava a ser conhecida em Roma. Os juristas romanos aprenderam dos retóricos e filósofos gregos o método dialético e adaptaram-no ao Direito. Agora, não contentes com a mera aplicação simplista de normas e de formulários existentes a situações concretas previstas, inventam novos formulários que correspondiam a novas necessidades não previstas, começando como *jurisprudentes* a investigar as relações lógico-jurídicas entre as instituições e os vários institutos, criando uma série de conceitos que eles definiam e classificavam. Essa assombrosa elaboração científica do Direito, do justo, levou muito tempo, mas não se sabe bem como se processou.

As *definitiones* e as *regulae*<sup>72</sup> são sintomas característicos de progresso na Ciência do Direito, pois a *regula* é fundada e legitimada sobre o *iustum* (direito objetivo) ou sobre decisões precedentes, mas não é criada apenas pela via meramente especulativa: *non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat* (D. 50, 17, 1), que significa: *Não existe direito porque há regra, mas porque existe direito objetivo, surge a regra.*

É importante registrar que esse método de criação do Direito a partir dos valores contidos no tecido social e expresso nas fórmulas de efetividade do justo pelo pretor, devido ao famoso *Edicto de Caracala* (212 d.C.) que colocou todos os habitantes do Império como *cives romanis*, no que respeita a negócios a serem julgados pelo *Ius Romanum*, provoca um baixo nível da ciência jurídica, reveladora do justo, do Direito, do ponto comum da razão que já começava a ser concentrado na figura do Imperador.<sup>73</sup>

## 10. O método criativo do justo pela equidade dos romanos

Promovida a resolução do litígio pelo autor, aquele que age e também chamado demandante, e uma vez estabelecido o contraditório com a chamada do demandado, aquele que nega o alegado, inicia-se a fase *in iure* do processo com a apresentação,

<sup>72</sup> As *regulae* valem automaticamente quando o princípio jurídico (racional) se identifica com as razões de decidir do caso concreto; quando Paulo, no D. 50, 17, 1. enuncia o processo de formulação da *regula*, ele nada indica quanto ao seu valor normativo. Este é atribuído não a regra em si, mas à coincidência entre o critério de decidir que a regra exprime com esse mesmo critério presente no caso concreto. HOMEM, Pedro Barbas. *Jus e Lex*, Estudos de Direito Romano. p. 241, Editora AAFDL, 1989.

<sup>73</sup> CRUZ, Sebastião. *Direito Romano*, I Introdução. Fontes. p. 338-399, 4ª edição, Coimbra, 1984.

pelo demandante, da respectiva pretensão, descrevendo os fatos considerados e deduzindo o pedido de tutela jurisdicional (*postulatio actionis*), o que traduz o método de reducionismo científico para a análise da situação concreta.

Como o compromisso era com a justiça e não a simples aplicação da lei, posto que os romanos não praticavam a *interpretatio legis*, mas a *interpretatio prudentium* demandante e demandado poderiam apelar à ampla discricionariedade do pretor, *postulando ações e exceções não previstas no edicto, fundamentando seus pedidos na interpretatio prudentium, a atividade criadora da norma justa a partir do fato social, dos mores maiorum e dentro dos parâmetros do ius civilis, dos edictos e das consultas aos jurisprudentes*. Portanto, *criavam o justo dentro do espaço deixado pela lei, quando injusta no caso concreto ou ausente de previsão, buscando legitimidade na fundamentação a partir desses parâmetros*.<sup>74</sup>

Por *decretum*, expressam a decisão relativa ao pedido deduzido, declarando o que é tido por *ius* (justo) no caso, mediante a redação de uma fórmula com a qual é concedida a ação, nomeado um juiz/árbitro e indicado o que deve apurar na fase *apud iudicem* para que possa proferir uma sentença de condenação ou absolvição. A dissonância cognitiva que possibilita a “dúvida sistemática”, essencial na descoberta do ponto comum da razão. Por este método criativo do justo (*ius*) que é institucionalizado como o modo legítimo de *agere* através da *lex Aebutia de formulis* (c. 130 a.C.). Com base nela, o processo formulário se sobrepõe para a utilização de métodos atuais de ciência como o reducionismo científico, que estabelecia o objeto do processo, e a avaliação com base na dedução, como vimos parte do geral para o individual, e a indução, que procede ao seu inverso, partindo da relação entre um fato e outro e a consonância entre o fenômeno individual, normalmente ligado a natureza e suas consequências.

*A lex Aebutia afastou o uso da legis actio per condicionem em juízo, substituindo-a pela conditio formularia que a prática pretória já havia estabelecido, nada criando em relação às restantes legis actiones, que forçaram o pretor a criar novas fórmulas para a conformação do caso.*

Essa chamada *cognitiones extra ordinem* é usada para identificar os diferentes modos de conformar a resolução pública de litígios que caracterizavam as duas ordenações sequenciais de atos conducentes ao *agere per legem* e o *agere per formulas*, existentes em Roma antes do principado, quando a dinâmica de construção do justo era

<sup>74</sup> “Também o que se tem confirmado por um antigo costume e se vem observando durante muitíssimos anos, como um modo, de acordo tácito dos cidadãos, se aplica como direito escrito.” (Hermog. 1 iur. Epit.) “A tal ponto que este direito tem grande autoridade porque foi precisamente aprovado de tal forma que não foi necessário colocá-lo por escrito.” (Paulo. 7 Sáb.) “Se alguém perguntar sobre a interpretação de uma lei, deve primeiro descobrir qual lei a cidade usou antes em casos semelhantes, pois o costume é o melhor intérprete das leis.” “O imperador Sétimo Severo, atualmente reinante, dispôs em reescrito que as dúvidas decorrentes das leis, o costume ou a autoridade dos precedentes devem prevalecer como lei.” “Assim, todo direito foi criado por consentimento ou constituído por necessidade ou confirmado por costume.” Cfr. D. 1, 4, 35; D. 1, 4, 36; D. 1, 4, 37; D. 1, 4, 38; D. 1, 4, 40. (respectivamente). *El Digesto de Justiniano*, Tomo I, Constituciones Preliminares y Libros 1-19. p. 57-58. Version castellana por A. d’Ors, F. Hernandez-Tejero, P. Fuenteseca, M. Garcia y J. Burilo. Editorial Aranzadi, Pamplona, 1968.

*construída de maneira plúrima, por magistraturas colegiadas, da base da sociedade e do conflito, para o centro decisório.*

O principado inicia a concentração da produção do justo a partir do príncipe, que passa a utilizar a lei como meio de dominação.

*A dissonância cognitiva na construção do justo, ius, Direito, era realizada entre o costume contemporâneo, revelado pelo Pretor, que adequava o Direito à realidade posta em avaliação e os órgãos colegiados que representavam o costume ancestral, estabelecendo uma dialética entre o novo e o antigo.<sup>75</sup>*

A instância mais representativa dessa ancestralidade era o *collegia sacerdotalia*, uma importante instituição com forte poder de influência sobre as decisões políticas. Dentre as mais importantes, podemos destacar o dos pontífices; o dos áugures; e os *duovia sacris faciundis* e depois os *collegia minora de flâmines e fetiales* e, através delas, se estabelecia o contraste entre o costume ancestral e o atual, desenvolvido entre o fas e o ius através da exclusividade na interpretação dos mores maiorum em contraste com as manifestações da jurisdição e através de *responsas* e *sententiae* (sentire) que expressavam o conteúdo do julgado pelo contido no ius e não pela forma como era constituído. Não expressavam apenas uma resposta racional e lógica, mas uma opinião fundada na auctoritas religiosa daquele que a profere legitimada por aquele que a pede, que não confundia a ratio iuris da auctoritas com a rationes decidendi.

Portanto, se no auge da República o contraste entre o costume atual e o ancestral era feito pelos *Comitia Centuriata*, no seu fim, com o Principado, a convergência e o contraste entre os costumes eram realizados pelo Colegiado de Sacerdotes. Note-se que se antes a representatividade do tecido social era feita perante os *Comitia*, no início da concentração do principado, o contraste é apenas pela manifestação do Colégio de Sacerdotes através da sua auctoritas, pois desprovido de potestas, ou seja, sem poder de vinculação.

A concentração do Principado afasta a atividade dos *Comitia*, como assembleias que reúnem e representam todo o *populus* de Roma, constituído de patrícios e plebeus e expressão da organização do exército romano.

Já os *concilia* reuniam em assembleia apenas a plebe romana.<sup>76</sup>

O *ius civile* protege a pretensão do reclamante ao responder à pergunta:<sup>77</sup> Há *actio*? As *legis actiones* correspondiam ao *ius civile* e conceder uma *actio* é o reconhecimento do direito de reclamar delimitado pela *lites contestatio*, definida pelo Pretor como o Direito a ser aplicado no conflito.

<sup>75</sup> Nesse sentido, a conclusão do Professor José Duarte Nogueira: "A religião e o Direito são assim campos diferentes, mas de certo modo relacionados". E em relação a diferença entre *Ius e Fas*, conclui que: "Qualquer das visões, nos parece, assim, parcial". NOGUEIRA, José Duarte. *Ius e Fas*, Estudos de Direito Romano. p. 211, Editora AAFDL, 1989.

<sup>76</sup> PINTO, Eduardo Vera-Cruz; ROCHA, Francisco Rodrigues; SANTOS, Jorge Silva; FREITAS, Pedro Caridade de. *Direito Romano*, Prontuário Jurídico. p. 97-108, AAFDL Editora, Lisboa, 2022.

<sup>77</sup> O importante a destacar no "método democrático", desenvolvido pelos romanos para criação do justo através do Pretor na República, é a independência entre a religião, a política e a atividade criativa do Direito, do justo, do *ius*, pelo Pretor.

Uma vez delimitado o âmbito ou objeto do processo, o *iudex* produz a prova, declarando o que foi provado ou não. Esse *iudex* é indicado pelas partes, decidindo em nome do Pretor, que é quem tem o *imperium* e a *potestas*.

*A lei, segundo Gaius I, 3, est quod populus iubet atque constituiti: é o que o povo ordena e determina.*

Os jurisperitos conseguem fazer do *Ius Romanum* um corpo de doutrina, um sistema jurídico formado por um conjunto de princípios, de divisões e de classificações, tudo baseado em terminologia rigorosa, em definições exatas e numa técnica jurídica perfeita.

O *Ius* passa a constituir uma forma nova de cultura, muito mais importante que a Oratória, revelando o valor da equidade na construção da solução justa para os desafios da sociedade romana em constante evolução,<sup>78</sup> pois “como intérprete do Direito o prudente como fonte do justo, Direito a ser aplicado pelo Pretor, deve expressar aquela opinião consensual através da qual se exprime o *Ius civile*. O consenso, não sendo o fundamento axiológico do *Ius civile* – não é um valor em si, mas uma técnica de formulação de um juízo válido, é o critério que permite encontrar, no emaranhado de opiniões, o Direito certo”,<sup>79</sup> que ganha vida em face da atividade do pretor.

### Referências bibliográficas

APPLETON, Charles; COLINET, Paul; VISCHER, Fernand de; MICHON, Lucien; SENN, Felix. *Recueil d'études su les sources du Droit en l'honneur de François Géný*. Editora Recueil Sirey, S.A., 1934.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Editora Martin Claret, 5ª edição. Tradução Torrieri Guimarães, 2001.

CRUZ, Sebastião. *Direito Romano*, I Introdução. Fontes, 4ª edição, Coimbra, 1984.

D'ORS, Álvaro. Principios para una Teoria Realista del Derecho. Em *Anuário de Filosofia del Derecho 1*. Madrid, 1953.

\_\_\_\_\_. *El Digesto de Justiniano*. Tomo I, Constituciones Preliminares y Libros 1-19. p. 46-47. Version castellana por A. D'Ors, F. Hernandez-Tejero, P. Fuenteseca, M. Garcia y J. Burilo. Editorial Aranzadi, Pamplona, 1968.

\_\_\_\_\_. *Uma Introduccion al estudio del derecho*. Ediciones Rialp, S.A. Madrid: 1963.

HANSEN, Mogens Herman. *The Athenian Democracy in the age of Demosthenes, Structure, Principles, and Ideology*. Translated by J.A. Crook. First published in 1991 by Blackwell Publishers Oxford, UK and Cambridge, Mass., USA.

HOMEM, Pedro Barbas. *Jus e Lex*, Estudos de Direito Romano. Lisboa: Editora AAFDL, 1989.

<sup>78</sup> CRUZ, Sebastião. *Direito Romano*, I Introdução. Fontes. p. 353, 4ª edição, Coimbra, 1984.

<sup>79</sup> HOMEM, Pedro Barbas. *Jus e Lex*, Estudos de Direito Romano. p. 266, Editora AAFDL, 1989.

HORKHEIMER, Max. *O eclipse da razão*. Tradução portuguesa de João Thiago Proença. Lisboa: Antígona, 2015.

JAEGER, Werner. *Paidéia, A Formação do Homem Grego*. Tradução de Arthur M. Parreira, Martins Fontes. São Paulo: 4ª Edição, 2001.

NOGUEIRA, José Duarte. *Jus e Fas, Estudos de Direito Romano*. Editora AAFDL, 1989.

PINTO, Eduardo Vera-Cruz. *Ius Commune Humanitatis ou Lex Mundi?* Volumes I, II e III, Tese de doutoramento na Universidade de Lisboa, 2001.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao estudo do Direito Romano*. As questões fundamentais. p.151, AAFDL Editora, Lisboa, 2022.

\_\_\_\_\_; ROCHA, Francisco Rodrigues; SANTOS, Jorge Silva; DE FREITAS, Pedro Caridade. *Direito Romano*, Prontuário Jurídico. AAFDL Editora. Lisboa: 2022.

STRAUSS, Leo. *Direito Natural e História*. Tradução de Bruno Costa Simões. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

TORNAGHI, Hélio. O Mandado de Injunção. *Revista de Processo* nº 56, ano 14, outubro-dezembro, 1989, Editora Revista dos Tribunais.

\_\_\_\_\_. *Instituições de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1977.

WILSON, Edward O. *A Conquista Social da Terra*. Tradução Ivo Korytovski. 1ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

\_\_\_\_\_. *O Sentido da existência humana*. Tradução de Érico Assis. 1ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

\_\_\_\_\_. *A Unidade do Conhecimento*. Consiliência. Tradução de Ivo Korytovski. Rio de Janeiro: Campus, 1999.



# A tutela penal do direito à vida frente aos novos valores da personalidade humana

Maria Fernanda Dias Mergulhão\*

## Sumário

1.1. O crime de aborto e as reivindicações do movimento feminista. 1.2. O crime de infanticídio e sua valoração de matiz religiosa. 1.3. A autolesão e o “direito de estar só”. 1.4. O psiquismo e as decisões de terminalidade da vida humana. 1.5. A colisão com outros direitos constitucionais: a liberdade de crença e o direito à informação.

## Resumo

O debate jurídico em torno do valor jurídico da vida humana no contexto do alargamento dos direitos da personalidade e da centralidade do ser humano, como epicentro do sistema jurídico, se faz necessário. As situações que tangenciam, e mesmo fulminam o direito à vida, passam a ter novos contornos, a exemplo dos crimes de aborto, infanticídio, do direito de estar só, e mesmo dos institutos denominados distanásia e ortotanásia.

## Abstract

*The legal debate around the legal value of human life in context of expanding personality rights and the centrality of the legal system, is necessary. The situations that touch, and even fulminate the right to life start to have new contours, like the crimes of abortion, infanticide, the right to be alone, and even the institutes called dysthanasia and orthothanasia.*

**Palavras-chave:** Direito à vida. Primazia. Princípios constitucionais. Preponderância. Infanticídio. Aborto. Autolesão. Direito de estar só. Distanásia e ortotanásia. Debate público e legislação superveniente.

A primazia da vida humana sobre todos os bens e direitos no ordenamento jurídico brasileiro se justifica não só por seu caráter jusnaturalista, de sacralidade e mesmo de direito fundamental, mas pela proteção empreendida pela Constituição da República em vigor. Afinal, tudo decorre do ser vivo.

---

\* Pós-Doutora em Direito Civil. Doutora e Mestre em Direito. Mestre em Sociologia Política. Ex-Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro. Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Nessa linha, a dignidade também é um valor, que merece tutela jurídica, a par de sua importância hermenêutica como base fundante do Estado Democrático de Direito, também de proteção constitucional.

Quando em conflito o direito à vida e o direito à dignidade, como valores tutelados pelo ordenamento jurídico, o exegeta, não raro, soluciona o conflito pela primazia da dignidade da pessoa humana, porque a dignidade, *in casu*, também é princípio constitucional. Embora a solução se apresente de fácil compreensão, há importantes conceitos que devem ser rememorados, a exemplo da distinção entre regras e princípios, e as formas de solucioná-los.

Nessa ordem de ideias, Sarmento<sup>1</sup> explica que no conflito entre princípios distintos aplicáveis sobre determinado caso concreto a solução dar-se-á pela técnica da ponderação de interesses, ao passo que se o conflito for entre regras jurídicas, não se aplica a ponderação de interesses solucionando-se através dos critérios hierárquicos, cronológicos e de especialidades.

Acerca do caráter absoluto do princípio da dignidade da pessoa humana, explica Sarmento<sup>2</sup> que em uma sociedade hipercomplexa, como a exemplo da brasileira, não seria viável sustentar o caráter absoluto de um princípio que tem a pretensão de disciplinar tantas questões e dimensões das relações sociais. Do contrário, os resultados práticos seriam inviáveis, o que o Direito não poderia ser indiferente. No que tange ao princípio da dignidade da pessoa humana, referido princípio sujeita-se ao processo de ponderação quanto em conflito com outro princípio constitucional, já que a dignidade humana tende a assumir peso muito elevado, mas não sempre prevalente nos processos ponderativos.

Na esteira dos fervorosos debates doutrinários, há de se ressaltar que há lacunas sensíveis no contexto médico-hospitalar, principalmente nas hipóteses relacionadas à ortotanásia e distanásia, respectivamente, morte natural no decurso de uma doença e prolongamento artificial da vida humana, também em decorrência de uma patologia ou falência orgânica, que culminam na finitude humana.

O debate público é por demais necessário em questões tão sensíveis e diretamente relacionadas à finitude humana, a exemplo dos limites da recusa terapêutica, a distanásia e mesmo a já admitida ortotanásia. É necessário ingressar nas inúmeras situações que cada instituto se refere e, de forma genérica e ampla, a edição de norma legal de âmbito nacional.

A instituição da ortotanásia, ainda que de forma transversa (via ato administrativo e chancelada por Tribunal distinto do STF em grau de recurso) impede a tipificação de crime culposo por negligência do médico ou mesmo a modalidade de crime omissivo por comissão, já que se insere na condição de garantidor.

### 1.1. O crime de aborto e as reivindicações do movimento feminista

Incluir questão da desigualdade social e realidade do Brasil, considerando o número de habitantes e IDH de todas as regiões do país, sobre o qual a abordagem

<sup>1</sup> SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2000. p. 45.

<sup>2</sup> SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2016. p. 304.

da temática é feita. Reflita-se sobre a narrativa da médica Julia Rocha, cuja praxe nas periferias brasileiras justifica o deslince em tom de desabafo, *in literis*:

Tenho encontrado mulheres com enorme desejo de colocar DIU, mas que nem sabiam que ele está disponível na nossa unidade. Homens com desejo de fazer vasectomia, mas que não podem vir em consultas agendadas por conta do trabalho. Mulheres hipertensas, diabéticas, com mais de 40 anos, usando pílulas inadequadas para pessoas com essas condições de saúde. Mulheres que desejam ter filhos, mas que nunca conseguiram engravidar e jamais foram avaliadas nesse sentido. Pessoas com múltiplos parceiros a quem o sistema de saúde nunca ofereceu testes rápidos para diagnóstico precoce de infecções sexualmente transmissíveis. São pessoas muito pobres, sem acesso à informação de qualidade sobre planejamento familiar, sem tempo para cuidado de si, trabalhadores exauridos da rotina, a quem *o Estado só se dirige para dizer a eles que o aborto é proibido*. (...) De algum modo, esquecemos que, nas periferias, a maior parte das famílias não tem acesso à informação de qualidade. *E, suspeito que isso não seja uma falha do Estado, mas um projeto. Um projeto de perpetuação da pobreza.*<sup>3</sup> (grifos nossos)

A partir do Código de Nuremberg (1946), ninguém contesta que a obrigação de submeter os protocolos de pesquisa a uma avaliação ética seja uma necessidade fundamental do direito das pessoas, uma obrigação tanto jurídica quanto moral. Desde então, todos aqueles que pretendem realizar esse tipo de pesquisa nos países em desenvolvimento devem igualmente submeter-se a essa obrigação, independentemente da existência ou não, no país considerado, de disposições legislativas ou regulamentares nesse sentido.

De longa data é o debate sobre a admissão do aborto, que sempre foi tema multidisciplinar, apesar da maior valoração religiosa na grande maioria dos países. Em território brasileiro, desde o início da colonização portuguesa, a Igreja Católica exerceu forte influência nos assuntos relacionados ao Estado.

Os jesuítas, portanto, desde o século XVI, não só catequizavam índios, como também opinavam sobre diversos aspectos da vida civil com regras de condutas próprias, muitas incorporadas em texto legislativo, as Ordenações.

Paralelamente às ideologias que giram em torno do aborto, paulatinamente as mulheres obtiveram importantes conquistas sociais em vários continentes do globo, principalmente após a segunda metade do século XX, o denominado feminista.

A tensão seria inevitável diante das antagônicas valorações em torno da mesma temática e dois grandes grupos se apresentaram: os favoráveis ao aborto e os contrários

<sup>3</sup> ROCHA, Júlia. *Pacientes que curam*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2021. p. 138-139.

à sua admissão. No primeiro grupo a ideologia feminista se filia, ao passo que no segundo, a vertente católica é a de maior expressão.

O início da vida humana consubstanciado no nascimento com vida através do primeiro respirar, credita-se estar em vias de superação nos tempos atuais diante do avanço tecnológico e inúmeras formas de reprodução humana artificial, onde se constata, também, o início da vida humana. Entretanto, há dissenso quanto ao início da vida humana, apesar de a tutela penal contra o aborto no Brasil tipificar a conduta como crime, apenas, no início de vida intrauterina.

Ultrapassadas essas questões, impõe-se o enfrentamento da autonomia da vontade da mulher quanto ao tratamento da própria saúde e, também, do ser humano em fase gestacional. Invariavelmente, o embrião/feto será afetado pelas decisões maternas.

Curioso que, juridicamente, no direito brasileiro há punição para o crime de aborto considerado como a morte do ser em formação com vida intrauterina, independentemente do período gestacional, na forma dolosa, salvo nas hipóteses de sacrifício para salvar a vida da parturiente ou quando a gravidez for proveniente de crime.

Mas e quanto às hipóteses de ausência ou irregular acompanhamento médico durante a gestação, o denominado “pré-natal”, intencionalmente, pela parturiente que acarrete malformação ou morte da criança, qual punição imposta à mulher? Nessa hipótese, no entanto, em que o aborto é atingido por via reflexa, não há tipificação e, portanto, não há crime na legislação brasileira.

A *mens legislatoris* é, de fato, atendida quando não enfrentados os limites da autonomia da vontade da gestante que pode importar, concretamente, riscos ao feto/embrião?

Esse debate objetiva discutir questões periféricas atinentes ao aborto e aos limites da autonomia da paciente, gestante, sem ingressar no âmago dos aspectos culturais, sociais, religiosos inerentes à sua admissão.<sup>4</sup> Não são questões relacionadas ao “aborto culposo”, fato atípico, mas da sua prática através do dolo alternativo ou eventual.

Registre-se o recente exemplo norte americano sobre o aborto, em fins de junho de 2022, que após décadas de admissão do aborto em todo o país, a Suprema Corte decidiu que cada Estado daquela federação tem autonomia para legislar favoravelmente ou não à sua admissão.

A legislação sobre o aborto é um indicativo das legislações supervenientes quanto aos limites da vontade da mulher gestante. Referida legislação não deixa de ser, em última

---

<sup>4</sup> O Ministério da Saúde estima que cada ano ocorre um milhão de abortos no Brasil, estima ainda que o abortamento é a quinta causa de mortalidade materna no país. Infere-se que: se um milhão de abortos são feitos, pensemos na aberração jurídica que seria o Tribunal do Júri julgar essa mesma quantidade de mulheres na prática do aborto. Necessita-se tirar da abrangência do Estado a vigilância e a punição sobre os corpos femininos, permitindo, assim, que o debate sobre o aborto saia do campo da legalidade e entre no campo social. Precisam-se de políticas públicas, de programas de educação sexual e da defesa da autonomia reprodutiva da mulher, com base em princípios da bioética, erigidos por Beauchampe e Childress. A questão do aborto não pode ser vista sob o prisma do dogmatismo e da intolerância, conforme denunciam Diniz e Ribeiro, como também a instituição do Tribunal do Júri não pode suportar ser o agente punitivo na encenação forçada pela ficcional legislação dissonante da realidade social.

análise, legislação restritiva à autonomia da vontade da mulher quanto à ingerência do próprio corpo, ainda que se argumente que há em formação uma vida humana intrauterina.

## 1.2. O crime de infanticídio e sua valoração de matiz religiosa

Infanticídio deriva do latim *infanticidium* – assassinio de criança:

Costuma-se confundir o estado puerperal com outros distúrbios decorrentes e/ou manifestados pela gravidez/parto/puerpério, como a depressão pós-parto, psicoses, neuroses, febre puerperal, infecção puerperal etc. Todavia, esse é um grande equívoco, pois esses males são passíveis de diagnóstico bem definido, não se enquadrando no artigo 123 do Código Penal, mas sim no artigo 26 ou parágrafo único, conforme o caso. O tratamento benigno dispensado à infanticida acarreta pesos diferentes a um mesmo bem jurídico, o que contraria a ordem do sistema, pois, enquanto se agrava a pena daquele que mata descendente, despreza-se essa condição de parentesco nas hipóteses de infanticídio, a mesma crítica podendo ser feita em relação ao motivo torpe.<sup>5</sup>

Examinar o crime de infanticídio sob o viés sociológico impõe analisar o Código Penal vigente como um de seus objetos, já que a análise sociológica não guarda semelhança com o discurso jurídico em que parâmetros relacionados à análise da conduta, configuração da tentativa, dolo e suas espécies, atenuantes, agravantes, causas de aumento ou diminuição de pena não cabem aqui.

No entanto, a análise sociológica é bem mais ampla e não impõe fronteiras, já que a natureza humana e suas opressões são os maiores objetos de análise. Nesse caso, ainda que existam diversos ordenamentos jurídicos que punam de forma muito semelhante ao Direito Penal brasileiro, serão apenas citados, a fim de que possa se extrair das culturas não tão distintas à brasileira (processo de colonização, desigualdade social acentuada, patriarcalismo, Igreja intimamente afeta às questões do Estado por longo período), a problemática aqui trazida pode ser muito semelhante a outras sociedades. A análise, portanto, do crime de infanticídio no Brasil será o recorte de pesquisa, momento em que o Direito e todas as leis subjacentes se constituirão em um dos objetos de pesquisa, relativamente, ao aparelho estatal repressor apto a coibir aquela espécie de conduta, que erige ao patamar de conduta criminosa.

É muito comum afirmações no sentido de que o crime de infanticídio e o crime de homicídio são os mais antigos da humanidade, já que comprovação bíblica do infanticídio existiria na Bíblia, em Gênesis, segundo o qual Abraão iria matar o próprio filho Isaque e fora impedido por um anjo, já que Deus comprovara sua devoção. Da

<sup>5</sup> MUAHAD, Irene Batista. *O Infanticídio*. São Paulo: Ed. Mackenzie, 2001. p. 170-171.

mesma forma, haveria comprovação desse crime na Lei das XII Tábuas (tábua 4ª), quando o pai estaria autorizado a matar o próprio filho que padecesse de deformidade física ou mental. Na Antiguidade, também há registros do crime de infanticídio ao serem citados os crimes em que o pai era autorizado a cometer contra seu próprio filho, nas hipóteses de deformidade ou pela frustração em não ter um filho (varão) ou por insuficiência de recursos materiais que garantam à subsistência, não raro, adotando-se os mesmos critérios os soldados e outras autoridades em cumprimento à ordem superior de um monarca, imperador ou ditador.

Importante apresentar essas definições de crime de infanticídio para apresentar que não serão essas formas de condutas incriminadas as que serão aqui examinadas porque o crime de infanticídio, desde o primeiro Código Penal brasileiro – 1830, e os demais (1890, 1940 vigente após reformas), nunca adotou essa forma de incriminar condutas, já que considera o crime de infanticídio o praticado pela mãe contra seu filho em estado puerperal durante ou logo após o parto (artigo 123 CP).

Embora o critério vigente para aferir a prática do crime seja a ocorrência do estado puerperal, houve códigos penais em que a “desonra própria” era considerada como motivo para a prática do crime pela mãe parturiente.

O que é o discurso jurídico oculto? Esse será o objeto principal da análise, ponto central da análise sociológica, segundo a qual a primeira análise, que não raro se faz presente no Brasil, apesar de a Democracia ser a espécie de Estado estruturado, são as leis editadas sem qualquer consulta popular, plebiscitos, raríssimos e, nessa retórica, oculta-se a verticalidade do discurso punindo severamente pessoas estigmatizadas pela desigualdade social, credo ou raça.

Não se discute que os números de crimes de infanticídio, comparados a outros crimes intencionais contra à vida humana, são de estatística baixa, mas nem por isso o objeto de estudo sociológico perde sua importância, já que há fatores importantes a serem discutidos nessa espécie de debate.

Nesse tópico, a título de ilustração, destaca-se a estatística colhida no Conselho Nacional de Justiça - CNJ, sendo ali apontados que nos anos de 2016 a 2019, o número de novos casos anuais de infanticídio que ingressaram na Justiça havia subido de 165 casos em 2016 para 1.723 em 2019. Fatores intrínsecos à coleta desses dados também não constitui objeto de pesquisa, já que a sua menção se esgota para, tão somente, corroborar a importância da análise sociológica, ainda que a estatística dos crimes de infanticídio seja considerada baixa.

O crime de infanticídio no atual Código Penal, bem como nos anteriores, confirma a cultura de opressão e estigma no sistema penal brasileiro contra as mulheres. A sanha punitivista é clara e o discurso é invertido para que a sociedade acredite que a suposta “malfeitora”, que “a mãe desnaturada e perversa” merece a punição de 02 a 06 anos de pena reclusiva<sup>6</sup> por ter matado o filho, o próprio filho, em estado puerperal, durante ou

<sup>6</sup> Exposição de Motivos da parte especial do Código Penal – DL nº 2848, de 07/12/1940: 40. O infanticídio é considerado um *delictum exceptum* quando praticado pela parturiente sob a influência do estado puerperal. Esta cláusula, como é óbvio, não quer significar que o puerpério acarrete sempre uma perturbação psíquica: é preciso que fique averiguado ter esta realmente sobrevivido em consequência daquele, de

logo após o parto. Percebe-se que o pleonasma utilizado – “o próprio filho”, impõe caráter interpretativo tendencioso à sanha punitivista opressora ao gênero mulher.

As relações de poder subjacentes ao tipo penal em exame revelam o interesse em manter o mesmo modelo patriarcal e as mesmas opressões às mulheres, que por muitas décadas, foram naturalizadas na sociedade brasileira.

O apelo midiático reforça a suposta legitimidade do discurso penal, autoritário, opressor e discriminatório, ao não admitir a condição emocional, física e psíquica da genitora como causa absolutamente suficiente para não incriminar a conduta!

O interesse estatal em incutir a figura materna como figura santa, ou às vias de uma suposta santificação, singela, serena e com amor infinito ao gerar uma vida humana em seu próprio ventre, jamais poderia se coadunar com tamanha monstruosidade, que seria ceifar um pequeno ser, ainda que sob o denominado “estado puerperal”. O Estado utiliza seu braço repressor para expurgar da sociedade as “genitoras criminosas” que foram agraciadas com o dom de dar à luz, com o pesado fardo de uma punição criminal rígida, e seu processo criminal antecedente não menos cruel. A sociedade brasileira, ou os que elaboraram a norma, são os que não toleram a alegação do estado puerperal como motivo justificante para a não incriminação desse delito?

Seria razoável conceber, numa visão de sistema, que o mesmo diploma repressivo, que usualmente é idealizado para ser utilizado como a “última *ratio*”, preveja esse crime como um dos que o Estado deve se desincumbir em processar e condenar, se confirmada a realização da conduta indesejada, quando esse mesmo diploma normativo prevê que em todos os crimes, desde a parte especial do referido Código, alcançando todas as leis especiais (todo o ordenamento jurídico penal), não haverá crime se o sujeito ativo comprovar que o praticou, por exemplo, quando comprovado estar alcoolizado ou que tenha suprimido sua consciência por substâncias entorpecentes, desde que comprovado o motivo de força maior ou caso fortuito (artigo 28 do Código Penal), isto é, desde que comprovado que o agente, deliberadamente, não se colocou naqueles estados anímicos, o que é absolutamente razoável e justo não serem aplicadas penas, ainda que crimes gravíssimos tenham sido praticados por pessoas nessas condições.

E o que dizer das mulheres que praticaram crime de infanticídio? O estado puerperal é idealizado, é controlado, é previsto? Qual distinção do estado puerperal, que acomete algumas parturientes durante ou logo após o parto, com o estado etílico ou entorpecida de pessoas que se encontram nessas condições por força de um atuar externo?

Não há distinção entre os dois casos, mas, não restam dúvidas que o alcoolismo, na redação primitiva do Código Penal, e a substância entorpecente, por força da interpretação dos Tribunais, hoje considerada pacífica, pretenderam alcançar o gênero

---

modo a diminuir a capacidade de entendimento ou de autoinibição da parturiente. Fora daí, não há por que distinguir entre infanticídio e homicídio. Ainda quando ocorra a *honoris causa* (considerada pela lei vigente como razão de especial abrandamento da pena), a pena aplicável é a de homicídio.

masculino. Ainda que subjacente se conclua dessa forma, fato é que não há distinção para que, também, sejam alcançadas mulheres nessas condições.

E o estado puerperal? O estado puerperal, que não deve ser confundido com puerpério, que é inato a qualquer gestante, acomete em torno de 10 a 15% das puérperas<sup>7</sup> e os sintomas associados incluem perturbação do apetite, do sono, decréscimo de energia, sentimento de desvalia ou culpa excessiva, pensamentos recorrentes de morte, rejeição do bebê, até culminar com atos mais graves contra o neonato, o qual seria configurado o crime de infanticídio. A opressão é clara quando se percebe que não há qualquer interesse estatal, qualquer projeto de lei, qualquer movimento social ou bandeira feminista que critique a inversão de valores que ultrapassa as legislações, com sutileza, decorrendo décadas de novas conquistas de gênero com a abominável e cruel incriminação contra a mulher parturiente, segundo o crime de infanticídio da legislação brasileira.

Com efeito, esclarece Muakad<sup>8</sup> que autores clássicos do campo médico-legal consideram que o estado puerperal dura alguns minutos, não podendo ultrapassar 48 horas e que regride sem tratamento, não deixa sequelas, o que dificulta o diagnóstico. Alerta, também, que por essas razões não é possível serem encontrados sinais de estado puerperal progresso dificultando, sobremaneira, a prova pericial.

A título de registro histórico, importante citar que os primeiro e segundo Códigos Penais brasileiros previam a conduta da “infanticida” motivada para ocultar “a própria desonra”, a fim de reafirmar a condição de pessoa excluída da sociedade dominante de homens, cujas regras eram traçadas por eles e para eles. Não havia espaço público para as mulheres que, diante do estágio de evolução social daquele período histórico, não havia muita força para a irresignação feminina. Assim, nos Códigos de 1830 havia pena de reclusão de até 12 anos e no de 1890 penas que chegavam ao limite de 24 anos de reclusão!

O estado puerperal foi novidade trazida no Código Penal de 1940, que ainda vige, já que sobreviveu às reformas penais, e ainda é aplicado em tempos atuais. O critério impõe a comprovação biológica e psíquica, próprios do denominado estado puerperal, aferível por perícia médica, que, à primeira vista se conclui como uma conquista feminina... Conquista?

Não foi conquista, não foi emancipação e muito menos a idealizada igualdade de gêneros na política, no fruto da política, que são as Leis. Ao contrário, houve retrocesso porque se nos Códigos anteriores bastasse comprovar a “desonra”, sem comprovar o “estado puerperal”, aqui a desonra dissociada desse estado anímico não impõe a configuração do crime de infanticídio (como era), mas crime de homicídio, cujas penas são duas ou três vezes maiores, quando, não raro, configurando, também, a qualidade de crime hediondo!

O discurso feminista passa ao largo dessa abordagem, a produção dos Tribunais é completamente dissociada dos seus próprios termos, já que se reconhece o estado puerperal e se pune, com certeza de que se faz Justiça diante do direito positivo vigente no país, quando não se atenta que o requisito basilar é ter consciência e vontade para a prática de qualquer delito! Nesse caso, a mulher parturiente não tem consciência e sua vontade é completamente viciada!

<sup>7</sup> *American Psychiatric Association* – Associação Americana de Psiquiatria.

<sup>8</sup> MUAKAD, Irene Batista. *O infanticídio*. São Paulo: Ed. Mackenzie, 2002. p. 142.



Punir a mulher, nessas condições, interessa a quais atores? O que se quer preservar nessa insensatez autoritária? Qual viés religioso que se oculta no discurso jurídico-legal?

Para finalizar, citem-se os sistemas penais da Bolívia, Chile, Colômbia, Cuba, Equador, Guatemala, Nicarágua, Peru, República Dominicana, Uruguai, Argentina, El Salvador, Costa Rica, Cuba, México, Panamá, Paraguai, Venezuela, Alemanha, França, Espanha, Itália e Portugal, na mesma esteira que caminha e se perpetua a legislação penal brasileira: em silêncio, observando todas as conquistas sociais das mulheres em diversos setores produtivos do país, mas firme na sanha positivista de embasamento legal apócrifo, discriminatório e opressivo.

Ressalte-se, por fim, quem pratica uma conduta em estado puerperal não tem vontade livre e consciente, mas, sobretudo, está doente e não pode sofrer a repressão estatal e o estigma de criminosa!

### 1.3. A autolesão e o “direito de estar só”

O direito de estar só é amplo e desafia a discussão de uma série de direitos a ele intrinsecamente relacionado, como o direito ao esquecimento, mormente na era digital. Como consectário do direito à liberdade assegurada constitucionalmente<sup>9</sup> a todas as pessoas em território brasileiro, o direito de estar só não está dissociado dos outros valores assegurados na mesma Carta política. Na linha kantiana, examinando a liberdade, ressalta Fernandes que:

Segundo a doutrina filosófica de Kant, a liberdade constitui o maior direito do ser humano, sendo o único direito inato daquele. Aqui, liberdade é compreendida como autonomia (capacidade de autodirigir sua vida e suas escolhas a partir da razão). Nesse aspecto, o direito no pensamento do filósofo prussiano tem um papel fundamental, que é de limitar arbítrios por meio do conceito de legalidade. Sendo assim, o direito demarcaria um espaço dentro do qual diversas ações são lícitas – o que não quer dizer que seja impossível a prática do ilícito, mas que tal conduta é inaceitável socialmente e por isso mesmo punível pelo Estado.<sup>10</sup>

Na linha de Schreiber,<sup>11</sup> o direito de estar só ou o direito à privacidade requer ponderação quando em conflito com outros direitos de personalidade, também constitucionalizados. Entende que o legislador de 2002 – do Código Civil vigente – falhou ao declarar a tão solene e irreal inviolabilidade do direito à privacidade, quando melhor figura faria ocupando das múltiplas manifestações da privacidade, dos fatores relevantes para sua ponderação com outros interesses, ou ainda dos remédios específicos disponíveis à sua tutela.

<sup>9</sup> Artigo 5º, inciso II, da Constituição da República: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

<sup>10</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Bahia: E. Juspodivm. 13ª edição. 2021. p. 487.

<sup>11</sup> SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. p. 142.

O direito de estar só abarcaria o direito a estabelecer termo à própria vida? Relembre-se que quanto à finitude humana, o Brasil não pune o suicida, mas pune o que auxilia, ínsita ou induz a pessoa que pretende dar cabo à sua própria vida. Nesse ponto, seria coerente admitir que o direito brasileiro admitiria um direito à morte própria? Importante o registro:

Retomando ao questionamento apresentado no início da presente conclusão, a dificuldade em aceitar uma autonomia para morrer respalda na hipocrisia em tratar a morte como se fosse uma aversão do direito à vida. Em uma perspectiva normativa, se a morte figurar como uma possibilidade no processo de construção da personalidade, ela deve ser levada em consideração não como afronta ao direito à vida, mas como uma realização de um projeto de vida boa de um destinatário ou coautor do Direito que busca a realização da sua própria individualidade.<sup>12</sup>

A Constituição da República em vigor, Lei Maior no Estado Democrático de Direito, não proclama o direito à morte, mas, ao revés, o direito à vida e à sua inviolabilidade. Reafirme-se, outrossim, que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana não pode extirpar direitos consagrados, numa suposta hierarquia topográfica que justificasse essa construção hermenêutica. Direitos consagrados, principalmente direitos invioláveis, a exemplo do direito à vida, não podem ser anulados, salvo a instituição de uma nova forma de Estado, através de uma nova Constituição.

Frise-se: norma ou regra constitucional não podem ser anuladas por Princípio, do contrário estar-se-ia legislando paralelamente, ao alvedrio do intérprete. Se o direito à vida é assegurado constitucionalmente, com o reforço enfático de ser inviolável, não podem subsistir tentativas de diminuir o que fora assegurado, na vigência desse texto constitucional.

A admissão da ortotanásia, de certa forma, flexibiliza, mas nesse caso o entendimento é pela não vida diante do estágio da Ciência não ser capaz de reestabelecer aquela vida humana. A análise se prende puramente a aspectos orgânicos inerentes ao corpo e saúde humana, o que não é o caso dos que defendem o direito à morte por convicções religiosas ou pela dignidade da pessoa humana como corolário do direito à liberdade de escolhas existenciais.

#### **1.4. O psiquismo e as decisões de terminalidade da vida humana**

Após a Reforma Psiquiátrica, em fins dos anos de 1990, grande parte das pessoas com doenças mentais, e mesmo depressões agudas, deixaram de ser internadas por longo período em hospitais psiquiátricos para serem tratadas em Centros de Atenção

<sup>12</sup> FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; MOUREIRA, Diogo Luna. *Autonomia para morrer*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2015. p. 201.

Psicossocial - CAPS. Relativamente ao suicídio e a necessidade de cuidados de enfermidades mentais – acredita-se que a grande maioria das pessoas que querem dar cabo à própria vida estejam passando por transtorno mental ou depressão.<sup>13</sup>

Interessante o pensamento do filósofo alemão Schopenhauer já asseverava que, nascido no século XVI, acerca da finitude e psiquismo humano:

Apenas o homem carrega consigo a certeza de sua morte em conceitos abstratos, não obstante, o que é muito estranho é que essa certeza só consegue afligi-lo em momentos isolados, quando alguma ocasião a evoca na imaginação. Pouco pode a reflexão contra a poderosa voz da natureza. Também no homem, como no animal, que não pensa, o que predomina como estado duradouro é aquela segurança que nasce da consciência mais íntima dessa segurança, o pensamento da morte certa e que nunca está distante, não perturba sensivelmente nenhum homem; ao contrário, todos vivem como se a vida tivesse de durar eternamente.<sup>14</sup>

Sobre decisões de terminalidade e consciência, o registro:

Contudo, muitos pacientes em estado de inconsciência não estão necessariamente à beira da morte. Alguns acidentes e doenças deixam suas vítimas em coma ou no estado que os médicos chamam de “vegetativo persistente.” Em quaisquer dos casos, estão inconscientes – ainda que muitos pacientes em estado vegetativo persistente consigam abrir e movimentar os olhos e os centros superiores de seus cérebros foram permanentemente danificados, tornando-se impossível qualquer retorno à consciência. São incapazes de qualquer sensação ou pensamento. Devem ser cuidados e virados na cama, o que é difícil uma vez que têm espasmos frequentes. Contudo, se forem alimentado e receberem água por meio de sondas, podem continuar vivos por muitos anos.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> “Pensar uma rede de atenção às pessoas que sofrem por transtornos mentais é um desafio que mexe com nossos desejos e utopias de enfrentar injustiça, iniquidade e exclusão social, transformando-os em ajuda, equipes e serviços decentes, que melhorem as chances de boa qualidade de vida das pessoas. Os transtornos mentais e suas intervenções de promoção, prevenção e tratamento implicam uma pluralidade de necessidades que requerem uma riqueza de iniciativas intersetoriais não habituais em países como o nosso. A pálida presença de dispositivos sanitários e sociais nos territórios prejudica a construção mental de uma rede regular nos seus nós e espaços intersticiais, com malhas pouco flexíveis para reter os “miúdos” com chances menores de vida em sociedade pelos seus déficits e desvantagens. Por isso, estamos utilizando a imagem de “teia” sanitária, pequena ou grande, conforme a existência de recursos maiores ou menores, respeitando a flutuação dos mesmos nos distritos, nos bairros, nos municípios, nas regiões, no país. Bom seria se para cada demanda ou necessidade novas redes setoriais se estabelecessem articulando-se entre si”. VENÂNCIO, Ana Teresa A.; CAVALCANTI, Maria Tavares. Organizadoras. *Saúde Mental*. Rio de Janeiro: Editora IPUB-CUCA, 2001. fls. 277-278.

<sup>14</sup> SCHOPENHAUER, Arthur. *Sobre a Morte*. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2020. p. 46.

<sup>15</sup> DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida*. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2019. p. 263-264.

## E ainda sobre eutanásia:

Essa distinção – entre o valor intrínseco da vida e seu valor pessoal para o paciente – explica por que tantas pessoas acham que a eutanásia é condenável em todas as circunstâncias. Elas pensam que uma pessoa deve tolerar o sofrimento e receber a assistência devida caso se torne inconsciente, até que a vida chegue a seu fim natural – com o que se pretendi dizer que tudo, menos uma decisão humana por ser o agente de tal fim –, porque acreditam que o fato de eliminar deliberadamente uma vida humana nega seu valor cósmico inerente.<sup>16</sup>

Não é razoável que uma norma genérica e abstrata, que deve ter por base fundante a sua perenidade, incorpore regras isoladas, de mínima ocorrência, que seria a decisão consciente pela terminalidade da própria vida humana por pessoa que não tenha qualquer abalo psíquico. A regra não é essa. Pessoas que querem decidir pela própria finitude têm graves transtornos, problemas de várias complexidades e, nada incomum, também terem depressão.

Um novo olhar, um olhar mais humanizante, em prol do ser humano deve ser lançado, principalmente com vistas ao real cumprimento do Princípio da Solidariedade Humana, que deve incidir em todos os Direitos, muito mais em Direito dessa magnitude, que é o direito à vida. Ademais, lembre-se que o Princípio da Solidariedade se constitui num dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, na forma do artigo 3º, inciso I da Constituição da República em vigor.

### **1.5. A colisão com outros direitos constitucionais: a liberdade de crença e o direito à informação**

Nenhum direito aprioristicamente é absoluto e, no eventual conflito, a técnica da ponderação de interesses, segundo interesse maior a ser adotado no caso em concreto, será o resguardado.

Portanto, ainda que seja consectário do direito constitucional à liberdade, o direito à liberdade de crença não pode se sobrepor ao direito à vida, pena de inversão completa do sistema constitucional que assegura, apenas, a inviolabilidade do direito à vida e não à inviolabilidade da liberdade de crença.

Sublinhe-se: ambos são direitos materialmente constitucionais protegidos por cláusula pétrea, mas não há inviolabilidade para o direito de crença. O selo de proteção maior, a toda evidência, foi estabelecido quanto ao direito à vida.

Registre-se o testemunho do médico Derek:

<sup>16</sup> DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida*. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2019. p. 275.

A nenhum de nós foi ensinado que os pacientes usualmente sabem o quanto de informação eles podem dirigir de uma só vez. Sim, eles querem saber – na verdade, eles têm o direito de saber –, mas a maioria das pessoas tem um sistema de segurança íntimo que lhes avisa que sofrerão uma sobrecarga de informação se obtiverem fatos além do próprio limite. Isso é óbvio – você pode pensar –, mas está longe de ser óbvio para os médicos. Muitas vezes sentimos que se dissemos tudo o que há para dizer aos pacientes a respeito de sua condição, eles ficarão bem melhor e, esperamos, agradecidos. Disse-me uma vez um sábio idoso após seu médico ter-lhe dado uma longa e elegante descrição (tipo compêndio médico) de sua doença: “Se você me perguntar, doutor, eu acho que ele estava apenas tentando me mostrar como era inteligente”. Precisei de muitos anos de trabalho em hospedaria para aprender que o que os pacientes querem não é necessariamente o que os médicos supõem que eles queiram ou o que precisa ser efetivamente dito. Não é o diagnóstico de uma doença mortal o que mais assusta as pessoas, mas o sofrimento que a doença pode trazer. A rigor não é nem o sofrimento o que de fato os preocupa, mas a incerteza sobre o interesse ou não do médico e se eles se preocuparão o suficiente para fazer alguma coisa em ralação a isso. Uma das maiores tragédias da Medicina moderna – me parece – não é a qualidade de sofrimento que presenciamos, mas o fato de que muito desse sofrimento é desnecessário porque temos armas para controlá-lo. Suponho que outra tragédia que se apresenta é como nós, cuidadores profissionais, escutamos pouco ou o que nossos pacientes querem nos dizer sobre sofrimento. Por vezes parecemos assumir que se eles não mencionam alguma coisa está tudo bem ou então enganamos a nós mesmos ao pensar que seus piores problemas devem ser os físicos: dor, náuseas ou qualquer outro que sintam nesse plano. De fato, eles ficam mais perturbados pela perda da família ou pelo futuro incerto de suas crianças. No entanto, enquanto profissionais bem treinados que somos, focamos nossa atenção nas coisas que nos ensinaram a tratar, preferindo ignorar aquelas que achamos desafiadoras ou impossíveis.<sup>17</sup>

No que tange ao direito ao tratamento de saúde e a liberdade de crença, ambos tutelados pelo ordenamento jurídico, não só como integrantes do núcleo dos direitos da personalidade, como também do rol dos direitos fundamentais, há a antiga questão inerente à transfusão de sangue das pessoas integrantes da religião Testemunha de Jeová, que proclama a vedação, em quaisquer circunstâncias a todos os membros.

A prosperar o respeito ao cânone religioso, estar-se-ia proclamando morte da pessoa humana em respeito à liberdade constitucional de crença, mas, e o direito à vida acoplado à sua inviolabilidade absoluta, também de matiz constitucional?

<sup>17</sup> DOYLE, Derek. *Bilhete de Plataforma*. São Paulo: Editora Senac, 2009. p. 170-171.

Segundo Álvaro Villaça,<sup>18</sup> não há dúvidas de que o direito de escolha de tratamento médico sem sangue por parte das Testemunhas de Jeová tem amparo constitucional, porque não implicaria recusa a tratamento, mas escolha de tratamento médico, incorrendo conflito entre o direito à vida e o direito de liberdade religiosa. E arremata ao afirmar o que boa parte da doutrina e jurisprudência afirmam quanto a dignidade da pessoa humana se inserir no texto constitucional como uma cláusula geral a que se subordinam todos os outros direitos da personalidade, quer sejam típicos, como os previstos expressamente no texto da Constituição, tais como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5º, *caput*), à liberdade de consciência e de crença (art. 5º, inciso VI), entre outros, quer sejam atípicos não previstos no ordenamento jurídico.

No que pertine às escolhas, se as evidências retratadas na ciência confirmarem, não há razão para negar o direito de o paciente preferir tratamento distinto do proposto, a exemplo da não transfusão de sangue aos adeptos da religião Testemunha de Jeová. Entretanto, não é o que sucede na prática, eis que em muitos casos não só o tratamento adequado se afigura o único e possível, levando em consideração as condições do paciente e a reserva do possível, e sua recusa, com efetivo e real risco de vida, não pode ser contemplada no ordenamento jurídico vigente em face da regra constitucional do direito à vida, e sua inviolabilidade (artigo 5º, *caput* da Constituição da República).

---

<sup>18</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral do Direito Civil*. São Paulo: Ed. Atlas, 2012. p. 43.

# Proteção de filhos e sucessão concorrencial: a escolha pelo regime da separação obrigatória de bens

Patricia Pimentel de Oliveira\*

## Sumário

1. Introdução. 2. A superproteção do cônjuge/companheiro e a vulnerabilidade dos filhos. 3. Liberdade e autonomia para a escolha do regime de bens na constituição de família. 4. Conclusão. Referências bibliográficas.

## 1. Introdução

A proteção dos filhos é direito legítimo e reconhecido pelo ordenamento jurídico, sendo certo que emanam da Constituição Federal os princípios da prioridade absoluta da criança, do adolescente e do jovem (art. 227) e o princípio da paternidade responsável (art. 226, §7º e art. 229) que devem orientar o intérprete da legislação ao reconhecer que é legítimo a qualquer pai ou mãe a preocupação com a proteção de seus descendentes, notadamente após a sua morte.

O art. 5º da Constituição Federal, por sua vez, assegura o direito à herança como um direito fundamental (art. 5º, XXX), sendo dever do Estado a proteção da família, conforme se verifica do disposto no art. 226.

A decisão do Supremo Tribunal Federal de 2017, que entendeu inconstitucional o tratamento diferenciado entre cônjuge e companheiro, previsto no art. 1790 do Código Civil,<sup>1</sup> praticamente equiparou o casamento à união estável, trazendo complexidade para a proteção dos descendentes.

A vulnerabilidade dos filhos não foi bem dimensionada na ocasião, considerando que os dois casos concretos analisados tratavam da discussão entre companheiros e irmãos do falecido. A interpretação constitucional dada, ao equiparar cônjuge e companheiro, traz poucas alternativas aos pais para a proteção de seus filhos, considerando a regra da sucessão concorrencial.<sup>2</sup> A proposta do presente trabalho é apontar as soluções oferecidas pela doutrina e jurisprudência aos filhos, acrescida de

\* Membro do IBDFAM. Promotora de Justiça do Rio de Janeiro. Mestre e Doutora em Direito pela UERJ.

<sup>1</sup> “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”. (Tese de repercussão geral – STF RECURSO EXTRAORDINÁRIO 878.694 MINAS GERAIS – Rel. MIN. ROBERTO BARROSO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 646.721 RIO GRANDE DO SUL. STF REL. MIN. MARCO AURÉLIO REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. ROBERTO BARROSO - DJ 10/05/2017)

<sup>2</sup> Prevista no art. 1829, inciso I, do Código Civil.

uma nova opção, perfeitamente possível a admitida pelo ordenamento jurídico: a escolha voluntária do regime da separação obrigatória de bens.

## 2. A superproteção do cônjuge/companheiro e a vulnerabilidade dos filhos

O Código Civil de 2002, inovando em relação ao Código Civil de 1916, acrescentou o cônjuge como herdeiro necessário, além dos descendentes e ascendentes (art. 1.845 e 1.846),<sup>3</sup> e ainda estabeleceu a regra geral da sucessão concorrencial entre cônjuge e descendentes, prevista no art. 1.829, inciso I,<sup>4</sup> que admite poucas exceções, sendo certo que o cônjuge se equipara a um filho na divisão dos bens (art. 1.832),<sup>5</sup> se beneficia de um quinhão maior (um quarto) se for ascendente dos filhos (art. 1.832 parte final), lhe é garantido o direito real de habitação (art. 1.831),<sup>6</sup> bem como direitos previdenciários.

Não havendo descendentes, o cônjuge (ou companheiro) herda os bens particulares do falecido em concurso com os ascendentes (art. 1.829, inciso II, do Código Civil). Em não havendo descendentes nem ascendentes, o cônjuge (ou companheiro) herda a totalidade dos bens do falecido (art. 1.829, inciso III, do Código Civil).

Assim, pela redação do art. 1.829 do Código Civil, o cônjuge (ou companheiro), além da meação a que faz jus (a depender do regime de bens estabelecido), herda os *bens particulares* deixados pelo falecido em concorrência com os filhos, em todos os regimes de bens, salvo na comunhão total e no regime da separação obrigatória de bens (inciso I), em concorrência com os ascendentes em todos os regimes de bens (inciso II) e com exclusividade em relação aos demais parentes em todos os regimes de bens (inciso III).

Como estamos tratando apenas dos descendentes, vamos reproduzir a regra prevista no art. 1.829, inciso I, do Código Civil:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares.

<sup>3</sup> Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

<sup>4</sup> Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares.

<sup>5</sup> Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I), caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com quem concorrer.

<sup>6</sup> Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.



Assim, pela leitura do dispositivo legal mencionado e interpretação jurisprudencial sedimentada, os bens particulares, aqueles adquiridos antes da relação conjugal, recebidos por herança ou doação, serão herdados pelo cônjuge (ou companheiro) mesmo no regime de separação convencional de bens,<sup>7</sup> tendo como únicas exceções os casos de comunhão total (em que o cônjuge já é meeiro do total deixado) e nos casos de separação obrigatória de bens.

Note-se que com o direito real de habitação, direitos previdenciários e garantia sucessória em todos os regimes de bens, salvo o da separação obrigatória quando houver descendentes, a proteção do cônjuge (ou companheiro) alcançou uma proteção maior do que aquela que é dada aos filhos, na medida em que estes não têm direito real de habitação previsto em lei<sup>8</sup> e tampouco direitos previdenciários após a maioridade, salvo incapacidade, o que deixa a sobrevivência de filhos jovens em situação delicada.

Os filhos órfãos jovens, maiores de 21 (vinte e um) anos e menores de 29 (vinte e nove) anos, conquanto tenham direitos constitucionais garantidos com prioridade pelo art. 227 da Carta Magna e garantias de profissionalização assegurados pelo Estatuto da Juventude (Lei nº 12.852/2013), não fazem jus a direitos previdenciários (art. 77, §2º, II, da Lei nº 8.213/1991 – cessa aos 21 anos, mesmo cursando universidade) e dificilmente se encontram inseridos no mercado de trabalho, pois ainda estão no início da vida profissional, o que os deixa em situação de grande vulnerabilidade com a morte do pai ou mãe responsável por seu sustento.

A proteção que os pais poderiam deixar aos filhos por testamento também tem suas limitações, na medida em que o cônjuge é herdeiro necessário, por força do art. 1.845 do Código Civil. Em relação à união estável, a questão é controversa.

<sup>7</sup> RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DIREITO SUCESSÓRIO. REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS. SEPARAÇÃO CONVENCIONAL. CÔNJUGE SUPÉRSTITE. HERDEIRO NECESSÁRIO. CONCORRÊNCIA COM OS DESCENDENTES. PRECEDENTES. 1. No regime de separação convencional de bens, o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes do falecido, sendo apenas afastada a concorrência quanto ao regime de separação legal de bens previsto no art. 1.641, do Código Civil. 2. Precedente específico da Segunda Seção do STJ acerca da questão (REsp 1.382.170/SP, Rel. Min. MOURA RIBEIRO, Rel. p./ Acórdão Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA SEÇÃO, j. 22/04/2015, DJe 26/05/2015). 3. O superveniente falecimento do cônjuge supérstite, no curso do inventário, não altera os seus direitos sucessórios, que têm por fato gerador o falecimento anterior do seu cônjuge, autor da herança, de modo que desde a abertura da sucessão a herança lhe foi transmitida (“*droit de saisine*”) em concorrência com os descendentes do “*de cuius*”, a teor dos artigos 1.845 e 1.821, I, do Código Civil. 5. Em razão da neutralidade da sucessão legítima, conforme estatuído pelo legislador, a condição patrimonial confortável da viúva em vida e, agora, da sua sucessora, não enseja a adoção de solução diversa daquela alcançada pelos inúmeros acórdãos desta Corte acerca do concurso entre os herdeiros necessários. 6. Necessidade deste STJ primar pela estabilidade, integridade e coerência da sua jurisprudência, a teor do art. 926, do CPC/2015, restando inafastável o óbice do enunciado da Súmula nº 83/STJ. 7. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. (STJ. REsp 1830753 / RJ. RECURSO ESPECIAL. 2016/0157252-0. Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO. 3ª Turma. 03/12/2019).

<sup>8</sup> Seria necessário o pai ou mãe fazer o registro do direito real de habitação na matrícula do respectivo imóvel.

O Supremo Tribunal Federal não se manifestou,<sup>9</sup> há voto do Ministro Edson Fachin<sup>10</sup> e do Ministro Marco Aurélio<sup>11</sup> afirmando que o companheiro não é herdeiro necessário, entendimento seguido por Rodrigo da Cunha Pereira,<sup>12</sup> mas ainda há muita divergência,<sup>13</sup> o que causa insegurança jurídica ao pai ou mãe que gostaria de deixar a totalidade de seus bens para seus filhos por testamento, notadamente quando tem apenas um imóvel. A doação aos filhos também não traz a segurança pretendida, na medida em que é necessário resguardar a legítima e trazer o bem para colação por ocasião do inventário.<sup>14</sup>

As atuais orientações jurisprudenciais restringem a liberdade para constituir família de pessoas que querem proteger a sucessão dos filhos, impondo-as a evitarem relacionamentos mais sérios, o que é contrário ao princípio da dignidade da pessoa humana e à liberdade responsável assegurada na Constituição Federal a todas as pessoas.

Não raro, pessoas estão optando por relacionamentos sem compromissos, eventuais, clandestinos ou assinando “contratos de namoro”,<sup>15</sup> mesmo querendo um vínculo maior,<sup>16</sup> para resguardarem seus patrimônios e de seus descendentes, o que contribui para uma sociedade adoecida, que não preserva a dignidade e saúde mental dos envolvidos.

<sup>9</sup> EMB. DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 646.721 RIO GRANDE DO SUL – Rel. Min. Roberto Barroso: Não há que se falar em omissão do acórdão embargado por ausência de manifestação com relação ao art. 1.845 do Código Civil, pois esse dispositivo não foi objeto da repercussão geral reconhecida pelo Plenário do STF. Não houve discussão a respeito da integração do companheiro ao rol de herdeiros necessários, de forma que inexistiu omissão a ser sanada.

<sup>10</sup> “Na sucessão, a liberdade patrimonial dos conviventes já é assegurada com o não reconhecimento do companheiro como herdeiro necessário, podendo-se afastar os efeitos sucessórios por testamento. Prestigiar a maior liberdade na conjugalidade informal não é atribuir, *a priori*, menos direitos ou direitos diferentes do casamento, mas, sim, oferecer a possibilidade de, voluntariamente, excluir os efeitos sucessórios.” (STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 878.694 – voto do Ministro Edson Fachin)

<sup>11</sup> “Está-se diante de campo de atuação do legislador, decorrente da própria Constituição Federal, a qual, repita-se à exaustão, não equaliza regimes que dizem respeito a institutos próprios, diferentes e díspares. Entender de modo diverso, igualando casamento e união estável, em especial no tocante ao direito sucessório, significa, além do prejuízo para os sucessores, desrespeitar a autonomia do casal, quando da opção entre os institutos, em eleger aquele que melhor atendesse à pretensão de constituição do núcleo familiar – casamento ou união estável.” (STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 878.694. – Voto vencido do Min. Marco Aurélio)

<sup>12</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha Pereira. *Direito das Famílias*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 211: “Em outras palavras, o cônjuge é herdeiro necessário (art. 1845 do CCB/2002) e o companheiro não o é.”

<sup>13</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 16ª ed. Salvador: JusPodium, 2023 e também *Manual das Sucessões*. 8ª ed. Salvador: JusPodium, 2022. OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes. *Direito Civil: Sucessões*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELLES, Rose Melo Vencelau. *Fundamentos do direito civil: direito das sucessões*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa. *Manual do planejamento patrimonial das relações afetivas e sucessórias*. 2ª ed. São Paulo: Thompson Reuters (Revista dos Tribunais), 2020.

<sup>14</sup> Art. 2002/2007 do Código Civil, sob pena de incorrer na sonegação prevista no art. 1992 do Código Civil. O doador somente pode dispensar o bem da colação se não exceder a parte disponível e assim declarar.

<sup>15</sup> XAVIER, Marília Pedrosa. *Contrato de Namoro: amor líquido e direito de família mínimo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

<sup>16</sup> A união estável, mesmo que tenha sido concebida numa ideia de união livre de amarras legais, se tornou um casamento forçado, que priva a pessoa da livre disposição de seus bens (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das Famílias*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 211). Na ausência de tempo mínimo de Constituição, a união estável se tornou um instituto arriscado do ponto de vista patrimonial, que depende da interpretação do Poder Judiciário do que seria “família”.

Note-se que essa igualdade praticamente absoluta das consequências do casamento e da união estável, inobstante suas diferenças inatas,<sup>17</sup> é uma peculiaridade brasileira, não existente em outros países do mundo, o que torna cidadãos brasileiros reféns de uma interpretação legal que os priva da livre administração de seus bens se estiverem em um relacionamento sério, mesmo não formalizado, ainda que haja pacto antenupcial de separação total de bens.<sup>18</sup>

Deve ser assegurado a pessoas maiores e capazes uma saída jurídica que permita a existência de relacionamentos afetivos responsáveis, com amor e confiança, em que o outro seja tratado com dignidade e respeito, no espaço da família, mas que se resguarde a incomunicabilidade dos bens particulares tanto em vida quanto após a morte, garantindo a proteção dos filhos.

<sup>17</sup> O casamento é ato EXTREMAMENTE solene e formal, conforme constam das regras prevista no artigo 1511 e seguintes do Código Civil, o que faz presumir que as partes têm consciência e vontade das consequências decorrentes (ser herdeiro necessário, por exemplo). A celebração do ato pode até ser suspensa e não mais se realizar no mesmo dia se um dos noivos se manifeste arrependido (art. 1.538 do Código Civil).

<sup>18</sup> AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. SUCESSÃO. CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL. FILHOS COMUNS E EXCLUSIVOS. BEM ADQUIRIDO ONEROSAMENTE NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL. REGIMES JURÍDICOS DIFERENTES. ART. 1790, INCISOS I E II, DO CC/2002. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF. EQUIPARAÇÃO. CF/1988. NOVA FASE DO DIREITO DE FAMÍLIA. VARIEDADE DE TIPOS INTERPESSOAIS DE CONSTITUIÇÃO DE FAMÍLIA. ART. 1829, INCISO I, DO CC/2002. INCIDÊNCIA AO CASAMENTO E À UNIÃO ESTÁVEL. MARCO TEMPORAL. SENTENÇA COM TRÂNSITO EM JULGADO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS. SÚMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. NÃO OCORRÊNCIA. 1. É firme o entendimento do STJ de que “a meação constitui-se em consectário do pedido de dissolução da união estável, não estando o julgador adstrito ao pedido de partilha dos bens discriminados na inicial da demanda” (REsp 1021166/PE, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/10/2012, DJe 08/10/2012). 2. A diferenciação entre os regimes sucessórios do casamento e da união estável promovida pelo art. 1.790 do Código Civil de 2002 é inconstitucional. Decisão proferida pelo Plenário do STF, em julgamento havido em 10/5/2017, nos RE 878.694/MG e RE 646.721/RS. 4. Considerando-se que não há espaço legítimo para o estabelecimento de regimes sucessórios distintos entre cônjuges e companheiros, a lacuna criada com a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002 deve ser preenchida com a aplicação do regramento previsto no art. 1.829 do CC/2002. Logo, tanto a sucessão de cônjuges como a sucessão de companheiros devem seguir, a partir da decisão desta Corte, o regime atualmente traçado no art. 1.829 do CC/2002 (RE n. 878.694/MG, relator Ministro Luís Roberto Barroso). 5. “Conhecido o recurso especial, cabe ao Superior Tribunal de Justiça examinar a insurgência à luz do ordenamento jurídico, impondo-se a aplicação de sua jurisprudência, ainda quando advém alteração de entendimento entre o período que intermedeia a interposição do reclamo e seu definitivo julgamento” (AgRg nos EDcl no REsp 960.360/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 13/11/2012, DJe 22/11/2012). 6. Aberta a instância recursal, não havendo coisa julgada do tema, aplicou-se o direito à espécie (Súmula n. 456 do STF), enquadrando o precedente vinculante do STF – RE n. 878.694/MG –, conforme determinação do voto condutor: “com o intuito de reduzir a insegurança jurídica, entendo que a solução ora alcançada deve ser aplicada apenas aos processos judiciais em que ainda não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, assim como às partilhas extrajudiciais em que ainda não tenha sido lavrada escritura pública”. 7. Na hipótese, há peculiaridade aventada por um dos filhos, qual seja, a existência de um pacto antenupcial – em que se estipulou o regime da separação total de bens – que era voltado ao futuro casamento dos companheiros, mas que acabou por não se concretizar. Assim, a partir da celebração do pacto antenupcial, em 4 de março de 1997 (fl. 910), a união estável deverá ser regida pelo regime da separação convencional de bens. Precedente: REsp 1.483.863/SP. Apesar disso, continuará havendo, para fins sucessórios, a incidência do 1829, I, do CC. 8. Deveras, a Segunda Seção do STJ pacificou o entendimento de que “o cônjuge sobrevivente casado sob o regime de separação convencional de bens ostenta a condição de herdeiro necessário e concorre com os descendentes do falecido, a teor do que dispõe o art. 1.829, I, do CC/2002, e de que a exceção recai somente na hipótese de separação legal de bens fundada no art. 1.641 do CC/2002.” 9. Agravo interno a que se nega provimento. (STJ. AgInt nos EDcl nos EDcl no REsp 1318249 / GO. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL 2011/0066611-2. Ministro Luis Felipe Salomão. 4ª Turma. DJ 24/09/2019)

A renúncia à herança em pactos nupciais e contratos de união estável, defendida por Rolf Madaleno,<sup>19</sup> Daniel Bucar,<sup>20</sup> e também expressamente mencionada no Código de Normas da Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro de 2023<sup>21</sup> é uma solução plausível, mas pode ser questionada judicialmente, por força do art. 426 do Código Civil,<sup>22</sup> não trazendo aos pais e aos filhos a paz e a segurança jurídica pretendida.

O fato é que, ante a tantas controvérsias, um caminho seguro é a opção, através de escritura pública, por um regime de bens previsto em lei, obrigatório para determinadas pessoas, mas que pode ser estendido a outras por manifestação expressa da vontade, com base nos princípios constitucionais da maternidade/paternidade responsável e livre autonomia para a constituição de família e escolha do regime de bens.

Na ausência de qualquer pacto ou contrato de união estável, o cônjuge ou companheiro, além de meeiro, por força do regime da comunhão parcial de bens (regime legal), será herdeiro dos bens particulares do falecido ou falecida, além de ter direito real de habitação sobre o imóvel da família e direitos previdenciários, num conjunto de direitos bem superiores àqueles assegurados aos filhos e descendentes, salvo se a situação estiver sob a égide do regime da separação obrigatória de bens.

### **3. Liberdade e autonomia para a escolha do regime de bens na constituição de família**

O Brasil é um Estado Democrático de Direito que reconhece a dignidade da pessoa humana, sua autodeterminação para constituir família e proteger seus entes queridos, permitindo a elaboração de pactos entre pessoas maiores e capazes regulando as questões patrimoniais de forma a trazer tranquilidade e harmonia para o casal. As pessoas podem optar pelo tipo de relacionamento que entenderem melhor, inclusive casamento ou união estável. Na ausência de escolha de regime de bens, livremente permitida aos nubentes,<sup>23</sup> vigorará o regime da comunhão parcial de bens para o casamento, na forma do art. 1640 do Código Civil<sup>24</sup> e, também, para

<sup>19</sup> MADALENO, Rolf. *Sucessão legítima*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 521. Código de Normas da Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Parte Extrajudicial – art. 390, parágrafo terceiro.

<sup>20</sup> BULCAR, Daniel. *Pactos Sucessórios: Possibilidades e Instrumentalização* na obra *Contratos, Família e Sucessões – Diálogos Interdisciplinares*, organizado por Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues. São Paulo: Editora Foco, 2023, p. 384-399.

<sup>21</sup> Art. 390. Da escritura de reconhecimento de união estável, dentre outras, poderão constar cláusulas patrimoniais dispendo sobre o regime de bens, incluindo a existência de bens comuns e de bens particulares de cada um dos conviventes, assim como cláusulas existenciais, desde que não vedadas por lei. § 3º. A cláusula de renúncia ao direito concorrencial (art. 1.829, I, do CC) poderá constar do ato a pedido das partes, desde que advertidas quanto à sua controvertida eficácia.

<sup>22</sup> Art. 426. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva. (*Pacta Corvina*)

<sup>23</sup> Art. 1.639 do Código Civil. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

<sup>24</sup> Art. 1640 do Código Civil. Não havendo convenção, ou sendo ela nula, ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.

a união estável, na forma do art. 1.725 do Código Civil,<sup>25</sup> salvo o disposto no art. 1641 do Código Civil, que determina o regime obrigatório da separação de bens para algumas pessoas.

O regime da separação obrigatória (ou separação legal) de bens é aquele imposto a determinadas pessoas expressamente mencionadas pela lei. Pelo disposto no Código Civil de 1916, a separação convencional de bens e a separação obrigatória de bens tinham os mesmos efeitos jurídicos, com a incomunicabilidade dos bens do casal durante a vida e após a morte. O Código Civil de 2002, diferentemente, criou uma grande diferença entre o regime da separação convencional e o regime da separação obrigatória de bens: *no primeiro não há a comunicação dos bens em vida; no segundo não há a comunicação de bens após a morte.*

Dispõe o Art. 1.641 do Código Civil que é obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento, quais sejam: a) o viúvo com filhos do falecido *enquanto não fizer o inventário dos bens do casal e a partilha dos herdeiros*; b) a mulher viúva ou separada *grávida enquanto o filho não tiver nascido*; c) a pessoa divorciada enquanto não houver sido homologada ou *decidida a partilha dos bens do casal*; d) o tutor ou curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, *enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas*;

II - da pessoa maior de 70 (setenta) anos;

III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

Nota-se que o regime da separação obrigatória de bens restringe a liberdade de escolha de algumas pessoas (expressamente mencionadas acima), por entender o legislador haver certa vulnerabilidade e riscos de confusão patrimonial pelo casamento. Não se pode imaginar que o objetivo seja a desconfiança em relação à existência de amor ou interesses patrimoniais, mas um cuidado a fim de resguardar o patrimônio familiar.

Ainda durante a vigência do Código Civil de 1916, a jurisprudência foi modificando os efeitos da separação obrigatória (ou legal) de bens, garantindo a comunicabilidade dos bens adquiridos durante a relação, praticamente equiparando-o ao regime da comunhão parcial de bens, o que não se alterou com o Código Civil de 2002.

<sup>25</sup> Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

Dispõe a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.”

Assim, no ordenamento jurídico atual, pode-se afirmar a existência de 5 (cinco) diferentes regimes de bens, expressamente mencionados pelo Código Civil de 2002:

1-) o regime da comunhão parcial de bens (art. 1.658 a 1.666 do Código Civil) que prevalece toda vez que não houver convenção entre o casal ou sendo ela nula ou ineficaz (art. 1640 do Código Civil), no qual há a comunicação dos bens adquiridos na constância da união e que garante direitos sucessórios sobre os bens particulares do falecido ou falecida em relação a qualquer parente, inclusive em relação aos descendentes.<sup>26</sup>

2-) o regime da comunhão total de bens (art. 1667 a 1671 do Código Civil), no qual há a comunicação de todos os bens presentes e futuros, salvo algumas exceções,<sup>27</sup> e que garante direitos sucessórios sobre os bens particulares do falecido ou falecida em relação a qualquer parente *salvo os descendentes*,<sup>28</sup>

3-) o regime da participação final dos aquestos (art. 1672 a 1686 do Código Civil), pouco usado no Brasil, no qual há a comunicação dos bens adquiridos na constância da união após a sua dissolução,<sup>29</sup> e que garante direitos sucessórios sobre os bens particulares do falecido ou falecida em relação a qualquer parente, inclusive em relação aos descendentes,<sup>30</sup>

4-) o regime da separação total e convencional de bens (art.1687 e 1688 do Código Civil), no qual não há a comunicação de bens, sejam anteriores ou na constância da união,<sup>31</sup> mas que garante direitos sucessórios sobre os bens particulares em relação a qualquer parente, inclusive em relação aos descendentes.<sup>32</sup>

5-) o regime da separação legal ou obrigatória de bens (art. 1641 do Código Civil), no qual há a comunicação de bens adquiridos na constância da união (súmula 377 do STF),<sup>33</sup> comprovado o esforço

<sup>26</sup> Art. 1829 do Código Civil.

<sup>27</sup> Art. 1.667. O regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções do artigo seguinte.

<sup>28</sup> Art. 1829 do Código Civil.

<sup>29</sup> Art. 1.672. No regime de participação final nos aquestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, consoante disposto no artigo seguinte, e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento.

<sup>30</sup> Art. 1829 do Código Civil.

<sup>31</sup> Art. 1.687. Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real.

<sup>32</sup> Art. 1829 do Código Civil.

<sup>33</sup> Súmula 377. No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.

comum,<sup>34</sup> mas presumido na hipótese de loteria,<sup>35</sup> e que garante direitos sucessórios sobre os bens particulares do falecido ou falecida em relação a qualquer parente, *salvo os descendentes*.<sup>36</sup>

Somente os regimes da comunhão total de bens e o regime da separação obrigatória de bens resguardam os descendentes diante da sucessão concorrential dos bens particulares prevista no art. 1829, I, do Código Civil, sendo certo que no primeiro regime já existe a meação em relação à totalidade do patrimônio do falecido. Nota-se, assim, que somente o regime da separação obrigatória de bens resguarda a totalidade dos bens deixados pelo falecido ou falecida para os descendentes.<sup>37</sup>

<sup>34</sup> A Segunda Seção do STJ, em releitura da antiga Súmula n. 377/STF, decidiu que, “no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento, desde que comprovado o esforço comum para sua aquisição” EREsp 1.623.858/MG, Rel. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª região), Segunda Seção, DJe 30/05/2018), ratificando anterior entendimento da Seção com relação à união estável (EREsp 1171820/PR, Rel. Ministro Raul Araújo, Segunda Seção, DJe 21/09/2015).

<sup>35</sup> RECURSO ESPECIAL. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA DE BENS. COMPANHEIRO SEXAGENÁRIO. SÚMULA 377 DO STF. BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL QUE DEVEM SER PARTILHADOS DE FORMA IGUALITÁRIA. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO ESFORÇO COMUM DOS COMPANHEIROS PARA LEGITIMAR A DIVISÃO. PRÊMIO DE LOTERIA (LOTOMANIA). FATO EVENTUAL OCORRIDO NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL. NECESSIDADE DE MEAÇÃO. 1. Por força do art. 258, parágrafo único, inciso II, do Código Civil de 1916 (equivalente, em parte, ao art. 1.641, inciso II, do Código Civil de 2002), ao casamento de sexagenário, se homem, ou cinquentenária, se mulher, é imposto o regime de separação obrigatória de bens (recentemente, a Lei 12.344/2010 alterou a redação do art. 1.641, II, do CC, modificando a idade protetiva de 60 para 70 anos). Por esse motivo, às uniões estáveis é aplicável a mesma regra, impondo-se seja observado o regime de separação obrigatória, sendo o homem maior de sessenta anos ou a mulher maior de cinquenta. Precedentes. 2. A *ratio legis* foi a de proteger o idoso e seus herdeiros necessários dos casamentos realizados por interesse estritamente econômico, evitando que este seja o principal fator a mover o consorte para o enlace. 3. A Segunda Seção do STJ, seguindo a linha da Súmula n.º 377 do STF, pacificou o entendimento de que “apenas os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, e desde que comprovado o esforço comum na sua aquisição, devem ser objeto de partilha” (EREsp 1171820/PR, Rel. Ministro Raul Araújo, Segunda Seção, julgado em 26/08/2015, DJe 21/09/2015). 4. Nos termos da norma, o prêmio de loteria é bem comum que ingressa na comunhão do casal sob a rubrica de “bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior” (CC/1916, art. 271, II; CC/2002, art. 1.660, II). 5. Na hipótese, o prêmio da Lotomania, recebido pelo ex-companheiro, sexagenário, deve ser objeto de partilha, haja vista que: i) se trata de bem comum que ingressa no patrimônio do casal, independentemente da aferição do esforço de cada um; ii) foi o próprio legislador quem estabeleceu a referida comunicabilidade; iii) como se trata de regime obrigatório imposto pela norma, permitir a comunhão dos aquestos acaba sendo a melhor forma de se realizar maior justiça social e tratamento igualitário, tendo em vista que o referido regime não adveio da vontade livre e expressa das partes; iv) a partilha dos referidos ganhos com a loteria não ofenderia o desiderato da lei, já que o prêmio foi ganho durante a relação, não havendo falar em matrimônio realizado por interesse ou em união meramente especulativa. 6. Recurso especial parcialmente provido. (STJ. REsp 1689152 / SC. RECURSO ESPECIAL. 2011/0235045-8. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. 4ª Turma. 24/10/2017)

<sup>36</sup> Art. 1829 do Código Civil.

<sup>37</sup> RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DIREITO SUCESSÓRIO. REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS. SEPARAÇÃO CONVENCIONAL. CÔNJUGE SUPÉRSTITE. HERDEIRO NECESSÁRIO. CONCORRÊNCIA COM OS DESCENDENTES. PRECEDENTES. 1. No regime de separação convencional de bens, o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes do falecido, sendo apenas afastada a concorrência quanto ao regime de separação legal de bens previsto no art. 1.641, do Código Civil. 2. Precedente específico da Segunda Seção do STJ acerca da questão (REsp 1.382.170/SP, Rel. Min. MOURA RIBEIRO, Rel. p/ Acórdão Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA SEÇÃO, j. 22/04/2015, DJe 26/05/2015). 3. O superveniente falecimento do cônjuge supérstite, no curso do inventário, não altera os seus *direitos* sucessórios, que têm por fato gerador o falecimento anterior do seu cônjuge, autor da herança, de modo que desde a abertura da sucessão a herança lhe foi transmitida (“*droit de saisine*”) em concorrência com os descendentes do “*de cuius*”, a teor dos artigos 1.845 e 1.821, I, do Código Civil. 5. Em razão da neutralidade da sucessão legítima, conforme estatuído pelo legislador,

Teoricamente um regime mais restritivo de direitos, o regime da separação obrigatória de bens, com exceção da impossibilidade de constituição de sociedade entre os consortes,<sup>38</sup> traz mais liberdade patrimonial aos envolvidos do que os outros regimes de bens, garantindo:

- a-) a proteção dos descendentes por ocasião da morte da pessoa;<sup>39</sup>
- b-) a liberdade do cônjuge para celebrar um contrato de compra e venda de imóveis entre ascendentes e descendentes, sem necessidade de autorização do outro;<sup>40</sup>
- c-) a liberdade do cônjuge para estabelecer fiança ou aval, para alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis, bem como pleitear como autor ou réu acerca desses bens ou direitos, bem como fazer doação, sem necessidade de autorização do outro.<sup>41</sup>

Os parceiros, mesmo no regime da separação obrigatória de bens, desde que respeitada a legítima dos herdeiros necessários (descendentes e ascendentes), podem dispor de seus bens beneficiando o outro por testamento<sup>42</sup> ou doação,<sup>43</sup> sendo certo

---

a condição patrimonial confortável da viúva em vida e, agora, da sua sucessora, não enseja a adoção de solução diversa daquela alcançada pelos inúmeros acórdãos desta Corte acerca do concurso entre os herdeiros necessários. 6. Necessidade deste STJ primar pela estabilidade, integridade e coerência da sua jurisprudência, a teor do art. 926, do CPC/2015, restando inafastável o óbice do enunciado da Súmula n.º 83/STJ. 7. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. (STJ. REsp 1830753 / RJ. RECURSO ESPECIAL. 2016/0157252-0. Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO. 3ª Turma. 03/12/2019).

<sup>38</sup> Art. 977. Faculta-se aos cônjuges contratar sociedade, entre si ou com terceiros, desde que não tenham casado no regime da comunhão universal de bens ou no da separação obrigatória.

<sup>39</sup> Art. 1829, I do Código Civil.

<sup>40</sup> Art. 496. É anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do alienante expressamente houverem consentido. Parágrafo único. Em ambos os casos, dispensa-se o consentimento do cônjuge se o regime de bens for o da separação obrigatória.

<sup>41</sup> Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta: I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis; II - pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos; III - prestar fiança ou aval; IV - fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns ou dos que possam integrar futura meação. Parágrafo único. São válidas as doações nupciais feitas aos filhos quando casarem ou estabelecerem economia separada.

<sup>42</sup> RECURSO ESPECIAL. TESTAMENTO. AÇÃO DE REDUÇÃO DE DISPOSIÇÕES TESTAMENTÁRIAS. PROVA. PERÍCIA PARA AVALIAÇÃO DE BENS DOADOS PELO TESTADOR À VIÚVA CASADA PELO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATORIA DE BENS. LIBERDADE DO JUIZ NA CONDUÇÃO DA PROVA. ALEGAÇÃO DE DESNECESSIDADE DA PERÍCIA AFASTADA. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. 1. Em ação movida por herdeiros necessários visando à redução de disposições testamentárias em prol da viúva, para preservação da legítima (CC, art. 1.789), pode o Juízo, visando à formação do livre convencimento futuro sobre os temas envolvidos, que não podem ser prematuramente decididos, determinar a realização de perícia para verificação dos valores envolvidos no patrimônio, nas doações e no testamento do *de cujus*, limitando-se a matéria, por ora, ao campo exclusivamente da produção de prova para a análise futura em meio às controvérsias de fundo. 2. Recurso Especial improvido. (STF. REsp 1371086 / SP. RECURSO ESPECIAL. 2013/0054984-5. Ministro SIDNEI BENETTI. 3ª Turma. 08/04/2014)

<sup>43</sup> AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ANULATÓRIA DE NEGÓCIO JURÍDICO AJUIZADA PELAS DUAS FILHAS EM FACE DA VIÚVA DE SEU FALECIDO PAI. ALEGAÇÃO DE QUE HOUVE SIMULAÇÃO NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS ENTABULADOS PELO CASAL. DECISÃO DO JUÍZO A QUO QUE DEFERIU APENAS PARCIALMENTE A TUTELA DE URGÊNCIA REQUERIDA, DECRETANDO TÃO SOMENTE A INDISPONIBILIDADE DO IMÓVEL ONDE RESIDE A VIÚVA, ABSTENDO-SE DE DEFERIR OS PLEITOS: DE IMEDIATA INDISPONIBILIDADE DOS BENS



que, comprovado o esforço comum, há a comunicação dos bens adquiridos durante a união (súmula 377 do STF).

Assim, conquanto não se dê liberdade a algumas pessoas para escolher outro regime, que não o da separação obrigatória de bens, o que seria discutível em relação aos maiores de 70 (setenta) anos,<sup>44</sup> não há qualquer vedação da lei para que qualquer pessoa escolha esse regime de bens.

O regime da separação obrigatória de bens é o único regime de bens que pode ser adotado por qualquer casal, seja por imposição da lei (pessoas elencadas no art. 1.641 do Código Civil), seja por livre e espontânea vontade manifestada por escritura pública, na forma do art. 1640, parágrafo único do Código Civil.

Não há nada que vede a escolha de qualquer dos regimes de bens previsto no Código Civil, inclusive o regime da separação obrigatória de bens, o mais amplo e permitido para todas as pessoas, sem exceção.

Todas as pessoas, com livre capacidade para casar, podem, assim, escolher apenas um dos regimes previstos na lei, criar um próprio,<sup>45</sup> inclusive escalonado (separação de bens nos primeiros 5 anos, comunhão parcial a partir de 10 anos e comunhão total de bens a partir de 20 anos de relacionamento), estabelecer a combinação dos regimes de bens, como a separação convencional de bens com a separação obrigatória de bens<sup>46</sup> e ainda alterar o regime de bens durante o curso da relação (art. 1639, §2º do Código Civil).

---

TRANSFERIDOS PELO PAI À RÉ; DE QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO E FISCAL DA RÉ; PARA QUE VENHAM AOS AUTOS OS EXTRATOS BANCÁRIOS E DECLARAÇÕES DE BENS APRESENTADAS PELA RÉ À RECEITA FEDERAL A PARTIR DE 2019. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO PELAS AUTORAS. DECISÃO QUE NÃO MERECE REFORMA. CASAMENTO EFETIVADO EM 21/02/2000, SOB O REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATORIA DE BENS, QUE PERDUROU ATÉ A DATA DO FALECIMENTO DO VARÃO, EM 18/04/2022. CEDIÇÃO QUE A LEI CIVIL ESTABELECE LIMITES PARA DOAÇÃO, A FIM DE RESGUARDAR O DIREITO DOS HERDEIROS NECESSÁRIOS. ATOS DE LIBERALIDADE REALIZADOS NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002, INCIDINDO OS SEUS ART. 548 E 549, QUE ESTABELECEM QUE É NULA A DOAÇÃO DE TODOS OS BENS, SEM RESERVA DE PARTE OU RENDA SUFICIENTE PARA A SUBSISTÊNCIA DO DOADOR, BEM COMO É NULA A DOAÇÃO DA PARTE QUE EXCEDER AQUELA QUE O DOADOR, NO MOMENTO DA LIBERALIDADE, PODERIA DISPOR EM TESTAMENTO. EM FUNÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATORIA DE BENS ADOTADA PELO CASAL (ART. 1.641, II, CC), É POSSÍVEL INFERIR, DE ACORDO COM A EXEGESE DA SÚMULA 377 DO STF, QUE SE COMUNICAM OS BENS ADQUIRIDOS DURANTE O CASAMENTO. O STJ FIRMOU ENTENDIMENTO SOBRE A MATÉRIA, ADMITINDO COMUNICAÇÃO DE PATRIMÔNIO APENAS QUANDO PUDER SER COMPROVADO O ESFORÇO COMUM DAS PARTES NA AQUISIÇÃO DOS BENS, DANDO NOVA ADEQUAÇÃO À REFERIDA SÚMULA. A ALEGAÇÃO DE VÍCIO DE VONTADE DO *DE CUJUS* POR OCASIÃO DAS DITAS DOAÇÕES E ATITUDES DE LIBERALIDADE COM RELAÇÃO AO SEU PATRIMÔNIO CARECEM DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. PEDIDOS ALTERNATIVOS FEITOS EM SEDE RECURSAL QUE NÃO FORAM SUBMETIDOS AO MAGISTRADO *A QUO*, FICANDO ESTE RELATOR IMPOSSIBILITADO DE SE PRONUNCIAR ACERCA DESSAS PRETENSÕES PARA NÃO INCORRER EM SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA, COM VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. DECISÃO AGRAVADA EM QUE NÃO SE VISLUMBRA, POR ORA, NENHUMA TERATOLOGIA. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA Nº 59 DO TJRJ. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS DO STJ E DESTA CORTE. AGRAVO DE INSTRUMENTO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (TJRJ. 0009113-70.2023.8.19.0000 – AGRAVO DE INSTRUMENTO. Des(a). JUAREZ FERNANDES FOLHES – Julgamento: 13/04/2023 - SEXTA CAMARA DE DIREITO PRIVADO (ANTIGA 13ª CÂMARA)

<sup>44</sup> Existe ação de inconstitucionalidade em curso no Supremo Tribunal Federal.

<sup>45</sup> DIAS, Maria Berenice. RECHDEN, Ana Paula Neu. OPPERMANN, Maria Cauduro. *A presunção do esforço comum na separação obrigatória e a modulação de efeitos dos ERESP 1.623.858/MG na obra coletiva Regimes de Separação Obrigatória de Bens*. Volume 2. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2023, p. 1.

<sup>46</sup> RECURSO ESPECIAL. UNIÃO ESTÁVEL SOB O REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATORIA DE BENS. COMPANHEIRO MAIOR DE 70 ANOS NA OCASIÃO EM QUE FIRMOU ESCRITURA PÚBLICA. PACTO ANTENUPCIAL

Note-se que qualquer que seja o regime de bens, o cônjuge ou companheiro tem o direito real de habitação (art. 1831 do Código Civil) e direitos previdenciários por ocasião da morte de seu consorte. O cônjuge ou companheiro também faz jus a alimentos, inclusive compensatórios.<sup>47</sup>

Assim, não se pode afastar a aplicabilidade do regime da separação obrigatória a quem por ele optar, não somente por ser um regime reconhecido pela lei e indicado para algumas pessoas (elencadas no art. 1.641 do Código Civil), mas também para todos aqueles que quiserem adotá-lo para garantir uma maior proteção aos seus

---

AFASTANDO A INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 377 DO STF, IMPEDINDO A COMUNHÃO DOS AQUESTOS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE NA CONSTÂNCIA DA CONVIVÊNCIA. POSSIBILIDADE. MEAÇÃO DE BENS DA COMPANHEIRA. INOCORRÊNCIA. SUCESSÃO DE BENS. COMPANHEIRA NA CONDIÇÃO DE HERDEIRA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REMOÇÃO DELA DA INVENTARIANÇA. 1. O pacto antenupcial e o contrato de convivência definem as regras econômicas que irão reger o patrimônio daquela unidade familiar, formando o estatuto patrimonial – regime de bens – do casamento ou da união estável, cuja regência se iniciará, sucessivamente, na data da celebração do matrimônio ou no momento da demonstração empírica do preenchimento dos requisitos da união estável (CC, art. 1.723). 2. O Código Civil, em exceção à autonomia privada, também restringe a liberdade de escolha do regime patrimonial aos nubentes em certas circunstâncias, reputadas pelo legislador como essenciais à proteção de determinadas pessoas ou situações e que foram dispostas no art. 1.641 do Código Civil, como sói ser o regime da separação obrigatória da pessoa maior de setenta anos (inciso II). 3. “A *ratio legis* foi a de proteger o idoso e seus herdeiros necessários dos casamentos realizados por interesse estritamente econômico, evitando que este seja o principal fator a mover o consorte para o enlace” (REsp 1689152/SC, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 24/10/2017, DJe 22/11/2017). 4. Firmou o STJ o entendimento de que, “por força do art. 258, § único, inciso II, do Código Civil de 1916 (equivalente, em parte, ao art. 1.641, inciso II, do Código Civil de 2002), ao casamento de sexagenário, se homem, ou quinquentenária, se mulher, é imposto o regime de separação obrigatória de bens. Por esse motivo, às uniões estáveis é aplicável a mesma regra, impondo-se seja observado o regime de separação obrigatória, sendo o homem maior de sessenta anos ou mulher maior de cinquenta” (REsp 646.259/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 22/06/2010, DJe 24/08/2010). 5. A Segunda Seção do STJ, em releitura da antiga Súmula n. 377/STF, decidiu que “no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento, desde que comprovado o esforço comum para sua aquisição” (EREsp 1.623.858/MG, Rel. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª região), Segunda Seção, julgado em 23/05/2018, DJe 30/05/2018), ratificando anterior entendimento da Seção com relação à união estável (EREsp 1171820/PR, Rel. Ministro Raul Araújo, Segunda Seção, julgado em 26/08/2015, DJe 21/09/2015). 6. No casamento ou na união estável regidos pelo regime da separação obrigatória de bens, é possível que os nubentes/companheiros, em exercício da autonomia privada, estipulando o que melhor lhes aprouver em relação aos bens futuros, pactuem cláusula mais protetiva ao regime legal, com o afastamento da Súmula n. 377 do STF, impedindo a comunhão dos aquestos. 7. A *mens legis* do art. 1.641, II, do Código Civil é justamente conferir proteção ao patrimônio do idoso que está casando-se e aos interesses de sua prole, impedindo a comunicação dos aquestos. Por uma interpretação teleológica da norma, é possível que o pacto antenupcial venha a estabelecer cláusula ainda mais protetiva aos bens do nubente septuagenário, preservando o espírito do Código Civil de impedir a comunhão dos bens do ancião. O que não se mostra possível é a vulneração dos ditames do regime restritivo e protetivo, seja afastando a incidência do regime da separação obrigatória, seja adotando pacto que o torne regime mais ampliativo e comunitário em relação aos bens. 8. Na hipótese, o *de cuius* e a sua companheira celebraram escritura pública de união estável quando o primeiro contava com 77 anos de idade – com observância, portanto, do regime da separação obrigatória de bens –, oportunidade em que as partes, de livre e espontânea vontade, realizaram pacto antenupcial estipulando termos ainda mais protetivos ao enlace, demonstrando o claro intento de não terem os seus bens comunicados, com o afastamento da incidência da Súmula n. 377 do STF. Portanto, não há falar em meação de bens nem em sucessão da companheira (CC, art. 1.829, I). 9. Recurso especial da filha do *de cuius* a que se dá provimento. Recurso da ex-companheira desprovido. (STJ REsp 1922347 / PR. RECURSO ESPECIAL. 2021/0040322-7. Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. 4ª Turma. DJ 07/12/2021)

<sup>47</sup> MADALENO, Rolf. *Alimentos compensatórios*. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

descendentes ou a si próprios, como os portadores de deficiência mental, que têm liberdade para casar-se, mesmo submetidos à curatela.<sup>48</sup>

#### 4. Conclusão

Conclui-se, dessa forma, ser necessária uma nova leitura do regime da separação obrigatória de bens por ser o único regime de bens que protege os filhos e demais descendentes, diante da sucessão concorrential de cônjuge ou companheiro.

Importante garantir liberdade de relacionamento afetivo estável a todas as pessoas que assim desejarem, garantindo autonomia para constituir família e fazer constar de acordos nupciais e contratos de união estável a proteção de seus filhos, inclusive pela opção do regime da separação obrigatória de bens, que está previsto na legislação e pode ser adotado por qualquer casal.

O regime da separação obrigatória de bens, por ser o único regime de bens que protege os descendentes pelo Código Civil de 2002, diante da redação do art. 1829, pode ser escolhido por qualquer casal, sejam aqueles expressamente mencionados no art. 1641, a quem é imposto pela lei, não se exigindo manifestação expressa ou pelas pessoas ali não expressamente mencionadas, a fim de que suas consequências possam ser aplicadas a todos aqueles que queiram resguardar seus filhos, garantindo a estes a totalidade de um patrimônio construído em vida, antes mesmo da relação conjugal ou recebido por herança de familiares.

Os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da prioridade dos direitos de crianças, adolescentes e jovens (art. 227), da paternidade e maternidade responsável (art. 226, §7º e art. 229), da liberdade de constituir e proteger a família (art. 226), asseguram a qualquer pai ou mãe o direito de dispor de seus bens de modo a resguardar os filhos após a sua morte, sobretudo de forma transparente e consensual em pactos nupciais e contratos de união estável, notadamente quando existe um regime de bens garantindo essa proteção.

#### Referências bibliográficas

- CALMON, Rafael. *Direito das Famílias e Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 16ª ed. Salvador: JusPodium, 2023.
- \_\_\_\_\_. *Manual das Sucessões*. 8ª ed. Salvador: JusPodium, 2022.
- FONSECA, Priscila M. P. Corrêa. *Manual do planejamento patrimonial das relações afetivas e sucessórias*. 2ª ed. São Paulo: Thompson Reuters (Revista dos Tribunais), 2020.
- MADALENO, Rolf. *Alimentos compensatórios*. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

<sup>48</sup> Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) – art. 85 §1º Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial. §1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

\_\_\_\_\_. *Sucessão Legítima*. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes. *Direito Civil: Sucessões*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das Famílias*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (coord.). *Contratos, família e sucessões: diálogos interdisciplinares/ Alexandre Miranda Oliveira... et al.* Coordenado por Ana Carolina Brochado Teixeira, Renata de Lima Rodrigues. 3ª ed. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2023.

TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELLES, Rose Melo Vencelau. *Fundamentos do direito civil: direito das sucessões*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

XAVIER, Marília Pedroso. *Contrato de Namoro: amor líquido e direito de família mínimo*. 2ª ed. Belo Horizonte. Fórum, 2020.

# Educação básica e pandemia de covid-19 no Brasil: efeitos, riscos e possibilidades a partir do cenário de exclusão digital

*Basic education and covid-19 pandemics in Brazil: effects, risks and possibilities from the digital exclusion scenario*

Rogério Pacheco Alves\*

## Sumário

1. Introdução. 2. A judicialização da pandemia e o papel do STF no estabelecimento de parâmetros científicos de observância obrigatória pelos gestores. 3. Perfil socioeconômico e exclusão digital. 4. Repercussões e reações dos sistemas educacionais. 5. Conclusão. Referências bibliográficas.

## Resumo

O objetivo do presente trabalho é discutir, a partir da tensão entre dois direitos humanos fundamentais aos quais o texto constitucional conferiu especial destaque, o direito à educação e o direito à saúde, inclusive dando-lhes prioridade orçamentária, de que modo se deu a judicialização da pandemia de COVID-19 no Brasil, com reflexos sobre o direito educacional, e os danos decorrentes à educação e à escolarização de crianças e adolescentes em nosso país num cenário de severo fechamento das escolas e em razão da histórica situação de exclusão digital e da baixa cobertura tecnológica de nossas escolas, sobretudo as públicas, a aumentar a distância entre a educação pública e a privada no Brasil. A metodologia consistirá em levantamento bibliográfico sobre o tema, na análise de algumas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e na análise de dados empíricos a respeito da exclusão digital no Brasil e das repercussões e modos de reação dos sistemas de ensino à pandemia, a demonstrar os imensos desafios do país no campo educacional nos próximos anos.

---

\* Doutor em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC. Professor Adjunto na cadeira de Direito da Universidade Federal Fluminense. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

## Abstract

*The objective of this paper is to discuss, from the tension between two fundamental human rights to which the constitutional text has given special emphasis, the right to education and the right to health, including giving them priority in the budget, how was the judicialization of the COVID-19 pandemic in Brazil, with reflections on the educational right, and the damages arising from the education and schooling of children and adolescents in our country in a scenario of severe school closing and due to the historical situation of digital exclusion and the low technological coverage of our schools, especially the public ones, to increase the distance between public and private education in Brazil. The methodology will consist of a bibliographical survey on the subject, the analysis of some decisions handed down by the Supreme Court and the analysis of empirical data regarding the digital exclusion in Brazil and the repercussions and modes of reaction of education systems to the pandemic, to demonstrate the immense challenges facing the country in the educational field in the coming years.*

**Palavras-chave:** Direito à educação. Pandemia. Judicialização. Exclusão digital. Efeitos. Riscos. Possibilidades.

**Keywords:** *Right to education. Pandemic. Judicialization. Digital exclusion. Effects. Risks. Possibilities.*

## 1. Introdução

A garantia do direito humano à educação, encartado no rol dos direitos fundamentais de natureza social (art. 6º da CF), representa condição inafastável para a concretização dos fundamentos e dos objetivos da República Federativa do Brasil, nos termos definidos nos artigos 1º e 3º da Constituição Federal, sobretudo da dignidade da pessoa humana e da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, baseada no desenvolvimento nacional e na promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Segundo o art. 205 da Constituição Federal, a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, devendo ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Ademais, o art. 206 da Constituição Federal determina que são princípios que devem orientar a ação administrativa dos entes federados no sentido da concretização do direito à educação, dentre outros, a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola (inciso I) e a garantia do padrão de qualidade (inciso VII).

Já a LDB, em seu art. 24, I e VI, preceitua, na linha da garantia de padrões mínimos de qualidade, que a Educação Básica, nos níveis fundamental e médio, será organizada em observância a uma carga horária mínima anual de oitocentas horas,

distribuídas por um mínimo de duzentos dias de efetivo trabalho escolar, excluído o tempo reservado aos exames finais, e a frequência mínima de setenta e cinco por cento do total de horas letivas para aprovação. No Ensino Médio, etapa final da educação básica cuja duração mínima é de três anos, as alterações à LDB introduzidas pela Lei nº 13.415/2017 determinam a ampliação progressiva da carga horária mínima anual para mil e quatrocentas horas, devendo atingir pelo menos mil horas no prazo de cinco anos, contados a partir de 2 de março de 2017 (art. 24, §1º). Mesmo no momento excepcional de pandemia mundial, a Medida Provisória n. 934/2020, de 01º de abril de 2020, posteriormente convertida na Lei n. 14.040/2020, embora tenha dispensado, excepcionalmente, os estabelecimentos de ensino de educação básica da observância do mínimo de dias de efetivo trabalho escolar previsto na LDB (200 dias letivos), não abre mão da carga horária mínima anual de 800 horas, o que deve ocorrer preferencialmente em regime presencial, que, segundo a LDB (art. 32, § 4º), constitui a regra geral do ensino fundamental.<sup>1</sup>

Esses objetivos foram colocados em xeque pela pandemia mundial de COVID-19, que, pelo menos num primeiro momento, inviabilizou as aulas presenciais, desafiando gestores de todo o país a garantirem condições materiais e tecnológicas, colocadas à disposição tanto do corpo docente quanto do corpo discente, de modo a assegurar a universalidade, a equidade e a qualidade do atendimento escolar, em atendimento ao preceito do art. 206 da CF, mesmo no momento sanitário excepcional.

Perplexos e despreparados, muitos Estados e Municípios instituíram regimes especiais de educação domiciliar, autorizando as unidades de ensino a promoverem a reorganização de suas atividades escolares, tendo por consideração seus respectivos projetos pedagógicos, em caráter de excepcionalidade e temporalidade, ou seja, enquanto permanecessem as medidas de isolamento voltadas à prevenção e combate ao COVID-19. No caso do Estado do Rio de Janeiro, para usarmos um exemplo que nos é mais próximo, os arts. 2º e 5º da Deliberação nº 376/20 do Conselho Estadual de Educação estabeleceram os requisitos para a execução do regime especial domiciliar, exigindo a elaboração e apresentação formal às comunidades escolares de um plano

---

<sup>1</sup> Em Nota de Esclarecimento de 13 de março de 2020, o Conselho Nacional de Educação (CNE) reafirmou entendimentos anteriores do colegiado e orientou os sistemas e os estabelecimentos de ensino, de todos os níveis, etapas e modalidades, no sentido de que sejam adotadas as providências necessárias e suficientes para assegurar o cumprimento dos dispositivos da LDB; que os estabelecimentos de ensino proponham formas de reposição de dias e horas de efetivo trabalho escolar, submetendo-as à aprovação do correspondente órgão normativo e de supervisão permanente do seu sistema de ensino; que a reorganização do calendário escolar em todos os níveis, etapas e modalidades de ensino seja feita com a participação dos colegiados das instituições de ensino, notadamente, dos professores e da equipe pedagógica e administrativa do estabelecimento, bem como de alunos e seus familiares e demais setores envolvidos na organização das atividades escolares; que seja assegurado no processo de reorganização dos calendários escolares e que a reposição de aulas e atividades escolares que foram suspensas possam ser realizadas de forma a preservar o padrão de qualidade previsto no inciso IX do artigo 3º da LDB e inciso VII do art. 206 da Constituição Federal.

Em nova manifestação pública, o CNE fez editar, em 18 de março do corrente, segunda Nota de Esclarecimento, enfatizando a competência das autoridades e órgãos que compõem todos os sistemas de ensino – federal, estaduais, municipais e distrital – para autorizarem a realização de atividades à distância (Ead) nas etapas e modalidades da educação básica.

de ação pedagógica contendo os objetivos, métodos, técnicas e recursos, bem como a carga horária prevista das atividades a serem desenvolvidas de forma não presencial pelos alunos, de acordo com a faixa etária, e as formas de acompanhamento, avaliação e comprovação da realização das mesmas por parte dos alunos. Referida Deliberação previu também que o plano de ação pedagógica fosse elaborado com a participação de seu corpo docente e devidamente divulgado à comunidade escolar, o que reflete o Princípio Constitucional da Gestão Democrática do Ensino (art. 206, VI, da CF) e o Princípio da Publicidade (art. 37 da CF).<sup>2</sup>

O que se viu, contudo, foi a imensa precariedade dos serviços educacionais prestados no País durante a pandemia, sobretudo pelas redes públicas de ensino, em afronta à legislação educacional.<sup>3</sup> Tal quadro se deu não só em razão da ineficiência dos gestores em garantirem a prestação dos serviços educacionais, como também pela notória situação de vulnerabilidade social de grande parte dos alunos da rede pública e a situação, ainda persistente, de exclusão digital de número significativo do alunado e mesmo dos professores da rede. Já agora, com a retomada das atividades educacionais, o grande desafio é dado pelo risco de evasão.<sup>4</sup>

Tendo tal quadro em mente, o presente artigo discutirá, a partir da tensão entre dois direitos humanos fundamentais aos quais o texto constitucional conferiu especial destaque, o direito à educação e o direito à saúde, inclusive dando-lhes prioridade orçamentária, de que modo se deu a judicialização da pandemia de COVID-19 no Brasil, com reflexos sobre o direito educacional, e os danos decorrentes à educação e à escolarização de crianças e adolescentes em nosso país em razão da histórica situação de exclusão digital e da baixa cobertura tecnológica de nossas escolas, sobretudo as públicas, a aumentar a distância entre a educação pública e a privada no Brasil.

A metodologia consistirá em levantamento bibliográfico sobre o tema, na análise de algumas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e na análise de dados empíricos a respeito da exclusão digital no Brasil e das repercussões e modos de reação dos sistemas de ensino à pandemia, a demonstrar os imensos desafios do país no campo educacional nos próximos anos.

---

<sup>2</sup> A Secretaria de Educação do Estado do Rio de Janeiro estimou, a partir de levantamento feito por suas Diretorias Regionais, que aproximadamente 20% (vinte por cento) dos alunos não possuíam acesso à internet. Informou também que estaria realizando procedimento para a aquisição de chips com dados de internet, além de material impresso e aulas em canal de tv aberta e informou que o uso efetivo da plataforma *Google For Education* e da ferramenta *Google Classroom* teria início em 06 de abril de 2020. Fonte: Ofício SEEDUC/GAB SEI n. 13, de 13 de abril de 2020.

<sup>3</sup> A propósito da educação como direito fundamental indisponível e apto a obrigar o Estado a propiciar meios que viabilizem seu exercício, inclusive afastando qualquer premissa de ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes, v. o decidido pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do agravo regimental interposto no RE 594018 AgR, Rel. Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 23/06/2009, DJe-148 DIVULG. 06-08-2009 PUBLIC. 07-08-2009 EMENT VOL-02368-11, p. 02360).

<sup>4</sup> A evasão no Estado do Rio de Janeiro foi da ordem de 8,9% em 2016 e de 5,1% em 2017, no ensino médio (Fonte: <http://portal.mec.gov.br/component/tags/tag/evasao-escolar>).



## 2. A judicialização da pandemia e o papel do STF no estabelecimento de parâmetros científicos de observância obrigatória pelos gestores

A judicialização da política e das relações sociais entre nós não é fenômeno recente (VIANNA, 1999), nem mesmo na área da educação (SILVEIRA, 2010; ALVES, 2018), mas durante a pandemia de COVID-19 tal fenômeno foi significativamente intensificado, não só em razão da excepcionalidade sanitária, que surpreendeu a gestão em saúde pública, como também pela intensa conflituosidade política experimentada pelo país, principalmente no início da pandemia, em que o Executivo Federal e os gestores municipais e estaduais não conseguiram construir pautas mínimas de consenso sobre as medidas sanitárias necessárias ao enfrentamento da doença (isolamento social, uso de máscaras, fechamento de atividades econômicas, restrição de circulação de pessoas etc.).

Diante de tal quadro de fraqueza das coalizões políticas, que a literatura aponta como favorável à judicialização (TATE; VALINDER, 1995), o Supremo Tribunal Federal, atendendo a urgência do momento, decidiu que a União, os Estados e os Municípios têm competência comum para legislar e adotar medidas sanitárias de combate à pandemia de COVID-19,<sup>5</sup> pondo fim a um quadro de paralisia que já começava a ocorrer em alguns Estados e Municípios, embalado pela postura negacionista adotada pelo Governo Federal.

Mais especificamente por ocasião da apreciação de medida cautelar no âmbito das ADIs n. 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6428 e 6431-MC, o STF estabeleceu constituir erro grosseiro, passível de responsabilização civil e administrativa, a adoção de medidas de flexibilização violadoras do direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia, assim consideradas aquelas adotadas em inobservância de normas e critérios científicos e técnicos, bem como dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. No voto do relator, Min. Luís Roberto Barroso, fica claro o recado: decisões administrativas relacionadas à proteção à vida, à saúde e ao meio ambiente devem observar *standards*, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas.<sup>6</sup>

Tal posicionamento de nossa mais alta Corte de Justiça repercutiu em diversas áreas e entes federativos e findou por ser um importante balizamento para a retomada, ou não, de atividades econômicas, inclusive para o fechamento, ou não, das escolas. Ou seja, o parâmetro fixado pelo STF impôs aos gestores, como elemento inafastável à tomada de suas decisões administrativas, a consideração de aspectos técnicos relacionados à saúde pública, especialmente os quadros epidemiológicos locais e as condições de atendimento das redes de saúde (taxas de ocupação de leitos, filas de espera etc.).

<sup>5</sup> ADI n. 6341 MC – Ref/DF, rel. Min. Edson Fachin, Pleno, maioria, j. 15.04.2020.

<sup>6</sup> Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Pleno, maioria, j. 21.05.2020.

O que há de interessante em tal decisão é que o Judiciário, a fim de minimizar reações negativas dos demais poderes e da própria sociedade, ou seja, a fim de minimizar o que a literatura tem denominado de *efeito backlash* (FONTELES, 2019), ancora sua argumentação na ciência, em seus critérios racionais, uma estratégia que já tinha sido utilizada em outros precedentes (aborto de fetos anencéfalos e utilização de células-tronco).<sup>7</sup> Ou seja, sem entrar propriamente na disputa sobre o acerto, ou não, das medidas de restrição sanitárias, preservando-se, em certo sentido, da onda de polarização política que atinge o próprio Judiciário, o STF buscou um fundamento externo ao direito com vistas à legitimidade de sua decisão, numa estratégia fortemente procedimental em que a ciência foi invocada como suporte argumentativo.

Naturalmente, pode-se questionar tal estratégia e sua segurança a partir da mutabilidade sempre presente dos critérios científicos, principalmente durante uma pandemia, mas talvez resida justamente aí a engenhosidade da solução dada pelo STF, que não dita os critérios científicos, apenas aponta que tais critérios devem ser observados pelos gestores na tomada de decisões (daí o seu caráter procedimental).

Um outro aspecto interessante da decisão é a ampliação do princípio da precaução, tradicionalmente utilizado no campo do direito ambiental, mas que o STF acoplou ao argumento dos critérios científicos para recomendar cautela aos gestores na tomada de decisões, inclusive o fechamento de escolas.

Diante da possibilidade de responsabilização administrativa, se desconsiderados os parâmetros científicos e a advertência precaucional, e tendo também em conta que a gestão em saúde pública durante a pandemia mostrou-se desastrosa,<sup>8</sup> muitas escolas públicas e privadas permaneceram fechadas por longo período, por decisão dos gestores locais, sendo o Brasil um dos países que mais manteve suas escolas inativas, como será visto mais à frente. As tímidas ações realizadas por Estados e Municípios, num quadro restritivo e de tensão entre os Poderes e entes federativos, geraram uma concreta desigualdade no acesso aos poucos meios digitais disponíveis, à falta de efetivas condições materiais e tecnológicas colocadas à disposição das comunidades escolares, sobretudo aos alunos das redes públicas, além da inexistência de planos de ação pedagógico adequados ao momento.

Uma das soluções apresentadas à superação de tal grave problema consistiu no envio de material impresso às residências dos alunos sem o necessário acompanhamento pedagógico, o que, na prática, impôs aos estudantes e suas famílias uma ilegal modalidade de *homeschooling* (ensino domiciliar), que o Supremo Tribunal Federal considerou ilegal por ocasião do julgamento do RE 888.815/RS.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Respectivamente, ADPF 54-DF, rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, maioria, j. 12.04.12, e ADI 3510-DF, rel. Min. Ayres Brito, Pleno, maioria, j. 29.05.08.

<sup>8</sup> <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2021/01/28/brasil-e-pior-pais-do-mundo-na-gestao-da-epidemia-de-covid-19-aponta-estudo-australiano.ghtml>.

<sup>9</sup> "CONSTITUCIONAL. EDUCAÇÃO. DIREITO FUNDAMENTAL RELACIONADO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E À EFETIVIDADE DA CIDADANIA. DEVER SOLIDÁRIO DO ESTADO E DA FAMÍLIA NA PRESTAÇÃO

É importante compreender que em tal precedente a discussão girava em torno da suposta existência de um direito público subjetivo do aluno ou de sua família ao ensino domiciliar, o que nossa Corte Constitucional findou por afastar à falta de legislação específica. No caso da pandemia, ao lançar seus alunos à própria sorte com os “materiais impressos” enviados pelos correios, muitos Estados e Municípios brasileiros acabaram por impor a tais alunos a modalidade de *homeschooling* de forma flagrantemente discriminatória e com todas as dificuldades oriundas do perfil socioeconômico dos estudantes e seus pais, o que será nosso próximo tema.

### 3. Perfil socioeconômico e exclusão digital

É fato notório que o público-alvo das escolas públicas é composto, majoritariamente, por adolescentes e jovens de baixa renda e em situação de vulnerabilidade social, o que é demonstrado por diversos estudos e pesquisas amplamente reconhecidos pelos especialistas em educação.

Por exemplo, de acordo com a OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico),<sup>10</sup> os estudantes brasileiros de 15 e 16 anos de alto nível socioeconômico estão quase três anos de aprendizagem em Leitura à frente daqueles de nível socioeconômico baixo, da mesma idade. Tais dados são do *Programme for International Student Assessment (Pisa 2018)*, da OCDE, e demonstram que a desigualdade entre alunos ricos e pobres no Brasil está entre as maiores do mundo:

---

DO ENSINO FUNDAMENTAL. NECESSIDADE DE LEI FORMAL, EDITADA PELO CONGRESSO NACIONAL, PARA REGULAMENTAR O ENSINO DOMICILIAR. RECURSO DESPROVIDO.

1. A educação é um direito fundamental relacionado à dignidade da pessoa humana e à própria cidadania, pois exerce dupla função: de um lado, qualifica a comunidade como um todo, tornando-a esclarecida, politizada, desenvolvida (*CIDADANIA*); de outro, dignifica o indivíduo, verdadeiro titular desse direito subjetivo fundamental (*DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA*). No caso da educação básica obrigatória (CF, art. 208, I), os titulares desse direito indisponível à educação são as crianças e adolescentes em idade escolar.
2. É dever da família, sociedade e Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, a educação. A Constituição Federal consagrou o dever de solidariedade entre a família e o Estado como núcleo principal à formação educacional das crianças, jovens e adolescentes com a dupla finalidade de defesa integral dos direitos das crianças e dos adolescentes e sua formação em cidadania, para que o Brasil possa vencer o grande desafio de uma educação melhor para as novas gerações, imprescindível para os países que se querem ver desenvolvidos.
3. A Constituição Federal não veda de forma absoluta o ensino domiciliar, mas proíbe qualquer de suas espécies que não respeite o dever de solidariedade entre a família e o Estado como núcleo principal à formação educacional das crianças, jovens e adolescentes. São inconstitucionais, portanto, as espécies de *unschooling* radical (desescolarização radical), *unschooling* moderado (desescolarização moderada) e *homeschooling* puro, em qualquer de suas variações.
4. O ensino domiciliar não é um direito público subjetivo do aluno ou de sua família, porém não é vedada constitucionalmente sua criação por meio de lei federal, editada pelo Congresso Nacional, na modalidade ‘utilitarista’ ou ‘por conveniência circunstancial’, desde que se cumpra a obrigatoriedade, de 4 a 17 anos, e se respeite o dever solidário Família/Estado, o núcleo básico de matérias acadêmicas, a supervisão, avaliação e fiscalização pelo Poder Público; bem como as demais previsões impostas diretamente pelo texto constitucional, inclusive no tocante às finalidades e objetivos do ensino; em especial, evitar a evasão escolar e garantir a socialização do indivíduo, por meio de ampla convivência familiar e comunitária (CF, art. 227).
5. Recurso extraordinário desprovido, com a fixação da seguinte tese (TEMA 822): “Não existe direito público subjetivo do aluno ou de sua família ao ensino domiciliar, inexistente na legislação brasileira”.

<sup>10</sup> Os dados a seguir foram extraídos de <https://www.portaliede.com.br/pisa-2018-brasil-e-um-dos-paises-com-a-maior-diferenca-de-desempenho-educacional-entre-alunos-ricos-e-pobres/> (acessado em 15 de setembro de 2021).

Foram considerados como estudantes de nível socioeconômico alto aqueles que estão entre os 33% de alunos com maior nível socioeconômico entre os que fizeram o Pisa 2018 em cada país. O índice de nível socioeconômico reflete o status econômico, social e cultural do estudante. O indicador é construído considerando as posses domésticas do aluno – se a família possui carro e se ele tem um quarto quieto para estudar, por exemplo – e escolaridade e ocupação dos pais.

Os estudantes brasileiros de nível socioeconômico alto obtiveram média em Leitura de 492,2, enquanto aqueles que estão entre os 33% de nível socioeconômico mais baixo, 389,6. A diferença entre os grupos foi, portanto, de 102,6 pontos – a terceira maior dentre os 79 países que participaram da avaliação em 2018. Só apresentaram diferenças mais altas Israel (121 pontos) e Filipinas (107 pontos). Especialistas consideram que cada 35 pontos equivalem a 1 ano de aprendizagem.

A média geral do Brasil em Leitura, no Pisa 2018, foi 412,9, um pequeno avanço em relação à edição anterior, de 2015, em que o país obteve 407,4. Apenas para comparação, a média dos estudantes brasileiros de nível socioeconômico alto está acima da média geral da Suíça, do Chile e da Itália e no mesmo patamar de França e Portugal. Já a nota dos estudantes mais pobres fica entre as médias da República da Macedônia e do Cazaquistão.

Essa diferença não é observada apenas em Leitura. Em Matemática, área em que o país encontra ainda mais dificuldade para avançar, a diferença entre os dois grupos também ultrapassa 100 pontos. Os estudantes de renda mais alta atingiram 461,8 pontos, enquanto os de baixa, 360,8. A média do país foi 383,6 – em 2015, ficou em 377,1. Os países que apresentaram diferenças maiores que o Brasil são Israel, Bélgica, Hungria e Eslováquia. No entanto, é preciso ressaltar que, apesar dessas grandes discrepâncias de desempenho entre os estudantes, nenhuma dessas quatro nações está no mesmo nível de aprendizagem do Brasil. Nesses países, mesmo os alunos mais pobres possuem desempenho superior à média brasileira.

Em ciências, a situação se repete: alunos brasileiros de nível socioeconômico alto obtiveram 483,3 pontos, enquanto os de baixo, 380,7 (diferença de 102,6, menor apenas que Israel e Bélgica).

Estudos sobre o tema mostram grande correlação entre os resultados dos estudantes em testes padronizados e a situação socioeconômica de suas famílias. Isso em razão de diversos fatores, tais como mais

estímulo que recebem em casa, exposição a vocabulário mais vasto, acesso a livros e bens culturais.

(...)

Na plataforma Mapa da Aprendizagem, é possível comparar as respostas dos estudantes a 6 perguntas do questionário do aluno do Pisa 2018. Uma delas é se já repetiram de ano: enquanto um quarto dos estudantes de nível socioeconômico baixo repetiu de ano pelo menos uma vez no ensino fundamental, entre os alunos de nível socioeconômico alto, o índice é de 8,8%.

Recentemente,<sup>11</sup> o Instituto Interdisciplinaridade e Evidências no Debate Educacional (IEDE) realizou um estudo com os microdados do Pisa 2015 a fim de entender o perfil dos adolescentes que estudam nas redes pública e privada brasileiras. Referido estudo aponta diferenças relevantes entre eles:

*[e]nquanto na rede pública, por exemplo, somente 43,4% dos alunos na faixa etária avaliada, 15 ou 16 anos, espera completar o ensino superior ou realizar uma pós-graduação; na rede privada, o percentual sobe para 69%. Outros itens também chamam a atenção, como os alunos que exercem trabalho remunerado após as aulas. Na rede pública são 40%; já na privada, 24,4%.*

(...)

De acordo com dados das Sinopses Estatísticas da Educação Básica 2017, dos 3.098.466 alunos matriculados no 1º ano do ensino médio, ano passado, 88,8%, isto é 2.752.124, estavam na rede pública (municipal, federal ou estadual).

*Além de muito mais numeroso, o contingente de alunos da rede pública é também mais diverso. Comparações, mesmo que entre o subgrupo de alunos da rede privada com nível socioeconômico semelhante ao da pública, exigem cuidado. Isso porque, entre outros fatores, na rede pública há alunos de extrema baixa renda, que raramente são encontrados na rede privada.*

<sup>11</sup> Fonte: <https://www.portaliiede.com.br/analise-inedita-do-tede-ajuda-a-entender-o-perfil-dos-alunos-de-15-anos-das-redes-publica-e-privada/> (acesso em 21.09.21).

Respostas à pergunta: “qual das seguintes etapas você espera completar?”

Tipo de rede	Ensino fundamental II	Ensino médio ou ensino médio técnico	Cursos técnicos, tecnólogos e graduações de até 2 anos	Graduação ou pós, incluindo mestrado e doutorado
Alunos da rede pública	3,33%	44,5%	8,73%	43,45%
Alunos da rede privada	0,74%	18,39%	12,12%	68,76%

Estudantes que responderam “sim” à pergunta: “depois de sair da escola, você trabalha de forma remunerada?”	
Rede pública	40%
Rede privada	24,4%

Quem são os alunos de 15 anos da rede pública?

1. *Somente 44% tem mães com ensino médio completo, mas seus pais apoiam seus estudos*

*Na rede pública, 41% dos alunos têm pais com ensino médio completo. Já na particular, o percentual é quase o dobro, 80,2%. Veja:*

Mães com ensino médio completo		Pais com ensino médio completo	
Rede pública	44,5%	Rede pública	41%
Rede privada	83,1%	Rede privada	80,2%

2. *19% já repetiram de ano pelo menos uma vez*

Entre os alunos da rede pública, 19,1% afirmaram que já repetiram de ano pelo menos uma vez; entre os estudantes da rede privada o percentual é de 11,1%. Foram analisadas também questões ligadas à indisciplina nas aulas de ciências (área foco do Pisa 2015) e sobre repetência. Veja a seguir:

Percentual de alunos que disse que o fato citado acontece em <u>todas</u> as aulas de ciências		
	Rede pública	Rede privada
Há barulho e desordem	15,4%	6,5%
Alunos não escutam o que professor fala	13,8%	5,7%
O professor espera muito tempo até os alunos se aquietarem	14,5%	6,8%
Os alunos não conseguem trabalhar bem	10,8%	3,7%

(...)

3. *Estão quase três anos letivos atrás em aprendizagem em relação à rede privada*

De acordo com a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), responsável pelo Pisa, cerca de 35 pontos representam um ano letivo de aprendizado. Dessa forma, pode-se dizer que *alunos da rede pública estavam, aos 15 anos, quase 3 anos atrás em aprendizagem em relação aos alunos da mesma faixa etária na rede particular.*

Observe as diferenças entre as médias de proficiência por rede:

Médias de proficiência no Pisa 2015				
	Matemática	Ciências	Leitura	Resolução Colaborativa de Problemas
Rede pública	364,99	388,84	395,34	402,35
Rede privada	461,01	486,20	491,88	478,74

Há também diferenças significativas no percentual de alunos por nível de desempenho:

Segundo a OCDE, 2 é considerado o nível mínimo de proficiência para que o aluno seja capaz de exercer sua cidadania. Preocupa,

portanto, o fato de que, *na rede pública, 74,3% dos alunos estão abaixo do nível 2 em matemática; 60,2%, em ciências; e 53,5%, em leitura.*

Já na rede privada o percentual de alunos que não chegaram ao nível mínimo de proficiência foi de 32,2% em matemática; 18,6%, em ciências; e 16,8%, em leitura.

Mas, enquanto há grandes diferenças entre as redes nos níveis mais baixos de desempenho, não se pode dizer o mesmo sobre os níveis mais altos, 5 ou 6. Em ambas, poucos alunos chegaram lá. Veja todos os dados na tabela a seguir:

Percentual de alunos por nível de desempenho em matemática, ciências e leitura na rede pública e na rede privada:						
	Matemática		Ciências		Leitura	
	Rede pública	Rede privada	Rede pública	Rede privada	Rede pública	Rede privada
Abaixo do nível 1	46,2%	12,5%	4,3%	0,5%	7,0%	1,0%
Nível 1	28,1%	19,7%	55,9%	18,1%	46,5%	15,8%
Nível 2	16,7%	26,8%	26,1%	29,3%	26,3%	25,3%
Nível 3	6,9%	23,6%	11,1%	32,1%	14,9%	32,7%
Nível 4	1,7%	12,3%	2,4%	16,2%	4,6%	19,7%
Nível 5	0,3%	4,2%	0,2%	3,6%	0,7%	5,0%
Nível 6	0,0%	1,0%	0,0%	0,2%	0,0%	0,6%

Os dados levantados pelo Iede reforçam que há grandes desafios na rede pública, que precisam ser enfrentados para que os alunos tenham pelo menos o mesmo aprendizado daqueles que estão na rede privada e expectativas acadêmicas tão altas quanto. Tais pesquisas deixam claro que, ao contrário do suposto, o baixo desempenho da rede pública não se deve ao “desinteresse” dos pais dos alunos das escolas públicas, ou mesmo de “desinteresse” dos próprios alunos,<sup>12</sup> mas sim de condições materiais (renda e emprego, grau de escolaridade dos pais, condições de habitação, acesso a serviços públicos etc.) que têm um impacto avassalador sobre

<sup>12</sup> A mesma pesquisa antes referida demonstra que nos três grupos analisados (pública, privada e privada com nível socioeconômico similar ao da pública) mais de 90% dos alunos afirmaram que os pais se interessam por suas atividades escolares e mais de 80% que os ajudam quando enfrentam dificuldades na escola. A pesquisa também demonstra que tanto alunos da rede pública como da rede privada desejam ir bem na escola: nos três grupos, mais de 95% dos alunos responderam que concordam ou concordam fortemente que querem obter “as melhores notas em todas ou na maioria das disciplinas”, e mais de 60% que querem “estar entre os melhores da sala” (Fonte: <https://www.portaliiede.com.br/analise-inedita-do-iede-ajuda-a-entender-o-perfil-dos-alunos-de-15-anos-das-redes-publica-e-privada/>. acesso em 21.09.21).



a oferta e a qualidade da educação pública no Brasil, a indicar que o ensino virtual, embora em tese possível, deve ser executado de forma bastante cautelosa na rede pública de ensino, e não da forma improvisada como se viu em vários Estados e Municípios brasileiros. Além da situação de vulnerabilidade social, há também, mesmo nos dias atuais, um preocupante quadro de exclusão digital, que deve ser conjugado ao perfil socioeconômico dos alunos das escolas públicas.

Por exclusão digital entenda-se, basicamente, a situação de impossibilidade ou de severa dificuldade de acesso às novas tecnologias da informação e comunicação. Tal conceito, embora originalmente vinculado a aspectos técnicos (acesso e velocidade de conexão à internet, qualidade do hardware e do software dos equipamentos etc.) leva também em consideração diversos outros fatores, tais como os aspectos individuais e sociais (idade, gênero, grau de escolaridade, renda, capacidade de compreensão do inglês, diferenças culturais, diferenças de habilidades no uso de tecnologias, motivação, autonomia, qualidade da informação, tempo diário de conexão, questões comportamentais, como a timidez etc.) e também aspectos geográficos (zonas urbanas e rurais e seus bairros e regiões, os problemas de “sinal” etc.).<sup>13</sup>

Nessa linha, pesquisa do IBGE aponta que embora a inclusão digital esteja em franco crescimento entre nós, o país ainda tinha 63,3 milhões de habitantes e 21 milhões de lares sem acesso ao serviço no fim de 2016. Desse contingente de desconectados, 47,7 milhões – 75% do total – afirmam que não usam a rede por falta de conhecimento ou desinteresse.<sup>14</sup>

Justamente por isso, a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), órgão da Organização das Nações Unidas (ONU) aponta que a exclusão digital é um importante fator de desigualdade entre as nações, o que coloca os países periféricos e suas populações em situação de franca desvantagem frente aos países economicamente fortes e suas populações.

Todos esses aspectos, conjugados aos perfis socioeconômicos dos alunos e professores da rede pública, deviam ter sido levados em conta no momento em que vários Estados e Municípios anunciaram a implementação das aulas virtuais, faltando não só condições materiais de pleno acesso às novas tecnologias como também condições culturais e expertise, na medida em que os alunos e professores, principalmente os da rede pública, não estavam habituados ao uso das plataformas tecnológicas oferecidas. No caso dos professores, a situação já se mostrava bastante preocupante se considerado que muitos deles já estão em final de carreira e foram formados no modelo tradicional de magistério, ou seja, o modelo “cuspe e giz”.

Naturalmente, não se ignora que o quadro de pandemia mundial a todos surpreendeu, a exigir dos gestores a difícil tarefa de garantir o direito fundamental à educação mesmo em momento tão adverso. A situação de pandemia, de fato,

<sup>13</sup> MARQUES, Francisco Paulo Jamil Almeida. Democracia on-line e o problema da exclusão digital. *Intexto*, Porto Alegre, UFRGS, n. 30, julho de 2014, p. 102.

<sup>14</sup> Fonte: <https://www.anj.org.br/site/exemplos/97-midia-nacional/5948-excluidos-digitais-sao-63-milhoes.html> (acesso em 13.04.2020).

assemelha-se a de uma guerra mundial, só que contra um “inimigo invisível”. Não obstante, a garantia constitucional de acesso à educação, que não pode ser ilusória ou meramente formal, não pode admitir como natural que alguns alunos tenham acesso à educação, e outros não tenham, ou seja, que alguns alunos sejam deixados para trás. Não pode admitir, em suma, que se formem castas de estudantes: a casta dos “tecnológicos” e a dos “excluídos digitais”.

No caso específico do Estado do Rio de Janeiro, os dados oriundos de questionários socioeconômicos aplicados nas avaliações de larga escala Prova Brasil/2017, Enem/2018 e PNADc/2018<sup>15</sup> demonstram que:

- a grande maioria dos alunos da rede pública do Estado que estão no 5º e no 9º ano possuem acesso à televisão, mas quando questionados sobre acesso a computador 38% dos estudantes do 5º ano e 31% dos alunos do 9º ano do ensino fundamental não possuem acesso ao mesmo;
- apesar de uma grande parte desses estudantes não saber responder a escolaridade dos seus pais, quando o sabem a maioria dos pais possuem apenas ensino fundamental como maior escolaridade completa;
- dos estudantes que realizaram a prova do Enem em 2018, 32% não possuíam computador, mas 83% relataram possuir acesso à internet. Uma possível explicação a isso pode ser a falta de distinção entre o acesso à rede de banda larga domiciliar e à rede 4G de operadoras de telefonia;
- entre esses mesmos alunos a maioria dos pais tinham apenas o ensino fundamental e mais da metade dos estudantes viviam em famílias cuja renda familiar era de até R\$1.908,00;
- 47% dos domicílios do Estado não tinham nenhum tipo de microcomputador em casa, 12% não tinham acesso à internet por qualquer meio eletrônico e 43% não possuíam acesso à internet através de microcomputadores.

Em suma, os dados acima demonstram claramente que as estratégias utilizadas pelas redes de ensino possuem forte caráter seletivo e discriminatório, por deixaram à margem um quantitativo imenso de alunos sem cobertura educacional e que vivem em famílias de baixa renda e sem condições de apoiarem seus filhos nas atividades domiciliares.

<sup>15</sup> Fontes: [http://portal.inep.gov.br/artigo/-/asset\\_publisher/B4AQV9zFY7Bv/content/microdados-do-sistema-de-avaliacao-da-educacao-basica-de-2017-sao-divulgados/21206#:~:text=O%20pacote%20dos%20microdados%20Saeb,pacotes%20estat%C3%ADsticos%20SAS%20e%20SPSS.](http://portal.inep.gov.br/artigo/-/asset_publisher/B4AQV9zFY7Bv/content/microdados-do-sistema-de-avaliacao-da-educacao-basica-de-2017-sao-divulgados/21206#:~:text=O%20pacote%20dos%20microdados%20Saeb,pacotes%20estat%C3%ADsticos%20SAS%20e%20SPSS.) (microdados da Prova Brasil, 2017); [https://download.inep.gov.br/microdados/microdados\\_enem2018.zip](https://download.inep.gov.br/microdados/microdados_enem2018.zip) (microdados do Enem, 2018) e <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/multidominio/cultura-recreacao-e-esporte/17270-pnad-continua.html?=&t=microdados> (microdados da PNADc, 2018). Acesso em 21.09.21.

#### 4. Repercussões e reações dos sistemas educacionais

Em julho de 2021, já num cenário de significativo retorno, mesmo que parcial, das atividades presenciais, o Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep) publicou importante pesquisa a respeito dos impactos da pandemia sobre os sistemas nacionais de ensino,<sup>16</sup> o que nos permite refletir sobre as repercussões e as formas de reação das comunidades escolares e dos gestores durante tal período. No universo total de escolas pesquisadas, 97,2% das escolas públicas responderam à pesquisa, enquanto nas redes privadas o total foi de 83,2%, uma base amostral bastante significativa.

Inicialmente, o levantamento mostra que 99,3% das escolas brasileiras (redes pública e privada) suspenderam as atividades educacionais presenciais. Em função disso, parte delas também ajustou a data do término do ano letivo de 2020, visando ao enfrentamento das questões pedagógicas decorrentes dessa suspensão.<sup>17</sup> No amplo universo das escolas brasileiras, as escolas públicas sentiram uma necessidade maior de fazer a adequação do calendário, sendo que pouco mais de 53% delas mantiveram o calendário original. Por outro lado, cerca de 70% das escolas privadas seguiram o cronograma previsto,<sup>18</sup> a reforçar, mais uma vez, o fosso existente entre as redes pública e privada, esta última, de um modo geral, melhor equipada para o enfrentamento da pandemia.

O estudo também aponta que o percentual de escolas brasileiras que não retornaram às atividades presenciais no ano letivo de 2020 foi de 90,1%, sendo que na rede federal esse percentual foi de 98,4%, seguido pelas escolas municipais (97,5%), estaduais (85,9%) e privadas (70,9%). Isso significa que mais de 98% das escolas do País adotaram estratégias não presenciais de ensino.<sup>19</sup> A diferença entre os sistemas público e privado de ensino relativamente ao retorno às atividades presenciais em 2020 deve-se, provavelmente, à forte demanda exercida pelos proprietários das escolas privadas, pressionados pelas famílias que questionavam a manutenção integral dos valores das mensalidades, mesmo sem aulas presenciais.<sup>20</sup>

Comparando as realidades de diferentes países, percebe-se que o Brasil teve um período bastante significativo de suspensão das atividades escolares presenciais, vale dizer, 279 dias de suspensão em 2020, considerando escolas públicas e privadas. Diversamente, dados do monitoramento global do fechamento de escolas causado pelo coronavírus, da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco), mostram que Chile e Argentina registraram 199 dias sem atividades

<sup>16</sup> <https://www.gov.br/inep/pt-br/areas-de-atuacao/pesquisas-estatisticas-e-indicadores/censo-escolar/pesquisas-suplementares/pesquisa-covid-19>. Acessado em 15.09.21.

<sup>17</sup> Fonte: <https://www.gov.br/inep/pt-br/areas-de-atuacao/pesquisas-estatisticas-e-indicadores/censo-escolar/pesquisas-suplementares/pesquisa-covid-19>. Acessado em 15.09.21.

<sup>18</sup> Fonte: <https://www.gov.br/inep/pt-br/areas-de-atuacao/pesquisas-estatisticas-e-indicadores/censo-escolar/pesquisas-suplementares/pesquisa-covid-19>. Acessado em 15.09.21.

<sup>19</sup> Fonte: <https://www.gov.br/inep/pt-br/areas-de-atuacao/pesquisas-estatisticas-e-indicadores/censo-escolar/pesquisas-suplementares/pesquisa-covid-19>. Acessado em 15.09.21.

<sup>20</sup> <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/06/05/entenda-como-e-o-desconto-de-30percentnas-mensalidades-de-escolas-e-universidades-particulares-do-rj.ghtml>.

presenciais entre 11 de março de 2020 e 2 de fevereiro de 2021; no México, foram 180 dias de suspensão das aulas presenciais, enquanto o Canadá teve apenas 163 dias de aulas presenciais suspensas; França e Portugal contabilizaram menos de um trimestre sem aulas presenciais, com a suspensão de 43 e 67 dias, respectivamente.<sup>21</sup> Estudos futuros poderão aprofundar as causas de tamanha discrepância, mas já é possível indicar como uma das mais prováveis a forma negligente como a pandemia foi enfrentada pelo Governo Federal, como acima já referido, a criar uma atmosfera de insegurança sanitária, não só na sociedade como também nas próprias esferas federativas de gestão educacional (Estados e Municípios).

No quesito “tecnologia”, o referido estudo demonstra que na rede estadual 79,9% das escolas treinaram seus docentes para o uso de metodologias ou materiais dos programas de ensino não presencial. Na rede municipal, 53,7% fizeram este treinamento, sendo que 43,4% das escolas estaduais disponibilizaram equipamentos (computador, notebook, tablets e smartphones) aos docentes, enquanto nas escolas municipais esse percentual cai significativamente (19,7%). Relativamente ao acesso gratuito ou subsidiado à internet em domicílio, a pesquisa Inep mostra que 15,9% das escolas da rede estadual adotaram medidas nesse sentido, e na rede municipal o número registrado foi de ínfimos 2,2%.<sup>22</sup> Os dados demonstram que os gestores educacionais, sobretudo os gestores municipais, ignoraram a situação de exclusão digital no Brasil, conforme acima demonstrado.

Dentre as estratégias utilizadas para superar as dificuldades impostas pela pandemia, a disponibilização de materiais impressos para retirada na escola foi a mais utilizada, seguida da oferta de materiais de ensino-aprendizagem na internet, das avaliações e testes realizados, remotamente, pela internet ou com material físico. Além disso, as escolas brasileiras realizaram atendimentos virtuais ou presenciais escalonados, além de suporte aos alunos, seus pais ou responsáveis.<sup>23</sup> Também aqui se percebe que a principal estratégia adotada (retirada de material impresso) demonstra o nível de defasagem tecnológica das escolas brasileiras.

Sobre a realização de aulas ao vivo (“síncronas”), os dados apontam que 72,8% das escolas estaduais e 31,9% das municipais implementaram tal estratégia. Em 2.142 cidades brasileiras nenhuma das escolas municipais adotou essa medida, mas, em contrapartida, em 592 cidades todas as escolas da rede municipal fizeram o uso desse meio. O levantamento também indica que 21,9% das escolas privadas retornaram às aulas no modelo híbrido (realização concomitante de atividades presenciais e não presenciais) e na rede pública apenas 4% das escolas adotaram essa medida.<sup>24</sup>

<sup>21</sup> Fonte: <https://www.gov.br/inep/pt-br/areas-de-atuacao/pesquisas-estatisticas-e-indicadores/censo-escolar/pesquisas-suplementares/pesquisa-covid-19>. Acessado em 15.09.21.

<sup>22</sup> Fonte: <https://www.gov.br/inep/pt-br/areas-de-atuacao/pesquisas-estatisticas-e-indicadores/censo-escolar/pesquisas-suplementares/pesquisa-covid-19>. Acessado em 15.09.21.

<sup>23</sup> Fonte: <https://www.gov.br/inep/pt-br/areas-de-atuacao/pesquisas-estatisticas-e-indicadores/censo-escolar/pesquisas-suplementares/pesquisa-covid-19>. Acessado em 15.09.21.

<sup>24</sup> Fonte: <https://www.gov.br/inep/pt-br/areas-de-atuacao/pesquisas-estatisticas-e-indicadores/censo-escolar/pesquisas-suplementares/pesquisa-covid-19>. Acessado em 15.09.21.

Em levantamento relativo ao período pré-pandemia, o Censo Escolar realizado pelo Inep (2020) revela que na educação infantil a internet banda larga está presente em 85% das escolas particulares, caindo tal percentual para 52,7% quando se trata da rede municipal. No ensino fundamental, os municípios também apresentaram números desanimadores, pois apenas 9,9% das escolas possuem lousa digital, 54,4% projetores multimídia, 38,3% computadores de mesa, 23,8% computadores portáteis, 52,0% internet banda larga e 23,8% oferecem internet para uso dos estudantes. Um olhar para as regiões do País revela que o Centro-Oeste tem a melhor estrutura tecnológica, com 83,4% das escolas de ensino fundamental com internet banda larga. Em seguida estão o Sudeste (81,2%) e o Sul (78,7%). Seguindo preocupante tendência de menor atenção, os estados do Norte e do Nordeste são os que têm a menor conectividade (31,4% e 54,7%, respectivamente). A propósito da disponibilidade de internet aos alunos, o Sul sai na frente (65,4% das escolas que têm ensino fundamental fornecem acesso aos estudantes), sendo seguido pelo Sudeste (51,8%) e pelo Centro-Oeste (48,3%). Um outro achado relevante da pesquisa demonstra que a disponibilidade de equipamentos nas escolas de ensino médio é maior do que nas do ensino fundamental: na rede estadual, 80,4% das unidades têm internet banda larga e 79,3% delas possuem computadores de mesa para alunos.<sup>25</sup>

Da análise cuidadosa dos diversos problemas levantados pela pesquisa do Inep percebe-se que o desempenho dos municípios foi consideravelmente pior que o desempenho dos Estados e da rede privada durante a pandemia, o que levanta uma relevante preocupação a respeito do futuro da educação no Brasil, se considerada a faixa educacional de competência dos Municípios (educação infantil e educação fundamental).

Os achados da pesquisa do Inep foram corroborados pela Unicef, que em recente publicação aponta que, em novembro de 2020, 5.075.294 crianças e adolescentes de 6 a 17 anos estavam fora da escola ou sem atividades escolares, o que corresponde a 13,9% dessa parcela da população em todo o Brasil, sendo as regiões Norte e Nordeste as que apresentam os maiores percentuais de crianças e adolescentes fora da escola, sobretudo na faixa etária de 6 a 10 anos e nas zonas rurais.<sup>26</sup>

Enfim, os dados acima demonstram a gravidade das repercussões da pandemia sobre a educação brasileira e a precariedade das soluções apresentadas às comunidades escolares, indiciando que nos próximos anos o país terá diante de si enormes desafios no campo educacional.

<sup>25</sup> Fonte: <https://www.gov.br/inep/pt-br/assuntos/noticias/censo-escolar/pesquisa-revela-dados-sobre-tecnologias-nas-escolas>. Acessado em 21.09.21.

<sup>26</sup> Fonte: <https://www.unicef.org/brazil/relatorios/cenario-da-exclusao-escolar-no-brasil>. Acessado em 22.10.21.

## 5. Conclusão

Se faltou coordenação dos entes federativos ao enfrentamento da pandemia – como de fato faltou –, os efeitos sobre a educação experimentados ao longo dos anos de 2020 e 2021 requerem que o modelo de federalismo cooperativo desenhado pelo texto constitucional de 1988 seja posto em operação de modo a que União, Estados e Municípios recuperem o tempo perdido por estudantes de todo o país, suas defasagens educacionais.

Dentre os maiores desafios, a evasão escolar é o maior deles, dados os números alarmantes de crianças e adolescentes fora da escola em todo o país, como visto. Num cenário de retração orçamentária causado pela pandemia, o combate à evasão escolar demanda esforços multiplicados do Estado, da sociedade e das comunidades escolares, num ambiente cooperativo, criativo e solidário.

Embora os efeitos sobre a educação sejam robustos, é possível superá-los. É chegada a hora, finalmente, de ampliar o acesso das comunidades escolares a ferramentas tecnológicas e de aprofundar a qualificação dos professores em seu manejo, dotando as escolas de parques tecnológicos adequados às suas necessidades e características, sobretudo nas redes públicas, que historicamente possuem uma grande defasagem relativamente às redes privadas de ensino. Naturalmente, a tecnologia não será a única saída e deve ser adotada com cautela. Tampouco poderá substituir a dimensão humana do processo de educar, ou seja, o professor e sua interação com o aluno.

## Referências bibliográficas

ALVES, Rogério Pacheco. Judicialização do direito à educação. *Revista Publicum*, v. 4, 2018, p. 83-105.

FONTELES, Samuel Sales. *Direito e Backlash*. Salvador: Juspodium, 2019.

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA (Unicef). *Cenário da Exclusão Escolar no Brasil*. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/relatorios/cenario-da-exclusao-escolar-no-brasil>. Acessado em: 22.10.21.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA (Inep). *Censo Escolar 2020*. Disponível em: <https://www.gov.br/inep/pt-br/areas-de-atuacao/pesquisas-estatisticas-e-indicadores/censo-escolar/pesquisas-suplementares/pesquisa-covid-19>. Acessado em: 20.10.21.

\_\_\_\_\_. *Pesquisa INEP*. Disponível em: <https://www.gov.br/inep/pt-br/assuntos/noticias/censo-escolar/pesquisa-revela-dados-sobre-tecnologias-nas-escolas>. Acessado em: 20.10.21.

MARQUES, Francisco Paulo Jamil Almeida. Democracia on-line e o problema da exclusão digital. Porto Alegre: *Intexto-UFRGS*, n. 30, julho de 2014.

SILVEIRA, Adriana Aparecida Dragone. *O Direito à Educação de Crianças e Adolescentes: Análise da Atuação do Tribunal de Justiça de São Paulo (1991-2008)*. Tese de doutorado. Programa de Pós-Graduação em Educação. Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo, 2010.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York and London: New York University Press, 1995.

VIANNA, Luiz Werneck. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.





# Punir como *standard* de direitos humanos: centralidade de proteção das vítimas no direito internacional dos direitos humanos e no processo penal brasileiro

*Punishment as a human rights standard: centrality of victim protection in international human rights law and in Brazilian criminal procedure*

Valerio de Oliveira Mazzuoli\*  
Antonio Sergio Cordeiro Piedade\*\*

## Sumário

1. Introdução. 2. Relações entre vítima e processo penal. 2.1. Vedação de proteção deficiente às vítimas. 2.1.1. Processo penal justo e equilíbrio de proteção. 2.1.2. Proibição da proteção deficiente na jurisprudência do STF. 2.2. Dever de proteção aos direitos das vítimas à luz das obrigações processuais positivas. 2.2.1. Política criminal e proteção dos direitos humanos das vítimas. 2.2.2. Irradiação de efeitos das obrigações positivas no sistema processual penal. 3. Centralidade das vítimas no sistema interamericano de direitos humanos. 3.1. Garantias dos direitos humanos das vítimas no sistema interamericano. 3.1.1. Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre os direitos humanos das vítimas. 3.1.2. Formação do *corpus juris* vinculante protetivo dos direitos humanos das vítimas no sistema interamericano. 3.2. Punição como *standard* de direitos humanos e novo marco civilizatório. 3.2.1. Punição da criminalidade como padrão (*standard*) internacional de direitos humanos. 3.2.2. Por um novo paradigma civilizatório de proteção de direitos humanos das vítimas. 4. Conclusão. Referências bibliográficas.

\* Pós-Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Clássica de Lisboa (Portugal). Doutor *summa cum laude* em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP), *campus* de Franca. Membro titular da Sociedade Brasileira de Direito Internacional (SBDI), da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas (ABCD) e da Academia Mato-Grossense de Letras (Cadeira nº 36). Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT). Advogado e Consultor Jurídico.

\*\* Doutor e Mestre em Direito Penal pela PUC/SP. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Mato Grosso, com atuação no Tribunal do Júri de Cuiabá-MT. Coordenador do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (CEAF) do MPMT. Ex-Presidente da Associação dos Promotores do Júri – “Confraria do Júri”. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT).

## Resumo

O ensaio versa a relação existente entre vítima e processo penal à luz das garantias internacionais de direitos humanos reconhecidas pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos e pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. O estudo compreende a vítima como uma atriz central no sistema nacional de justiça cujos direitos não de ser reconhecidos pelo Estado com proeminência, sem deixar de lado os direitos de acusados e réus. A investigação demonstra que a jurisprudência pacífica da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sobretudo nos casos envolvendo o Brasil, é no sentido de atribuir à vítima projeção central e direcionada à responsabilização dos Estados pela falta de diligência em punir os responsáveis pelo cometimento de crimes. O estudo conclui que punir é um *standard* de direitos humanos reconhecido pelo sistema interamericano de direitos humanos, cuja observância na órbita jurídica interna é imperativa.

## Abstract

*The essay deals with the relationship between victim and criminal proceedings in the light of international human rights guarantees recognized by the American Convention on Human Rights and by the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. The study understands the victim as a central actor in the national justice system whose rights must be recognized by the State with prominence, without leaving aside the rights of accused and defendants. The essay demonstrates that the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, especially in cases involving Brazil, is in the sense of attributing central projection to the victim and directed to the accountability of States for the lack of diligence in punishing those responsible for committing crimes. The study concludes that punishing is a human rights standard recognized by the Inter-American human rights system, whose observance in the domestic legal sphere is imperative.*

**Palavras-chave:** Vítimas. Proteção integral. Obrigações positivas do Estado. Sistema interamericano de direitos humanos. Controle de convencionalidade.

**Keywords:** *Victims. Comprehensive protection. Positive obligations of the State. Inter-American human rights system. Conventionality control.*

## 1. Introdução

Tem havido constante incompreensão sobre a finalidade das condenações de Estados-partes em convenções internacionais de direitos humanos levadas a cabo por cortes internacionais regionais, a exemplo, em nosso entorno geográfico, daquelas advindas da atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tal incompreensão deve-se, notadamente, à falta de conhecimento tanto do sistema internacional de proteção dos direitos humanos quanto de sua finalidade precípua, especificamente

a atinente à salvaguarda *incontinenti* dos direitos das vítimas de violações a direitos humanos no Continente Americano.

Os sistemas regionais de proteção (europeu, interamericano e africano) constantemente condenam Estados-partes que violam as normas internacionais de proteção e agridem os direitos de pessoas ou grupos de pessoas reconhecidos por instrumentos internacionais de direitos humanos, tanto globais como regionais. Portanto, o que as cortes internacionais de direitos humanos têm exigido é a devida e concreta *punição* daqueles que violam direitos humanos de pessoas ou grupo de pessoas, condenando, para tanto, os Estados faltosos e desidiosos no cumprimento da célere e eficiente persecução penal.

No Brasil, têm sido recentes as discussões sobre a proteção integral dos direitos das vítimas, o que veio a se intensificar, em certa medida, a partir do melhor conhecimento das garantias internacionais de direitos humanos (convencionais e jurisprudenciais) providas do sistema interamericano.<sup>1</sup> É possível afirmar, inclusive, que a voz das vítimas ou de seus familiares não encontrava o devido eco no sistema processual penal brasileiro antes das condenações sofridas pelo Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, momento a partir do qual se compreendeu, finalmente, que as inconveniências na persecução penal são capazes de acarretar a responsabilidade internacional do Estado por violações a direitos humanos em razão da proteção deficiente dos direitos das vítimas da criminalidade.

O tema, não há dúvidas, é da mais alta relevância e deve ser versado à luz das regras internacionais de proteção dos direitos humanos, em especial da jurisprudência consolidada da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a matéria. Como se sabe e ver-se-á no decorrer deste ensaio, o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos não tolera e repele por completo a desídia do Estado no cumprimento de suas obrigações para com as vítimas da criminalidade, razão de ser do entendimento de que “punir é um *standard* de direitos humanos”.<sup>2</sup> O que o sistema internacional de proteção dos direitos humanos deseja, portanto, é que o crime seja efetivamente combatido e que as vítimas possam receber do Estado a devida proteção de seus direitos garantidos tanto interna como internacionalmente.

O Brasil já foi condenado pela Corte Interamericana em vários casos em que presentes inconveniências gravíssimas na persecução penal, que deixaram vítimas de crimes desamparadas e sem a devida resposta estatal, em violação às garantias previstas nos tratados de direitos humanos ratificados e em vigor no Brasil. Da análise dos casos *Ximenes Lopes* (2006), *Sétimo Garibaldi* (2009), *Escher e Outros* (2009), *Gomes Lund e Outros* (2010), *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde*

<sup>1</sup> A propósito, cf. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa; OLIVEIRA, Kledson Dionysio. *Controle de convencionalidade pelo Ministério Público*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 112 e ss.; e FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. *As obrigações processuais penais positivas segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022.

<sup>2</sup> A expressão foi cunhada no Brasil por Valerio Mazzuoli.

(2016), *Favela Nova Brasília* (2017), *Povo Indígena Xucuru e seus Membros* (2018), *Herzog* (2018), *Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus* (2020), *Márcia Barbosa de Souza e Outros* (2021) e *Sales Pimenta* (2022), é possível verificar que não houve, por parte do Estado brasileiro, a devida e tempestiva resposta aos crimes perpetrados e aos direitos das vítimas.<sup>3</sup> Será prescindível realizar um comentário sobre cada qual desses emblemáticos casos, bastando – para atingir ao resultado proposto nesta investigação – conhecer esse número expressivo de condenações internacionais contra o Brasil, que é emblemático da necessidade de que juízes e membros do Ministério Público conheçam a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e realizarem o devido exame (aferição ou controle) de convencionalidade das leis.

Em suma, desde que foram compreendidas as responsabilidades dos Estados perante o sistema interamericano relativamente ao cumprimento de obrigações positivas em matéria processual penal, os direitos de vítimas e familiares vieram à luz no Brasil, merecendo a devida análise e compreensão da doutrina e jurisprudência pátrias. Daí a necessidade de uma investigação – como a que doravante levar-se-á a cabo – que observe o papel das vítimas no processo penal brasileiro (item 2) sob a ótica das garantias reconhecidas pelo sistema interamericano de proteção dos direitos humanos (item 3).

## 2. Relações entre vítima e processo penal

Não há dúvidas de que o processo penal é instrumento de proteção dos direitos de todos os cidadãos, sejam infratores ou vítimas. Daí porque as garantias processuais têm lugar para balizar *toda* a persecução penal, desde a investigação do delito, da propositura da ação penal, até a decisão final do Poder Judiciário, condenando ou absolvendo o acusado.

No entanto, se até bem pouco tempo o processo penal mirava sobretudo os autores de delitos, certo é que, nos últimos anos, a matéria teve o seu olhar voltado também, e sobretudo, para as *vítimas*. Estas, historicamente, sempre foram relegadas ao esquecimento durante o curso da ação penal, pois entendia-se que o processo penal devia mais ao criminoso do que àquele que sofreu com a prática do crime.

Cançado Trindade corretamente relembra que “o direito penal estatal se orientou, em sua evolução, rumo à figura do delinquente, relegando a vítima a uma posição marginal”, complementando que “este enfoque se refletiu, por algum tempo, no próprio coletivo social, que passou a demonstrar maior interesse pela figura do criminoso do que pelas de suas vítimas, abandonadas ao esquecimento”.<sup>4</sup> De fato, encontramos no Brasil autores que chegaram ao extremo de afirmar o seguinte sobre a relação entre vítima e direito penal:

<sup>3</sup> Sobre o panorama das condenações dos Estados-partes perante a Corte Interamericana, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direitos humanos na jurisprudência internacional: sentenças, opiniões consultivas, decisões e relatórios internacionais*. São Paulo: Método, 2019.

<sup>4</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Desafios para a efetiva proteção internacional dos direitos humanos. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (Org.). *Desafios do direito internacional contemporâneo*. Brasília: FUNAG, 2007, p. 238.

A vítima – o débil no momento em que se dá o delito – tem todos, absolutamente todos os direitos que o sistema coloca à disposição (indenização, proteção, por exemplo), mas não no campo penal: *o Direito Penal nada deve à vítima*. Em palavras mais dóceis, as angústias do ofendido serão satisfeitas nos outros ramos do direito. *A relação jurídico-penal se dá exclusivamente entre o legitimado ativo: o Estado-perseguidor e o cidadão-acusado*. Estes são os interessados diretos na contenda – todas as demais pessoas tem (*sic*) sim interesse no seu resultado, *mas do processo não podem participar*.<sup>5</sup> [grifos nossos]

Tivesse a vítima, efetivamente, seus direitos garantidos *incontinenti* no direito interno dos Estados, não estaria o sistema interamericano de direitos humanos externando condenações várias por inconveniências na persecução penal, tanto em relação ao Brasil como para todos os Estados-partes à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Visões, como a acima citada, estão focadas em uma interpretação do sistema de direitos e garantias que fazem tábula rasa dos compromissos internacionais assumidos pelo Estado em matéria de direitos humanos, deixando – repita-se mais uma vez – as vítimas e seus familiares ao esquecimento e relegados a segundo plano no âmbito do direito penal e do processo penal.

No entanto, tem sido alentador constatar que, ainda que tal esquecimento continue a se fazer presente nos dias atuais, começa haver doravante um abrandamento da noção equivocada de que o direito penal não serve às vítimas, senão apenas ao criminoso.<sup>6</sup> Essa mudança de paradigma no que tange à centralidade das vítimas na órbita dos sistemas de proteção (interno e internacional) se deve ao labor do direito internacional dos direitos humanos e de seus mecanismos de monitoramento internacional, sobretudo, em nosso entorno geográfico, da jurisprudência constante da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Certo é que o processo penal contemporâneo, não obstante continuar focado nas relações empreendidas entre o infrator e o Estado, tem gradativamente avançado para garantir às vítimas de delitos, além de um trâmite eficiente que resguarde a duração razoável do processo, também meios e recursos adequados para a salvaguarda dos seus direitos violados, à luz dos compromissos internacionais de direitos humanos assumidos formalmente pelo Estado e da sólida jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a matéria, a qual impõe aos Estados-partes à Convenção

<sup>5</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de. *Direito penal a marteladas*: algo sobre Nietzsche e o direito. 2ª tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 49.

<sup>6</sup> RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. Dos direitos humanos da vítima de violência e a responsabilidade do Estado. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 37, jul.-set. 2010, p. 121.

Americana o dever de investigar, processar e punir as violações de direitos humanos ocorridas em seu território, de modo eficaz e sem delongas injustificadas.<sup>7</sup>

O que se apresenta, portanto, nesse contexto, é uma conformação *bifronte* do processo penal atual, que não pode ser olvidada por qualquer operador do direito, notadamente na quadra atual de engajamento cada vez maior do Brasil aos mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos, tanto do sistema da ONU quanto da OEA. Em ambos esses sistemas, as aspirações do direito internacional dos direitos humanos apontam para a centralidade das vítimas ou seus familiares no âmbito das garantias do Estado relativas a direitos humanos, pois é notório, repita-se, que as vítimas têm ficado, ao longo dos anos, desguarnecidas de meios eficazes nos Estados para a salvaguarda célere dos seus direitos reconhecidos tanto pelas respectivas Constituições quanto por todos os tratados internacionais de direitos humanos provindos daqueles sistemas.

Atualmente, as garantias processuais penais existentes no quadro do direito positivo brasileiro (normas internas e tratados internacionais incorporados) permitem às vítimas, *v.g.*, a não submissão a procedimentos repetitivos, desnecessários ou que causem revitimização, sobretudo no âmbito dos crimes sexuais. Todas as autoridades do Estado devem reconhecer nas vítimas a sua condição central no âmbito do sistema de justiça nacional, como sujeitos de direitos que devem receber do Estado uma proteção eficiente, seja na esfera criminal ou cível.

No entanto, a garantia de proteção efetiva dos direitos das vítimas somente será devidamente implementada se firmados princípios norteadores das atividades dos Estados que, sem deixar de lado os acusados no processo penal, levem em consideração as particularidades daqueles que foram ofendidos pela prática criminosa. Assim, para que seja o presente tema devidamente compreendido, devem ser analisados dois importantes pontos atinentes às relações entre vítimas e processo penal, quais sejam, o relativo à proibição da proteção deficiente às vítimas (item 2.1.) e o dever de proteção aos direitos humanos das vítimas à luz das obrigações processuais positivas (item 2.2.).

## 2.1. Vedação de proteção deficiente às vítimas

Não há dúvidas de que os excessos do Estado contra os indivíduos devem ser contidos e repreendidos, pois num Estado Democrático de Direito não há qualquer margem a discricionariedades e arbitrariedades de quaisquer órgãos de persecução penal. Portanto, todos aqueles que estão no polo passivo de uma ação penal têm a seu favor o princípio da proporcionalidade, na vertente da proibição de excesso. Referido princípio vincula tanto o legislador na criação de tipos penais, que está atrelado ao princípio da legalidade, de modo a evitar a criação de tipos penais demasiadamente

<sup>7</sup> Cf. REZENDE, Guilherme Carneiro de. *O direito humano da vítima a um processo penal eficiente*. Curitiba: Juruá, 2021, p. 27-30; PEREIRA, Frederico Valdez. *Fundamentos do justo processo penal convencional: as garantias processuais e o valor instrumental do devido processo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, p. 86-96; e OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. *Processo penal convencional e fundamentos das obrigações positivas do Estado em matéria penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022, p. 31-140.

abertos, vagos, imprecisos, lacunosos e porosos, bem como o julgador quando aplica a reprimenda penal em casos concretos. Para lograr esse desiderato, o direito penal não pode, por meio de seus órgãos de persecução penal, agir de forma desproporcional e desarrazoada para com o agente que violou a norma penal e, via de consequência, ferir os direitos fundamentais de terceiros.

A vedação de excesso tanto foi uma constante ao longo da história que o Estado Liberal de Direito surge como forma de acautelar os cidadãos dos arbítrios do *Leviatã*. Dentro de sua fundamentação individualista, com foco na proteção da burguesia contra o absolutismo monárquico, foram desenvolvidas as garantias de primeira dimensão, que não externavam a preocupação de proteger o corpo social. O que faz o postulado da proibição de excesso é colocar em relevo a tradição histórica dos direitos fundamentais como alicerce dos direitos de defesa frente às intromissões estatais.<sup>8</sup>

O sistema garantista ou teoria do garantismo penal tem como precursor Luigi Ferrajoli, cujo referencial teórico tem como marco principal a obra *Direito e Razão*, que encontra na proibição de excesso a viga mestra para sua construção teórica. Tal sistema visa conter o excesso de tutela penal e o abuso estatal, que não deve se imiscuir de forma arbitrária na seara das liberdades individuais, acabando por contemplar a proteção dos direitos fundamentais de viés exclusivamente individual. Segundo essa visão, a incidência do garantismo é abordada sob três enfoques, que se conectam entre si, a saber: a) o que designa um *modelo normativo de direito*, referindo-se ao modelo de “*estrita legalidade*”, inerente ao próprio Estado de Direito, que se caracteriza, no plano político, como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o aspecto jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos; b) como teoria do direito e crítica do direito, que preconiza uma *teoria jurídica da validade e da efetividade* como categorias distintas não só entre si, propondo uma aproximação teórica que mantém separado o *ser* e o *dever ser*; e c) como filosofia do direito e crítica da política, que designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses nos quais a tutela ou a garantia constitui a finalidade, propondo a separação entre o direito e a moral.<sup>9</sup>

Referida construção teórica consagra o garantismo chamado “negativo”, não havendo confronto ou contraposição com a proibição de excesso ou com a proibição de proteção deficiente. À evidência que o direito penal não pode restabelecer o arbítrio ou o retorno ao período de exceção, bem assim, que nesta quadra histórica

<sup>8</sup> Cf. HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Holand (ed.). *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 98.

<sup>9</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica (*et al.*). 3ª ed. rev. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2010, p. 785-787. Sobre o tema no Brasil, cf. FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral). In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação ao modelo garantista no Brasil*. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 25-50.

os avanços das garantias de direitos não podem retroceder de modo algum. Nesse sentido, o que se pretende atualmente é que o processo penal seja justo e equilibrado, que contenha eventuais excessos, porém sem que haja proteção deficiente no que concerne à repressão, à violência e à desestabilização social proporcionada pela ação das organizações criminosas.

A proibição da proteção deficiente, por sua vez, como desdobramento do princípio da proporcionalidade, tem como desiderato tutelar, em sua plenitude, os direitos fundamentais. Exatamente por esse motivo que o Estado tem diante de si uma obrigação bifronte, consistente em atribuir aos cidadãos garantias suficientes à proteção de seus direitos e, ao mesmo tempo, zelar para que as violações aos bens jurídicos desses mesmos cidadãos sejam repreendidas de modo eficiente. Nesse sentido, ganham destaque os direitos das vítimas no processo penal, sobretudo, o direito à participação, o direito de ser ouvida, o direito à consulta ou à assistência jurídica, à proteção e ao sigilo, bem assim o de ser devidamente protegida pelo Estado, à luz do Programa de Proteção às Vítimas e Testemunhas (Provita), advindo da Lei nº 9.807/1999.

Certo é que investigar o alcance e a aplicação da proibição da proteção deficiente, no âmbito da concepção de um garantismo pleno, não significa propor um recrudescimento simplista da intervenção punitiva, muito menos uma apologia ao totalitarismo penal, mas traçar um horizonte que permita uma resposta penal adequada para a crescente criminalidade, sobretudo, diante das obrigações positivas do Estado em matéria penal, que tem como foco um olhar atento de proteção às vítimas. O que pretendem as obrigações positivas do Estado em matéria penal é senão reconhecer o dever convencional de os órgãos de controle estatal implementarem uma investigação adequada e efetiva, voltada ao esclarecimento dos fatos e seus autores.<sup>10</sup>

O princípio da proporcionalidade deve ser aplicado, conforme recomendado pela hermenêutica constitucional, tanto em sua face de proibição de excesso como no reverso na proibição de insuficiência. Nesse sentido, a proporcionalidade na conduta do Estado há de ser utilizada não apenas para impedir medidas gravosas e evitáveis, senão também para proibir uma proteção deficiente dos direitos humanos das vítimas. Em outras palavras, a proporcionalidade deve atuar tanto para evitar medidas gravosas e evitáveis por parte do Estado (proibição de excesso, *Übermaßverbot*) quanto para proibir a proteção subdimensionada (ou insuficiente, *Untermaßverbot*) dos órgãos do Estado que atuam na persecução penal.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> V. FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. *As obrigações processuais penais positivas segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*, cit., p. 38-40.

<sup>11</sup> Nesse sentido, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 81, 2005, p. 325-386; GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 57; FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. *As obrigações processuais penais positivas segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*, cit., p. 38-40; REZENDE, Guilherme Carneiro de. *O direito humano da vítima a um processo penal eficiente*, cit., p. 117; e OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. *Processo penal convencional e fundamentos das obrigações positivas do Estado em matéria penal*, cit., p. 60-66.



Conter os excessos e arbítrios do Estado, em face do indivíduo, nem de longe se contrapõe à ideia de intervenção penal necessária, a qual tenha a capacidade efetiva de acautelar a sociedade. Quando se enfrenta de forma eficiente a debilidade de tutela penal, principalmente no que se refere aos bens jurídicos difusos, é necessária uma resposta penal diferenciada, que atenda aos anseios da sociedade no combate à criminalidade. Nesse sentido, a não compatibilização da proteção individual com a proteção coletiva traz consequências à própria finalidade do Estado, que é assegurar o convívio de forma tolerável e evitar, no caso das organizações criminosas, uma afronta à própria democracia. Daí se afirmar que um direito penal de intervenção mínima não se contrapõe conceitualmente a um direito penal de intervenção minimamente (constitucionalmente) necessária.<sup>12</sup>

A propósito, Ingo Sarlet destaca que a proporcionalidade na vertente da proibição de excesso acabou por se transformar num dos pilares do Estado Democrático de Direito e da correspondente concepção garantista do direito, consignando que a proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que vinculada, igualmente, a um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra os direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que tange aos desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal.<sup>13</sup>

É certo que o direito penal tem o dever de evitar excessos, pois está vinculado a princípios constitucionais e internacionais que limitam a sua incidência. Contudo, é premente compreender que o direito penal deve também tutelar bens jurídicos com densidade social e reafirmar a sua autoridade perante a sociedade, daí surgindo o imperativo de proteção com a conseqüente necessidade de uma resposta proporcional e adequada por parte do Estado em caso de violações de direitos de qualquer índole. Certo é que a legitimação da intervenção penal – seja vinculando o legislador à criação de tipos penais ou o Poder Judiciário na aplicação de uma pena suficiente e adequada – é corolário da proibição da proteção deficiente dos direitos humanos das vítimas da criminalidade.

Por tal motivo é que o Tribunal Constitucional alemão tem reafirmado, em numerosas decisões, que os direitos fundamentais, como direitos objetivos, não se limitam à obrigação do Estado de não permitir a intromissão nos bens e liberdades dos cidadãos constitucionalmente protegidos como direitos fundamentais (segurança frente ao Estado), conotando também a obrigação de proteger tais bens e liberdades de ataques provenientes de outros cidadãos (segurança *por meio* do Estado).<sup>14</sup>

<sup>12</sup> V. FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 213.

<sup>13</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, vol. 47, mar. 2004, p. 63-64.

<sup>14</sup> STERNBERG-LIEBEN, Detlev. Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal. In: HEFENDEHL, Holand (Ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 105-106.

Para bem compreender a proibição de proteção deficiente às vítimas, contudo, deve-se entender como os princípios da justiça e do equilíbrio influenciam o processo penal atual (item 2.1.1.) e qual o marco interpretativo do STF relativo ao tema (item 2.1.2.).

### **2.1.1. Processo penal justo e equilíbrio de proteção**

Não há dúvidas de que o Estado deve assumir, por meio de seu sistema de justiça criminal, um regime jurídico que assegure instrumentos que possibilitem uma investigação efetiva, por meio da qual se processe e se puna os violadores de direitos humanos e fundamentais. Nesse sentido, o processo penal justo deve contar com uma pauta clara que compatibilize a eficiência da persecução penal com o cumprimento das obrigações processuais positivas e as garantias clássicas do autor do fato delituoso. Não há como criar uma polarização irracional entre a eficiência do processo e as garantias constitucionais do acusado, dado que uma (a eficiência processual) é condição de procedibilidade das outras (as garantias constitucionais do acusado).

O processo penal contemporâneo deve curvar-se ao cumprimento de pautas que permitam o esclarecimento da verdade sobre o delito e assegurem o justo processo convencional, conformando-se às garantias constitucionais e internacionais a ele destinadas. Somente assim, o elemento da “justiça” estará interligado com o elemento “equilíbrio” no que tange à proteção dos direitos dos acusados e das vítimas, especialmente garantindo a essas últimas respostas adequadas ao mal contra elas praticado.

A constitucionalização do processo penal, somada à convencionalidade dos princípios processuais de justiça, exige significativas mudanças dos intérpretes e operadores do direito nos dias atuais. À luz das obrigações processuais positivas em matéria criminal, impõe-se a busca por investigações aprofundadas e efetivas, céleres e diligentes, no curso da persecução penal, de modo a assegurar um processo penal justo e convencional que garanta o equilíbrio da proteção dos direitos e deveres dos envolvidos.

Portanto, o equilíbrio democrático no processo contempla a necessidade de dotar o sistema processual de efetividade com a garantia da duração razoável do processo, esclarecendo os fatos e buscando a verdade processual, que deve ser argumentada com a técnica da prova, para o fim de tutelar, sobretudo, os direitos humanos das vítimas de crimes.

O Brasil vem sendo condenado de forma reiterada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos não pelo excesso, mas por discriminação no acesso à Justiça, por não investigar, julgar e punir exemplarmente os que perpetraram violações a direitos humanos das vítimas ou de seus familiares, descumprindo o dever – assumido internacionalmente perante o sistema interamericano de direitos humanos – de esclarecer os fatos lesivos aos interesses das vítimas, materializando um cenário de completa impunidade, com a repetição crônica das violações desses direitos, em total desproteção das vítimas de delitos.

A relação entre processo penal justo e equilíbrio de proteção já se fez sentir na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), que merece ser compreendida, especialmente por se tratar de proteção jurídica a direito de vulnerável.

### 2.1.2. Proibição da proteção deficiente na jurisprudência do STF

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 418.376/MS, o STF aplicou, pela primeira vez, o princípio da proibição da proteção deficiente em matéria penal, em caso envolvendo a pretensão de extinção de punibilidade de agente condenado por atentado violento ao pudor praticado contra uma menina de nove anos, de quem abusara por quatro anos e que, aos doze, engravidou, iniciando com o seu agressor uma convivência em união estável.<sup>15</sup>

O relator, Ministro Marco Aurélio, votou pela extinção de punibilidade do agente. Toda a discussão gravitava em torno da aplicação da extinção da punibilidade prevista no do art. 107, inc. VIII, do Código Penal – posteriormente revogado pela Lei nº 11.106/05 – relativa aos crimes sexuais (estupro e atentado violento ao pudor) na hipótese de casamento da vítima com o acusado. Em razão do dispositivo constitucional preconizado pelo art. 226, §3º, que reconheceu a união estável como entidade familiar e facilitou sua conversão em casamento, o réu buscava a extensão do beneplácito da lei, em razão de supostamente conviver em união estável com a vítima.

Entre os Ministros, houve severa divergência e se formaram três posicionamentos: a) o primeiro acolhia a tese sustentada pelo acusado e asseverava que o dispositivo deveria ser aplicado por interpretação analógica, dando-lhe, por conseguinte, eficácia; b) o segundo posicionamento entendeu que as particularidades do caso concreto (estupro presumido de uma menina de nove anos de idade) impediam a concessão do dispositivo, não podendo se estender o conceito de casamento para os casos da união estável; e c) a terceira posição, firmada em voto condutor do Ministro Gilmar Mendes, não acolheu o recurso manejado, sob o argumento de violação do princípio da proporcionalidade, na vertente da proibição da proteção deficiente dos direitos fundamentais.

A decisão do STF neste caso representou um avanço significativo relativo à aplicação do princípio da vedação da proteção deficiente às vítimas, por realizar, na hipótese concreta, um coerente juízo de ponderação em que se analisa a magnitude da lesão e a necessidade de proteção de um direito fundamental coletivo, com enfoque social. Esse novo paradigma se implementa no Brasil à luz, também, dos princípios internacionais relativos à matéria, sobretudo no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos e de suas decisões relativamente ao nosso país.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> STF. RE 418.376 / MS. Tribunal Pleno, Rel. p/Ac. Min. Joaquim Barbosa, julg. 09.02.2006, DJ 23.03.2007.

<sup>16</sup> Cf. casos *Ximenes Lopes* (2006), *Sétimo Garibaldi* (2009), *Escher e Outros* (2009), *Gomes Lund e Outros* (2010), *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde* (2016), *Favela Nova Brasília* (2017), *Povo Indígena Xucuru e seus Membros* (2018), *Herzog* (2018), *Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus* (2020), *Márcia Barbosa de Souza e Outros* (2021) e *Sales Pimenta* (2022).

No entanto, a aplicação do referido princípio é necessária com a exaltação de valores como justiça e segurança pública, de forma a não deixar sem proteção outros bens de grande importância para o corpo social. Portanto, a densidade e a relevância do bem jurídico é que determinam a necessidade de proteção, dado que a proibição da proteção deficiente é um instrumento de materialização da dignidade da pessoa humana de índole social, pois, havendo uma insuficiência de proteção aos valores mais caros de uma sociedade, vulneram-se os direitos fundamentais em seu viés coletivo. Por outro lado, havendo uma efetiva tutela do que é digno de proteção, dá-se concretude a uma garantia universal, que é a dignidade da pessoa humana.

## 2.2. Dever de proteção aos direitos das vítimas à luz das obrigações processuais positivas

Com o advento da técnica do controle de convencionalidade, o tema afeto aos direitos das vítimas à luz das obrigações processuais positivas passou a receber a importância necessária no cenário dos deveres de proteção do Estado, buscando nos instrumentos internacionais de direitos humanos – bem assim na jurisprudência das cortes internacionais respectivas – elementos capazes de reafirmar os direitos dos que sofreram violações de direitos humanos, visando dar melhor efetividade ao processo penal interno, com a punição dos responsáveis pela prática de crimes, notadamente de condutas que causam a ruptura do tecido social.

Cite-se, nesse sentido, o art. 1º, §1º, da Convenção Americana, segundo o qual os Estados-partes à 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”, complementando, no art. 2º, que se “o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1º ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades”.<sup>17</sup> No mesmo sentido – agora no âmbito do sistema global de proteção – está a redação do art. 2º, §1º, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, segundo o qual os Estados-partes “comprometem-se a respeitar e a garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra condição”, complementando o §2º da mesma disposição que “na ausência de medidas legislativas ou de outra natureza

<sup>17</sup> Sobre esses dispositivos, v. PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 11-25.

destinadas a tornar efetivos os direitos reconhecidos no presente Pacto, os Estados-Partes do presente Pacto *comprometem-se a tomar as providências necessárias com vistas a adotá-las*, levando em consideração seus respectivos procedimentos constitucionais e as disposições do presente Pacto”.

A partir dessa compreensão, busca-se uma sintonia do sistema normativo interno com os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, sobretudo à luz das inúmeras condenações internacionais de Estados que não garantem efetividade interna aos direitos humanos das vítimas, motivo pelo qual têm sido reiteradamente condenados internacionalmente, quer à custa da inação completa na obrigação positiva de proteção, ou em razão da proteção deficiente dos direitos humanos das vítimas, a partir do manejo de um processo penal inconveniente e inapto a garantir e preservar os padrões internacionais mínimos relativos à matéria. As inconveniências ocorridas na órbita processual penal são as responsáveis pela ineficiência punitiva dos que cometem violações a direitos humanos, fugindo ao padrão (*standard*) internacional de reprimenda à criminalidade.

A compreensão do presente tema há de passar pela análise da relação entre política criminal e proteção dos direitos humanos das vítimas (item 2.2.1.) e da irradiação de efeitos das obrigações positivas no sistema processual penal (item 2.2.2.).

### **2.2.1. Política criminal e proteção dos direitos humanos das vítimas**

A forma de Estado é fundamental para a estruturação do direito penal com a delimitação e o estabelecimento de marcos políticos e jurídicos para sua formatação, pois em um Estado Democrático de Direito o sistema penal é instrumento hábil a produzir o desejado equilíbrio nas relações sociais, com respostas penais efetivas e proporcionais, com uma política criminal eficiente, que não permita o excesso, mas que também não seja insuficiente no que se refere à proteção dos direitos humanos das vítimas.

Nesse sentido, necessário se faz o desenvolvimento de uma política criminal que assegure a proteção dos direitos humanos das vítimas, com irradiação de seus efeitos a todos os Poderes e instituições de Estado. Assim, o Legislativo terá por missão a elaboração de um arcabouço normativo que garanta a proteção das vítimas, dotando a persecução penal de efetividade, sobretudo à luz dos padrões (*standards*) interamericanos relativos à matéria, nos termos da jurisprudência constante da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O Poder Executivo deverá investir em políticas públicas de segurança pública, com capacitação e treinamento dos integrantes das corporações policiais, além de implementar um sistema de inteligência com troca permanente de informações entre as instituições envolvidas no sistema de justiça, criando núcleos de atendimento às vítimas de crime, aprimorando programas de proteção a testemunhas e vítimas, além de fomentar uma cultura de paz. Esse desiderato passa, não há dúvidas, pela necessidade de patrulhamento policial ostensivo e controle de armas de fogo e drogas

no país, com a contrapartida da valorização eficiente da atividade policial, em termos operacionais e remuneratórios, com garantias de condições melhores de trabalho.<sup>18</sup>

Já o Poder Judiciário, dentro de sua missão convencional e constitucional de entregar justiça, deverá estabelecer uma política institucional planejada e estratégica, por meio da qual logre ser instrumento de garantia dos direitos humanos das vítimas, valendo-se, para tanto, de todas as tecnologias existentes e de bancos de dados que permitam realizar diagnósticos e previsões detalhados sobre esses assuntos, permitindo também o investimento em varas de crimes dolosos contra a vida, crimes contra a dignidade sexual, violência contra crianças, adolescentes e idosos, além de crimes perpetrados por organizações criminosas, milícias e grupos de extermínio.

Por sua vez, o Ministério Público, como instituição que exerce parcela da soberania do Estado na missão de fiscalizar a higidez da ordem jurídica, caberá sistematizar um modelo de atuação funcional que contemple um mínimo de unidade institucional, unidade na elaboração de teses, com a eleição de prioridades, atuando em modelo de agência, com cooperação, coordenação e integração entre os seus órgãos de execução, com foco na defesa dos direitos humanos das vítimas, com a otimização de sua atuação na esfera criminal.

Portanto, a atuação do Estado não pode ser resumida à mera abstenção de agir, devendo também ser estendida à prática de condutas positivas, para fins de resguardar a sociedade e proteger os direitos humanos e fundamentais de todos os cidadãos, dentro das diretrizes do princípio da proporcionalidade. A partir do momento em que há o rompimento da paz social, por meio da prática delitiva, o Estado deve punir o infrator ao mesmo tempo que oferece aparato para quem sofreu a violação, sob pena de afronta ao princípio da proibição da proteção deficiente ou insuficiente.

### **2.2.2. Irradiação de efeitos das obrigações positivas no sistema processual penal**

Não há como se conceber uma pauta de direitos humanos unicamente direcionada a quem violou a norma penal e, via de consequência, cometeu um ilícito penal. Opiniões como a de que “o Direito Penal nada deve à vítima”<sup>19</sup> são sintomáticas da completa falta de compreensão de como se insere o Brasil no cenário internacional de proteção dos direitos humanos, cuja irradiação de efeitos deve se fazer sentir nas obrigações positivas do Estado no sistema processual penal interno.

O fato de a vítima não ser parte da ação penal – dado que a reprimenda do crime é relação que se estabelece entre o Estado-acusador e o acusado – não corta sua relação com o processo penal, nem a afasta das garantias que lhe são asseguradas interna e internacionalmente. Como exemplo, nos termos do art. 201 e seus parágrafos do Código de Processo Penal, as vítimas contam com as prerrogativas

<sup>18</sup> Cf. RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. *Dos direitos humanos da vítima de violência e a responsabilidade do Estado*, cit., 2010, p. 128.

<sup>19</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de. *Direito penal a marteladas...*, cit., p. 49.

de serem comunicadas dos atos processuais, de ficarem em espaço separado antes do início da audiência e durante a sua realização, bem assim de, conforme o caso, receberem atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, às expensas do ofensor ou do Estado, sem contar com o direito de (no âmbito cível) ser indenizada pelo autor do ato criminoso, caso este seja condenado pelo crime.

Portanto, é necessário ampliar os horizontes e compreender que as obrigações processuais positivas impõem um olhar que contemple um *equilíbrio* de proteção, segundo o qual o Estado tem o dever de investigar de forma eficiente a autoria de um crime, dotando de efetividade o processo e a persecução penal, com uma resposta penal adequada e em um prazo razoável.

A duração razoável do processo constitui direito fundamental de todo cidadão, tanto no plano interno, conforme preconizado pela Constituição Federal, no art. 5º, LXVIII, quanto no plano internacional, nos termos do art. 8º, §1º, da Convenção Americana de Direitos Humanos, certo de que a prestação jurisdicional eficiente em um tempo razoável são obrigações assumidas pelo Estado brasileiro e que devem ser implementadas pelo sistema pátrio de justiça.

Em razão de o Brasil ter ratificado e internalizado tratados protetivos de direitos humanos das vítimas, o reconhecimento das obrigações positivas tem incidência obrigatória entre nós, sob pena de advirem novas condenações do Estado brasileiro perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Nessa perspectiva, o processo penal passa a ser um instrumento de tutela das vítimas, com mecanismos processuais que assegurem o esclarecimento dos fatos e a punição dos responsáveis.

Não se pode esquecer, nesse sentido, da disposição art. 1º, I, do Código de Processo Penal, que emblematicamente dispõe que a regência do processo penal em todo o território brasileiro dá-se por este Código, mas ressalvando-se “os tratados, as convenções e regras de direito internacional”. Se o Código “ressalva” os tratados, as convenções e regras de direito internacional na aplicação do processo penal é porque tais normas, evidentemente, estão *acima* dele, pelo que a disposição reconhece o respeito que o Código deve ter para com as normas internacionais em matéria processual penal.

No entanto, frise-se que essa postura de salvaguarda dos direitos das vítimas e cumprimento das obrigações processuais penais positivas por parte do Estado exige um avanço e o aprimoramento de técnicas de investigação, de capacitação dos envolvidos na persecução penal e do resgate da confiança nas instituições que fazem parte do sistema pátrio de justiça criminal, sem se olvidar das garantias e melhorias das condições de trabalho e remuneração das forças de segurança pública.

Para se alcançar uma sociedade justa e igualitária, que prima pela observância dos direitos humanos e fundamentais, é primordial que a criminalidade não seja sinônimo de impunidade. Seguramente, a ineficiência do ordenamento jurídico viola os comandos internacionais de proteção dos direitos humanos. Nesse sentido, a tarefa

de controlar e aferir a convencionalidade desses dispositivos é de todos os órgãos do Estado vinculados à administração da Justiça, sendo primordial que se instale uma cultura voltada ao conhecimento das normas internacionais e das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, notadamente aquelas que responsabilizam o Estado brasileiro por graves violações de direitos humanos.

É necessário, portanto, ter a clareza de que uma atuação coordenada e integrada das instituições de Estado, somada ao cumprimento dos imperativos emanados do arcabouço de normas internacionais – que exigem um equilíbrio de proteção derivado do cumprimento das obrigações processuais positivas em matéria processual penal – evitará que o Estado brasileiro sofra novas condenações na Corte Interamericana de Direitos Humanos por violações a direitos humanos. Tal proposição representa não uma faculdade, senão um imperativo de tutela e salvaguarda dos direitos humanos das vítimas no direito brasileiro atual.

### **3. Centralidade das vítimas no sistema interamericano de direitos humanos**

As vítimas e seus familiares comportam, no sistema interamericano de direitos humanos, uma posição *central* direcionada à salvaguarda de seus direitos internacionalmente reconhecidos. Essa centralidade, desenhada pela jurisprudência constante da Corte Interamericana de Direitos Humanos, é sobremaneira importante para que uma (re)compreensão do processo penal seja levada a cabo nos Estados-partes à Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Ainda que a relação processual penal não se estabeleça *com* a vítima, permanecendo entre o Estado-acusador e o acusado, certo é que o ofendido pela prática do criminoso tem o direito de receber do Estado uma adequada resposta (justa punição) ao mal causado pelo crime, transportando-se esse mesmo direito aos seus familiares nos casos em que a gravidade do crime foi tal que tirou a vida da vítima.

É alentador perceber que o direito internacional dos direitos humanos tem logrado, ao longo dos anos, proteger as vítimas da criminalidade com enfoque central e imediato contra qualquer espécie de desprestígio que possam vir a sofrer com um processo penal desequilibrado ou injusto. Muitas vezes, durante o processo penal, há falhas e inconveniências que são, *ipso facto*, percebidas e detectadas pelas instâncias internacionais de proteção dos direitos humanos, como a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Quando tal ocorre, o direito internacional dos direitos humanos, por meio de uma reprimenda internacional, acima do Estado faltoso para que cumpra, no plano do direito interno, com a sua obrigação convencional. Esse reflexo, sentido no plano internacional, tem se impregnado no direito interno dos Estados nos últimos anos, tornando o processo penal instrumento *bifronte* de proteção, tanto (i) de acusados, com todas as garantias que a Constituição e os tratados de direitos humanos lhe asseguram, como (ii) das vítimas das violações de direitos humanos, que são aquelas contra as quais a prática criminosa se direcionou, as quais, em sua centralidade perante o sistema, devem receber do Estado a resposta eficaz contra o mal a elas perpetrado.



Uma compreensão de como tal centralidade se comporta em nosso entorno geográfico deve ser levada a cabo juntamente à análise de como a jurisprudência do tribunal interamericano ilumina os sistemas processuais penais dos Estados-partes à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Portanto, a centralidade das vítimas no processo penal há de ser estudada tanto à luz das garantias postas aos cidadãos no sistema interamericano de direitos humanos (item 3.1.) quanto sob a ótica da punição enquanto *standard* de direitos humanos contemporâneo (item 3.2.).

### **3.1. Garantias dos direitos humanos das vítimas no sistema interamericano**

As vítimas de violações a direitos humanos guardam, já se verificou, posição central no sistema interamericano de direitos humanos, conquistada através do tempo com o desenvolvimento da jurisprudência, hoje sólida da Corte Interamericana de Direitos Humanos relativamente à matéria. No sistema interamericano, a compreensão firme e sólida a respeito dos direitos humanos das vítimas é no sentido de responsabilizar os Estados que não investigam e não punem exemplarmente, em prazo razoável, aqueles que comprovadamente cometeram ilícitos penais, deixando as vítimas ou seus familiares ao desamparo da ordem jurídica estatal e das instituições e órgãos de controle do Estado.

As inconveniências ocorridas durante o processo penal são a causa constante de condenações de Estados-partes perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja jurisprudência aponta para a responsabilização estatal quando ausente a devida diligência das instituições de Estado para a salvaguarda dos direitos de vítimas e seus familiares, quer pela falta de investigação e devido julgamento dos acusados, quer pela demora excessiva em dar o Estado resposta às vítimas ou seus familiares sobre a investigação, julgamento e punição relativamente à prática criminosa.

A compreensão dos direitos humanos das vítimas, portanto, deve passar pelo conhecimento da jurisprudência consolidada da Corte Interamericana de Direitos Humanos (item 3.1.1.) e da formação do *corpus juris* protetivo dos direitos humanos das vítimas no sistema interamericano (item 3.1.2.).

#### **3.1.1. Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre os direitos humanos das vítimas**

A necessidade de proteção dos direitos humanos das vítimas da criminalidade é ponto pacificado na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, notadamente nos casos julgados contra o Brasil. Não é aqui, no entanto, o local apropriado para uma análise detalhada de *toda* a jurisprudência da Corte Interamericana relativamente às inconveniências na persecução penal e garantias dos direitos humanos das vítimas.<sup>20</sup> Neste ponto, o que se irá analisar são as condenações da Corte

<sup>20</sup> Para uma análise de todos esses casos, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direitos humanos na jurisprudência internacional: sentenças, opiniões consultivas, decisões e relatórios internacionais*. São Paulo: Método, 2019.

Interamericana dirigidas exclusivamente ao Brasil, em razão de inconveniências na persecução penal e consequente desamparo das vítimas no âmbito do Estado, em violação às obrigações processuais penais positivas.

Frise-se, inicialmente, que o Estado brasileiro já foi internacionalmente condenado pela Corte Interamericana em mais de dez casos envolvendo violação de direitos humanos atualmente, a iniciar pelo caso *Ximenes Lopes*, julgado pelo tribunal interamericano em julho de 2006. A partir daí, sobrevieram as condenações nos casos *Sétimo Garibaldi* (setembro de 2009), *Escher e Outros* (novembro de 2009), *Gomes Lund e Outros* (novembro de 2010), *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde* (outubro de 2016), *Favela Nova Brasília* (fevereiro de 2017), *Povo Indígena Xucuru e seus Membros* (fevereiro de 2018), *Herzog* (março de 2018), *Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus* (outubro de 2020), *Márcia Barbosa de Souza e Outros* (setembro de 2021) e *Sales Pimenta* (junho de 2022).

À exceção do caso *Povo Indígena Xucuru e seus Membros* (2018), verifica-se que todas as demais condenações internacionais contra o Brasil ocorreram em razão da inação do Estado na tomada de medidas eficazes para reprimir delitos ou proteger pessoas, gerando impunidade e, conseqüentemente, violações a direitos humanos de homens e mulheres.

A primeira condenação do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos sobreveio no caso *Ximenes Lopes*, julgado em 2006, decorrente do não cumprimento pelo Estado das obrigações positivas em matéria penal. Nesse caso, a Corte reconheceu que os familiares de vítimas de violações de direitos humanos têm o direito a um recurso efetivo e que o conhecimento da verdade dos fatos em violações de direitos humanos é um direito inalienável e um meio importante de reparação para a suposta vítima e, quando cabível, para seus familiares, além de constituir uma forma de esclarecimento fundamental para que a sociedade possa desenvolver mecanismos próprios de desaprovação e prevenção de violações como essas no futuro.<sup>21</sup>

Da mesma forma, ao julgar o caso *Sétimo Garibaldi vs. Brasil* – em que a Comissão Interamericana pleiteava a condenação do Brasil pelo descumprimento da obrigação de punir e investigar o homicídio do Sr. Sétimo Garibaldi ocorrido durante operação extrajudicial de despejo de famílias de trabalhadores sem-terra em área rural do Estado do Paraná – a Corte Interamericana reconheceu que o Brasil violou o dever de respeitar os direitos previstos na Convenção Americana (art. 1º, 1), as garantias judiciais (art. 8º, 1) e o direito à proteção judicial (art. 25, 1).<sup>22</sup> Para citar apenas esse caso, a Corte Interamericana reconheceu a obrigação do Brasil de *investigar* os atos violadores dos direitos reconhecidos pela Convenção Americana, procurando o restabelecimento, quando possível, do direito infringido ou a reparação de danos,

<sup>21</sup> Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Mérito, Reparações e Custas, sentença de 4 de julho de 2006, Série C, nº 149, §245.

<sup>22</sup> Corte IDH. *Caso Sétimo Garibaldi vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 23 de setembro de 2009, Série C, nº 203, §204 (itens 3 e 4).

destacando o papel da vítima e de seus familiares na persecução penal pela morte do Sr. Sétimo Garibaldi, contando com possibilidades de atuar no processo, não somente em busca da sanção do responsável, mas também visando uma devida reparação.

Não obstante as condenações do Brasil no sistema interamericano, o que se verifica é que o Estado brasileiro insiste no desrespeito às decisões internacionais, o que ocorreu, *v.g.*, tanto no caso *Ximenes Lopes* quanto no caso *Sétimo Garibaldi*, tendo o Brasil reconhecido a prescrição da pretensão punitiva no primeiro caso e obstaculizado o prosseguimento das investigações internas, no segundo.<sup>23</sup>

Em todos os outros casos envolvendo o Brasil, a solução da Corte Interamericana foi a mesma, reconhecendo inconveniências na persecução penal e a consequente responsabilidade do Estado brasileiro por violação a direitos humanos. Não se faz necessário transcrever todas as condenações brasileiras perante o sistema interamericano de direitos humanos para compreender que a jurisprudência constante da Corte Interamericana visa proteger os direitos das vítimas da criminalidade, atribuindo-lhes uma centralidade nas relações internacionais a envolver o tema direitos humanos.

Em suma, aqui não impendem digressões maiores sobre as condenações da Corte Interamericana contra o Brasil. Bastou verificar, neste ponto, que a jurisprudência consolidada da Corte Interamericana inadmite por completo omissões estatais e inconveniências na persecução penal que atinjam os direitos humanos das vítimas ou de seus familiares, razão pela qual há um *dever* de conformação do Estado aos ditames estabelecidos por aquele tribunal internacional de direitos humanos no que tange à matéria, em especial à luz das obrigações processuais penais positivas do Estado.

### **3.1.2. Formação do *corpus juris* vinculante protetivo dos direitos humanos das vítimas no sistema interamericano**

À medida que a jurisprudência do sistema interamericano tem avançado na proteção dos direitos humanos das vítimas, tem sido possível perceber a formação de um *corpus juris* vinculante de proteção dessa categoria de pessoas em nosso entorno geográfico, isto é, no continente americano. A razão de ser dessa constatação advém do reconhecimento, por muitos Estados interamericanos, dentre eles o Brasil, da competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos. O Brasil reconheceu tal competência do tribunal internacional em 1998, por meio do Decreto Legislativo nº 89.

O reconhecimento pelo Estado da competência contenciosa do tribunal interamericano impõe à respectiva soberania o dever de observar e fielmente executar os comandos decisórios da Corte Interamericana, nos termos do art. 68, §1º, da Convenção Americana, segundo o qual “os Estados-partes na Convenção

<sup>23</sup> V. REZENDE, Guilherme Carneiro de. *O direito humano da vítima a um processo penal eficiente*, cit., p. 122.

comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes”.<sup>24</sup> Tal faz com que as decisões da Corte Interamericana sejam *vinculantes* aos Estados-partes na Convenção, incorporando a jurisprudência constante do tribunal interamericano no âmbito de cada soberania, notadamente em relação aos casos em que forem partes.

Daí a conclusão de que todos os casos já julgados contra o Brasil *integram* o direito brasileiro com caráter vinculante, ampliando os meios internos de proteção e salvaguarda dos direitos humanos das vítimas, bem assim direcionando (para o futuro) a jurisprudência nacional sobre o tema. Nesse sentido, as decisões pátrias – inclusive do Supremo Tribunal Federal – deverão pautar-se pelo estabelecido nos julgamentos da Corte Interamericana relativos ao Brasil, sob pena de inconvenção superveniente e, como consequência, de responsabilização do Estado no plano internacional.

Essa conclusão, sobretudo no processo penal, é livre de dúvidas e demarca o entendimento de que o sistema interamericano de direitos humanos não consente com a aplicação de normas processuais que viabilizem situações de impunidade desvirtuadas de sua genuína finalidade, concedendo, *v.g.*, benefícios inadequados (inconvenção, portanto) a agentes criminosos sem a devida proporcionalidade à dignidade das vítimas ou seus familiares.<sup>25</sup>

Todos os precedentes da Corte Interamericana, notadamente nas ações contra o Brasil, são *vinculativos* a título de precedentes convencionais, cujo cumprimento não resta facultativo do Estado por qualquer maneira. Assim, as obrigações positivas do Estado em matéria penal compõem o *corpus juris* de proteção dos direitos humanos das vítimas ou seus familiares, sendo inafastável a título obrigacional. Tal direciona o processo penal contemporâneo à iluminação das garantias internacionais de proteção dos direitos humanos, perfazendo interessante (e necessária) interação entre a ordem internacional e a interna no intento de proteger os direitos humanos das vítimas.

Nesse sentido, destaque-se que tanto o Conselho Nacional de Justiça – CNJ quanto o Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP contam, hoje, com Recomendações que encorajam juízes e membros do Ministério Público de todo o Brasil a aplicarem os tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil é parte e a jurisprudência vinculante da Corte Interamericana de Direitos Humanos, para o fim de realizarem o devido controle de convencionalidade das leis.<sup>26</sup> Além do mais, especialmente, o CNJ tem buscado uma interlocução cada vez mais constante com os órgãos do sistema interamericano de direitos humanos, demonstrando a

<sup>24</sup> Sobre o dispositivo, *v.* PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, cit., p. 356 e ss.

<sup>25</sup> Cf. OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. *Processo penal convencional e fundamentos das obrigações positivas do Estado em matéria penal*, cit., p. 230.

<sup>26</sup> Recomendação nº 123/2022 do CNJ e Recomendação nº 96/2023 do CNMP. Ambas as recomendações são fruto de proposta apresentada ao CNJ e ao CNMP pelo Prof. Valerio Mazzuoli, depois encaminhadas à relatoria respectiva e, ao final, aprovadas por unanimidade.

sua preocupação em que seja seguida pelo Judiciário brasileiro as normativas e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.<sup>27</sup>

Todo esse *corpus juris* vinculante protetivo dos direitos humanos deve ser levado em conta pelos Estados-partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, à luz das responsabilidades que assumiram quando ratificaram esse instrumento internacional e aceitaram a competência contenciosa do tribunal interamericano, notadamente no que tange às obrigações processuais penais positivas em matéria de direitos humanos, sem as quais a proteção que o Estado confere às vítimas torna-se insuficiente.

### 3.2. Punição como *standard* de direitos humanos e novo marco civilizatório

Por tudo o que já se viu até aqui, resta claro que há um papel do Estado de agente controlador da criminalidade, atuando por meio dos seus órgãos de controle. Tais obrigações são *positivas* e devem ser implementadas a contento no âmbito da jurisdição interna para que o Estado não seja internacionalmente responsabilizado. A jurisprudência das cortes internacionais de direitos humanos (Corte Europeia e Corte Interamericana de Direitos Humanos) é firme no sentido de que a persecução penal adequada voltada à busca da verdade, da identificação e consequente punição dos responsáveis pela prática criminosa é uma garantia da proteção adequada aos direitos humanos.<sup>28</sup>

Esse paradigma corrente dos sistemas regionais de direitos humanos – em especial, do europeu e do interamericano – reflete a necessidade de cumprimento pelos Estados das obrigações processuais penais positivas, à luz do princípio da vedação da proteção deficiente dos direitos das vítimas ou seus familiares. Tal induz ao correto raciocínio de que punir é um *standard* inafastável da estrutura contemporânea de proteção e promoção dos direitos humanos, tanto das Nações Unidas quanto dos sistemas regionais de proteção, dotados de tribunais especializados (Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos). A consequência lógica dessa constatação é projeção que se faz para o futuro em termos de paradigma civilizatório, dado que as atividades dos Estados na persecução penal adequada ao devido processo convencional representam avanço civilizatório indubitável.

Nesse sentido, necessário verificar o porquê de a punição da criminalidade ser um *standard* de direitos humanos (item 3.2.1.) e a necessidade de vir à luz um novo paradigma civilizatório de proteção dos direitos humanos das vítimas (item 3.2.2.).

<sup>27</sup> CNJ. *Declaração de Intenções* – Colaboração entre o Conselho Nacional de Justiça e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de 10.02.2015.

<sup>28</sup> FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. *As obrigações processuais penais positivas segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*, cit., p. 93-94.

### 3.2.1. Punição da criminalidade como padrão (*standard*) internacional de direitos humanos

Sob o prisma das obrigações processuais penais positivas, os Estados devem concretizar os deveres de adotar efetivas medidas de prevenção de ofensas a direitos fundamentais e humanos, de modo a evitar a proteção deficiente dos direitos das vítimas. Trata-se de dever, ligado aos princípios de proteção constitucional e internacional em matéria de direitos fundamentais e humanos, sem o que há distorção do real papel do Estado relativamente ao combate à criminalidade. Assim, nas hipóteses em que as lesões a direitos humanos se consumam, devem os Estados adotar providências efetivas de plena investigação e punição dos agentes criminosos responsáveis pela sua prática, além, quando possível, de reparação dos danos decorrentes dessas violações.

Dessa relação dúplice de respeito e proteção estatais relativas a direitos humanos – *respeitar* os direitos, de um lado, e *proteger* as vítimas, de outro – emerge um novo paradigma para os sistemas de justiça criminal na ordem interamericana, representado pelo dever de defesa das vítimas de lesões criminosas a direitos humanos e fundamentais, bem como de punição penal efetiva e adequada dos agentes criminosos.

Nesse exato sentido, a Organização das Nações Unidas desenvolveu o conceito global de “vítimas da criminalidade”, entendendo tratar-se das “pessoas que, individual ou coletivamente tenham sofrido um prejuízo, nomeadamente um atentado à sua integridade física e um sofrimento de ordem moral, uma perda material, ou um grave atentado aos seus direitos fundamentais, como consequência de atos ou de omissões violadores das leis vigor num Estado membro, incluindo as que proíbem o abuso de poder”.<sup>29</sup>

Em nosso entorno geográfico, a jurisprudência da Corte Interamericana vem contribuindo sobremaneira para o resgate da vítima no direito penal e no processo penal, notadamente quando impõe aos Estados a obrigação de prevenir, investigar e punir os atos violadores a direitos humanos, asseverando que a vítima e seus familiares devem participar dos processos penais em todas as suas etapas, seja na investigação ou no julgamento dos responsáveis.

A propósito, no julgamento do caso *Velásquez Rodrigues vs. Honduras* (1988) a Corte Interamericana deixou claro que é dever do Estado “investigar toda situação na qual tenham sido violados os direitos humanos protegidos pela Convenção”, complementando que “[s]e o aparato do Estado atua de modo que tal violação fique impune e não se restabeleça, enquanto seja possível, à vítima a plenitude de seus direitos, pode se afirmar que descumpriu o dever de garantir seu livre e pleno exercício às pessoas sujeitas à sua jurisdição”. Para a Corte Interamericana, assim, a obrigação de investigar “deve ter um sentido e ser assumida pelo Estado como um dever jurídico próprio e não como uma simples gestão de interesses particulares que dependa da

<sup>29</sup> ONU, Assembleia-Geral. *Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder*. Resolução nº 40/34, de 29.11.1985 (Anexo, A.1).

iniciativa processual da vítima ou de seus familiares ou do aporte privado de elementos probatórios, sem que a autoridade pública procure efetivamente a verdade”.<sup>30</sup>

Se a investigação da conduta ilícita leva ao conhecimento da materialidade e da autoria do crime, a punição se impõe, nos termos da legislação interna e dos precedentes jurisprudenciais interamericanos. Tal punição depende de duas circunstâncias: primeiramente, da *criminalização* de condutas ofensivas aos direitos humanos, visando a sua dimensão objetiva, completamente desvinculada de quaisquer pretensões individuais; posteriormente, da necessidade de *previsão e efetividade* das normas de processo, sem as quais as regras de direito material não logram concretização.<sup>31</sup> Presentes tais circunstâncias, a reprimenda pelo cometimento de atos ilícitos deve ser perseguida pelo Estado, como obrigação (além de interna) assumida perante os tratados internacionais de direitos humanos ratificados e em vigor, bem assim em respeito à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Portanto, punir representa um *standard* (é dizer, um *padrão* atual) de direitos humanos contemporâneos, fixado à base do corpo jurisprudencial das instâncias internacionais de proteção, em especial, neste entorno geográfico, advinda da Corte Interamericana de Direitos Humanos.<sup>32</sup> Não se trata de punitivismo internacional ou de ingerência arbitrária de organismos de monitoramento internacional no plano do nosso direito interno. Pensar diferentemente é desconhecer a jurisprudência pacificada das cortes regionais de direitos humanos e ter dos mecanismos de monitoramento internacional apenas uma notícia anedótica, de oitiva, que faz tábula rasa da realidade dos Estados e, sobretudo, das vítimas e de seus familiares.<sup>33</sup>

### 3.2.2. Por um novo paradigma civilizatório de proteção de direitos humanos das vítimas

As reflexões levadas a cabo nos itens precedentes convergem para o entendimento de que as vítimas devem guardar posição *central* nos sistemas nacional e internacional de proteção de direitos, sobretudo no âmbito do direito processual penal, sem o que as garantias de direitos humanos previstas em tratados internacionais de que o Brasil é parte restam totalmente esvaziadas. Há obrigações internacionais assumidas pelo Estado, ao ratificar os tratados de direitos humanos respectivos, que não podem ser deixadas de lado no plano interno, pois tal é capaz de levar o Estado à responsabilização internacional, como já ocorreu relativamente ao Brasil várias vezes. Assim, há um *dever* jurídico e ético do Estado, assumido perante a sociedade internacional, de atuar positivamente para salvaguardar as vítimas e seus familiares relativamente a seus direitos violados.

<sup>30</sup> Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Mérito, sentença de 29 de julho de 1988, Série C, nº 04, §§ 176-177.

<sup>31</sup> Cf. OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. *Processo penal convencional e fundamentos das obrigações positivas do Estado em matéria penal*, cit., p. 172.

<sup>32</sup> Cf. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa; OLIVEIRA, Kledson Dionysio. *Controle de convencionalidade pelo Ministério Público*, cit., p. 132.

<sup>33</sup> Cf. SOARES, Inês Virgínia Prado; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Um dia que dura décadas: Brasil não pune violações a direitos humanos. *Consultor Jurídico*, de 09.11.2020.

A aceitação e compreensão de que as vítimas têm proeminência no processo penal contemporâneo é *conditio sine qua non* para que as soberanias nacionais possam livrar-se de condenações internacionais por violações a direitos humanos em cortes internacionais, em razão de inconveniências perpetradas na persecução penal. Tanto as investigações como os julgamentos e punições efetivas para os agentes da criminalidade são imperativos decorrentes de sólida jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos que não podem ser negligenciados pelos Estados, razão pela qual a efetiva persecução penal, com a consequente proteção dos direitos humanos das vítimas, é imperativo necessário sobretudo na ordem jurídica brasileira.

Quando tal compreensão se fizer efetiva, será possível alcançar um novo paradigma civilizatório de proteção de direitos humanos das vítimas em nosso entorno geográfico, capaz de levar em conta a sua centralidade e a necessidade de efetivação do processo penal voltado às garantias de seus direitos. Tal não conota esquecimento ou abandono dos direitos de acusados ou condenados, senão impõe que *também* as vítimas da criminalidade sejam amparadas pelas instituições de Estado – sobretudo o Ministério Público e o Poder Judiciário – em seu mister respectivo de defesa da ordem jurídica e de resolução de conflitos internos.

Essa plataforma emancipatória, ainda não completamente consolidada, será fundamental para a fixação de um novo marco normativo nacional que direcione às vítimas ou seus familiares o seu foco central, em consonância com os ditames internacionais de direitos humanos relativos à matéria.

Compreendeu-se, finalmente, que há obrigações positivas em matéria processual penal que devem ser cumpridas pelo Estado, à luz da jurisprudência interamericana de direitos humanos. Como consequência, compreendeu-se também que punir é um *standard* (é dizer, um *padrão*) de direitos humanos, reconhecido pela jurisprudência das cortes regionais de direitos humanos, em especial, em nosso entorno geográfico, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

#### 4. Conclusão

Ao cabo desta exposição, foi possível inferir que o direito brasileiro se encontra atualmente mais aberto à proteção dos direitos humanos das vítimas do que num passado próximo, à luz da influência direta da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos entre nós. Também foi possível aferir que punir é um *standard* do sistema interamericano de direitos humanos, que se torna imperativo ético ao direito brasileiro na salvaguarda dos direitos e garantias destinados às vítimas previstos tanto pelas normas internas quanto pelos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos de que o Brasil é parte.

As relações entre vítimas, processo penal e a compreensão de que este deve àquelas toda a reverência no direito brasileiro atual levam à necessidade de o Estado garantir às vítimas de violações a direitos humanos uma proteção eficiente aos seus



direitos constitucional e internacionalmente consagrados. Ao tempo que o processo penal deve ser justo e equilibrado, contendo todo e qualquer tipo de excesso, há de zelar para que a proteção aos direitos das vítimas não seja deficiente no que tange à repressão, à violência e à desestabilização social ocasionada pela ação de organizações criminosas.

Há necessidade, portanto, de dotar o sistema de racionalidade, com equilíbrio de proteção, vedando-se o arbítrio e o excesso estatal contra o indivíduo que violou a norma penal, mas também protegendo bens jurídicos que merecem dignidade penal e, via de consequência, destinando um olhar para quem sofre as consequências das mazelas da criminalidade e da demora na prestação jurisdicional.

O processo penal brasileiro encontra-se, portanto, em uma fase de superação dos seus antigos paradigmas em atenção, especialmente, aos princípios provindos do sistema interamericano de direitos humanos, tal refletindo na proteção integral aos direitos das vítimas e na proibição da proteção deficiente. Ademais, a partir do advento da técnica de controle de convencionalidade, o Estado passa a ter por obrigação garantir, no plano do direito interno, aplicação eficaz às normas internacionais de direitos humanos de que o Brasil é parte, juntamente com a aplicação (também eficaz) da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, para a qual a desídia dos Estados na proteção eficaz aos direitos humanos das vítimas leva à responsabilização internacional das respectivas soberanias, dada a falta (ou incompletude) de punição daqueles responsáveis pelas violações de direitos humanos ocorridas.

Daí porque a punição dos responsáveis por violações a direitos humanos é um *standard* internacionalmente reconhecido, que não pode ser afastado em prejuízo dos direitos consagrados às vítimas. De fato, as inconveniências ocorridas na órbita processual penal são as responsáveis pela ineficiência punitiva dos que perpetram violações a direitos humanos, fugindo, portanto, ao padrão (*standard*) internacional de reprimenda à criminalidade.

À luz das normas internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil, há obrigações processuais penais positivas imperativas ao Estado brasileiro, que obrigam todo o sistema de justiça a proteger eficazmente os direitos humanos das vítimas ou de seus familiares. Sem a observância de tais obrigações processuais, o sistema nacional de justiça resta imperfeito ou ineficaz em termos de proteção eficiente dos direitos humanos das vítimas.

A falta de punição àqueles que perpetram crimes é capaz de responsabilizar o Estado no plano internacional, o que demonstra ser correta a assertiva de que punir é um *standard* de direitos humanos que requer observância estreita pelos Estados componentes da sociedade internacional atual.

## Referências bibliográficas

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Declaração de Intenções* – Colaboração entre o Conselho Nacional de Justiça e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de 10.02.2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 418.376 / MS*. Tribunal Pleno, Rel. p/Ac. Min. Joaquim Barbosa, julg. 09.02.2006, DJ 23.03.2007.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Desafios para a efetiva proteção internacional dos direitos humanos. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (Org.). *Desafios do direito internacional contemporâneo*. Brasília: FUNAG, 2007, p. 207-321.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Direito penal a marteladas: algo sobre Nietzsche e o direito*. 2ª tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paulo Zomer Sica (et al.). 3ª ed. rev. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2010.

FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. *As obrigações processuais penais positivas segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*. 3ª ed. rev., atual, e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022.

\_\_\_\_\_. O que é garantismo penal (integral). In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação ao modelo garantista no Brasil*. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 25-50.

HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Holand (ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 59-104.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direitos humanos na jurisprudência internacional: sentenças, opiniões consultivas, decisões e relatórios internacionais*. São Paulo: Método, 2019.

\_\_\_\_\_; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa; OLIVEIRA, Kledson Dionysio. *Controle de convencionalidade pelo Ministério Público*. 2ª ed. rev., atual, e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. *Processo penal convencional e fundamentos das obrigações positivas do Estado em matéria penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Fundamentos do justo processo penal convencional: as garantias processuais e o valor instrumental do devido processo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. Dos direitos humanos da vítima de violência e a responsabilidade do Estado. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 37, jul.-set. 2010, p. 121-144.

REZENDE, Guilherme Carneiro de. *O direito humano da vítima a um processo penal eficiente*. Curitiba: Juruá, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 81, 2005, p. 325-386.

\_\_\_\_\_. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 47, mar.-abr. 2004, p. 60-122.

SOARES, Inês Virgínia Prado; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Um dia que dura décadas: Brasil não pune violações a direitos humanos. *Consultor Jurídico*, 09.11.2020.

STERNBERG-LIEBEN, Detlev. Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal. In: HEFENDEHL, Holand (Ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 105-128.



# Adaptação climática: fundamentos e possibilidades de atuação do Ministério Público brasileiro

Vinicius Lameira Bernardo\*

## Sumário

1. Introdução. 2. Impactos do aquecimento global. 3. Adaptação. Conceito e premissas necessárias. 4. Contexto atual das políticas e ações de adaptação no Brasil. Um quadro de omissão inconstitucional. 5. Arcabouço normativo, jurisprudencial e tecnológico. Ferramentas de atuação do Ministério Público brasileiro. 5.1. Arcabouço normativo. Constituição, tratados internacionais e legislação infraconstitucional. 5.2. Precedentes judiciais. 5.3. Ferramentas tecnológicas de identificação de vulnerabilidades ao aquecimento global. 6. Estratégias de atuação em fomento à implementação de medidas de adaptação. 7. Conclusão.

## Resumo

Os países signatários do Acordo de Paris, entre os quais se encontra o Brasil, reconhecem que as mudanças climáticas representam uma ameaça urgente e potencialmente irreversível para as sociedades humanas e para o planeta, assumindo o compromisso de manter o aumento da temperatura média global bem abaixo dos 2 °C acima dos níveis pré-industriais e buscar esforços para limitar o aumento da temperatura a 1,5 °C acima dos níveis pré-industriais. Contudo, até o momento não se verificaram avanços significativos na redução de emissões de gases de efeito estufa e os impactos adversos decorrentes do aquecimento global já são uma realidade. Ante o panorama nacional de insuficiente planejamento e implementação de medidas de adaptação ao aquecimento global, o presente artigo, a partir da análise do ordenamento jurídico nacional, precedentes do STF e instrumentos tecnológicos de identificação de vulnerabilidades do território brasileiro, procura lançar luzes sobre estratégias de atuação do Ministério Público capazes de fomentar a implementação de medidas de adaptação de sistemas naturais e humanos.

## Abstract

*The signatory countries of the Paris Agreement, including Brazil, recognize that climate change represents an urgent and potentially irreversible threat to human societies and the planet, assuming the commitment to keep the increase in global average*

\* LLM em Direito Público e Internacional pela Universidade de Melbourne, Austrália. Promotor de Justiça do Ministério Público Estadual do Rio de Janeiro. Diretor acadêmico da ABRAMPA para a região sudeste. Professor de Direito Ambiental da Escola de Governo do MPRJ, IERB.

*temperature well below 2°C above pre-industrial levels and pursue efforts to limit the temperature increase to 1.5°C above pre-industrial levels. However, so far, there have been no significant advances in reducing greenhouse gas emissions, and the adverse impacts resulting from global warming are already a reality. Faced with the national panorama of insufficient planning and implementation of measures to adapt to global warming, this article, based on the analysis of the national legal system, STF precedents and technological instruments for identifying vulnerabilities in the Brazilian territory, seeks to shed light on strategies for performance of the Public Prosecutor's Office capable of encouraging the implementation of adaptation measures for natural and human systems.*

**Palavras-chave:** Direito Ambiental. Mudanças climáticas. Adaptação. Ministério Público brasileiro.

**Keywords:** *Environmental law. Climate change. Adaptation. Prosecutor's Office.*

## 1. Introdução

O presente artigo tem por objetivo explorar possíveis estratégias de atuação do Ministério Público no fomento à implementação de medidas de adaptação ao aquecimento global. Inicialmente serão abordadas as evidências científicas que demonstram, de forma incontestável, que o aquecimento global já vem impactando de maneira adversa os sistemas naturais e humanos do planeta terra. Em seguida são apresentados o conceito de medidas de adaptação e algumas premissas necessárias para compreensão do potencial e limites das intervenções adaptativas. Posteriormente o artigo apresenta um panorama do arcabouço normativo e jurisprudencial brasileiro que nos permite concluir que a adoção de medidas de adaptação é um dever do Estado e, diante da omissão dos poderes competentes, pode o Poder Judiciário suprir tais omissões, sem que com isso se configure violação ao princípio da separação dos poderes. Após apresentação de ferramentas tecnológicas de identificação de vulnerabilidades do território, que podem orientar a atuação ministerial, são exploradas algumas estratégias de atuação do MP brasileiro no fomento à implementação de medidas de adaptação, abordando-se tanto estratégias estruturais, como exigência de elaboração de planos de ação climática e estruturação de colegiados de formação paritária, como também exigências de medidas adaptativas no licenciamento de atividades e empreendimentos específicos. Ao termo, o artigo apresenta sugestões de ações a serem adotadas internamente pelo Ministério Público, de forma a potencializar a capacidade de resposta do *Parquet* às exigências do aquecimento global.

## 2. Impactos do aquecimento global

As medidas de adaptação são intervenções destinadas a reduzir a vulnerabilidade dos sistemas naturais e humanos frente aos efeitos atuais e esperados da mudança

do clima. Mas de que impactos ao planeta, decorrentes do aumento da temperatura, estamos tratando?

Os impactos das mudanças climáticas são bem conhecidos da comunidade científica e foram pormenorizados, entre outros documentos internacionais, no sexto relatório síntese de atividade do painel intergovernamental de mudanças climáticas da ONU,<sup>1</sup> colegiado cuja missão é avaliar os trabalhos científicos relacionados às mudanças climáticas. Entre os impactos previstos, podemos destacar o aumento da constância e intensidade de eventos climáticos extremos, como tornados, enchentes e deslizamentos; aumento do nível do mar e deslocamento de populações costeiras; insegurança alimentar; redução de estoques pesqueiros; perda de biodiversidade e impactos nas infraestruturas urbanas de mobilidade, fornecimento de energia e água, telecomunicações etc.

Longe de constituírem previsões incertas e apocalípticas, os impactos das mudanças climáticas já se fazem sentir não apenas em nosso país, como em todo o mundo. A cidade de Zhengzhou, na China, registrou chuvas recordes, atingindo a impressionante marca de 300 mortes e prejuízos de aproximadamente US\$ 17,7 bilhões de dólares.<sup>2</sup> A cidade de Cape Town, na África do Sul, enfrentou um sério problema de escassez hídrica, quando se aproximou do “dia zero”, chegando muito próximo da impossibilidade de fornecimento de água para a população.<sup>3</sup> Já as cidades de Los Angeles, Atenas, bem como algumas cidades no Estado de Queensland, Austrália, experimentaram ondas de calor e incêndios sem precedentes, quebrando recordes de intensidade e devastação.

No Brasil, mais recentemente o Estado do Maranhão foi atingido por chuvas intensas, colocando 64 cidades em alerta, impactando adversamente 35 mil famílias e gerando o impressionante número de 7.757 famílias desabrigadas ou desalojadas.<sup>4</sup> Também cabe registrar a tragédia recente ocorrida no litoral norte paulista, que afetou as cidades de Bertioga e São Sebastião, tendo chovido 600 mm, o dobro da média de todo mês de fevereiro. A cidade de Manaus também foi afetada pela maior cheia de sua história, com 455 mil afetados, em 2021, e Petrópolis, no Rio de Janeiro, sofreu inúmeros deslizamentos de terra simultâneos causados por chuvas intensas no verão de 2021/2022, contabilizando 255 mortos.<sup>5</sup>

A relação causal entre eventos climáticos extremos e aquecimento global vem sendo cada vez mais estudada pelos cientistas. Nesse sentido, trazemos a lume

<sup>1</sup> IPCC, 2023: Summary for Policymakers. In: *Climate Change 2023: Synthesis Report*. Contribution of Working Groups I, II and III to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change [Core Writing Team, H. Lee and J. Romero (Eds.)]. IPCC, Geneva, Switzerland, p. 1-34, doi: 10.59327/IPCC/AR6-9789291691647.001. Disponível em: [https://www.ipcc.ch/report/ar6/syr/downloads/report/IPCC\\_AR6\\_SYR\\_SPM.pdf](https://www.ipcc.ch/report/ar6/syr/downloads/report/IPCC_AR6_SYR_SPM.pdf).

<sup>2</sup> Fonte: *Why all cities need to adapt to climate change*. Author(s): C40 Cities Climate Leadership Group, C40 Knowledge Hub.

<sup>3</sup> *Idem* anterior.

<sup>4</sup> Fontes: ANGELO, Claudio. “Parece um filme de terror que vemos todo ano”. *Observatório do Clima*. E g1: <https://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/2023/04/09/lula-visita-maranhao.ghtml>.

<sup>5</sup> *Idem* anterior.

o avanço da chamada ciência da atribuição climática, em que a comunidade científica empreende esforços para correlacionar eventos climáticos extremos ao aquecimento do planeta terra, sendo de se destacar, nesta seara, o trabalho desenvolvido pela *World Weather Attribution*.<sup>6</sup> Em seu site é possível encontrar inúmeras análises de correlação entre o aumento da temperatura e eventos extremos, como ondas de calor, secas, chuvas intensas e tornados.

Como se percebe, os impactos do aquecimento global já estão ocorrendo, tendem a se agravar em razão do aquecimento global, e se faz necessário o planejamento, desenvolvimento e implementação de medidas de adaptação eficazes. Mas o que são medidas de adaptação? No próximo capítulo apresentamos ao leitor seu conceito e algumas premissas necessárias para compreender seu potencial, como também algumas limitações.

### 3. Adaptação. Conceito e premissas necessárias

O ordenamento jurídico brasileiro apresenta um conceito de medidas de adaptação, definindo-as como iniciativas e medidas destinadas a reduzir a vulnerabilidade dos sistemas naturais e humanos frente aos efeitos atuais e esperados da mudança do clima.<sup>7</sup> Conforme se depreende da definição legal, as medidas de adaptação se destinam tanto a sistemas naturais, como ecossistemas, quanto a sistemas humanos, como as cidades e sua infraestrutura.

São exemplos de medidas de adaptação a melhoria nas práticas de agricultura em regiões de maior incidência de seca, construção de barreiras para proteção contra aumento do nível do mar, desenvolvimento de sistemas de alerta preventivo, melhoria na cobertura de seguros ou desenvolvimento de redes de segurança social.<sup>8</sup>

Aqui é importante fazer três ressalvas relevantes sobre as medidas de adaptação. A primeira é que existe limite para a capacidade de adaptação aos impactos do aquecimento global por parte de nossos sistemas naturais e humanos. Logo, a implementação de ações adaptativas não desonera os setores público e privado de empreenderem esforços para reduzirem significativamente suas emissões de gases de efeito estufa, de forma a atingirmos a meta definida pelo Acordo de Paris de limitarmos o aquecimento do planeta em 2 graus e envidar máximos esforços para que não superem 1.5 graus.<sup>9</sup>

<sup>6</sup> <https://www.worldweatherattribution.org/about/>.

<sup>7</sup> Lei nº 12.187/2009. Art. 2º Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I - adaptação: iniciativas e medidas para reduzir a vulnerabilidade dos sistemas naturais e humanos frente aos efeitos atuais e esperados da mudança do clima;

<sup>8</sup> <http://adaptaclima.mma.gov.br/adaptacao-a-mudanca-do-clima#:~:text=Alguns%20exemplos%20de%20medidas%20de,na%20cobertura%20de%20seguros%20ou.>

<sup>9</sup> Acordo de Paris. Artigo 2º.

1. Este Acordo, ao reforçar a implementação da Convenção, incluindo seu objetivo, visa fortalecer a resposta global à ameaça da mudança do clima, no contexto do desenvolvimento sustentável e dos esforços de erradicação da pobreza, incluindo:

(a) Manter o aumento da temperatura média global bem abaixo de 2°C em relação aos níveis pré-industriais, e envidar esforços para limitar esse aumento da temperatura a 1,5°C em relação aos níveis pré-industriais,



A segunda ressalva importante é que ações adaptativas não se restringem a medidas de gestão de risco e desastres. Inúmeros setores da sociedade serão impactados pelo aumento de temperatura, de maneira que, conforme consta de nossa política nacional de adaptação,<sup>10</sup> é preciso desenvolver estratégias adaptativas para inúmeros setores, a saber: agricultura; biodiversidade e ecossistemas; cidades; gestão de risco de desastres; indústria e mineração; infraestrutura; povos e populações vulneráveis; recursos hídricos; saúde; segurança alimentar e nutricional e zonas costeiras. Esses temas constam, inclusive, do Projeto de Lei nº 4.129/2021, atualmente em tramitação no congresso federal, que dispõe sobre diretrizes gerais para a elaboração de planos de adaptação à mudança do clima.<sup>11</sup>

A terceira ressalva é quanto ao fenômeno da mal adaptação, relacionado à implementação de medidas de adaptação para setores específicos, de maneira isolada, e imediatistas, que acabam por não cumprir seus objetivos, gerando dispêndio inadequado de recursos.<sup>12</sup> O IPCC alerta para a necessidade de que o planejamento de medidas de adaptação seja holístico e de longo prazo, inclusivo, participativo e intersetorial, o que facilita a geração de cobenefícios para setores e sistemas, humanos ou naturais, cumprindo assim o papel destinado às medidas adaptativas.<sup>13</sup>

Por fim, vale também uma ressalva sobre a importância da implementação de medidas de adaptação baseadas na natureza, as chamadas Soluções Baseadas na Natureza (SBN's). As SBN's se utilizam de oportunidades de conservação e restauração de ecossistemas para oferecer serviços que permitam às pessoas se adaptarem aos impactos da mudança do clima.<sup>14</sup>

São exemplos de SBN's: gestão sustentável de áreas de manguezais, com aptidão para funcionarem como barreiras protetoras em caso de tempestades; adoção de técnicas de manejo e práticas sustentáveis de produção agropecuária para melhorar o uso e conservação do solo, da água e da biodiversidade; implantação de canteiros de infiltração ou jardins de chuva, paredes ou telhados verdes, jardins verticais, corredor ecológico, passagens de fauna, áreas verdes urbanas como parques e praças, pomares e hortas urbanas, e outras intervenções que tenham a finalidade de solucionar problemas que impactam as áreas urbanas, a biodiversidade e a vida das pessoas.<sup>15</sup>

Tais medidas se apresentam como alternativa à solução de problemas reais, posto que são capazes de mitigar Emissões de Gases de Efeito Estufa (GEE) e promover

---

reconhecendo que isso reduziria significativamente os riscos e os impactos da mudança do clima;

<sup>10</sup> BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Plano Nacional de Adaptação à Mudança do Clima*: sumário executivo/ Ministério do Meio Ambiente. Brasília: MMA, 2016. Disponível em: [https://antigo.mma.gov.br/images/arquivo/80182/LIVRO\\_PNA\\_Resumo%20Executivo\\_.pdf](https://antigo.mma.gov.br/images/arquivo/80182/LIVRO_PNA_Resumo%20Executivo_.pdf).

<sup>11</sup> Link de acesso: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2308223>.

<sup>12</sup> IPCC, AR6, B.4.3.

<sup>13</sup> *Idem* anterior.

<sup>14</sup> <http://adaptaclima.mma.gov.br/adaptacao-a-mudanca-do-clima#:~:text=Alguns%20exemplos%20de%20medidas%20de,na%20cobertura%20de%20seguros%20ou.>

<sup>15</sup> <https://catalogo-sbn-oics.cgee.org.br/capitulos/conhecendo-e-entendendo-sbn/classificacao-das-sbn/>. Acesso em: 28.11.2022.

adaptação, além de promover sustentabilidade econômica, ambiental e social.<sup>16</sup> As SBNs podem apresentar múltiplos benefícios à coletividade, incluindo melhoria da qualidade de vida, saúde, bem-estar, redução de riscos, segurança hídrica, segurança alimentar, combate à degradação ambiental e perda da biodiversidade.

Como se percebe, medidas de adaptação se aplicam não só a sistemas humanos, como também aos sistemas naturais; envolvem diversos setores da economia e apresentam limitações, não podendo ser considerados uma panaceia para o aquecimento da terra e motivo de redução de esforços de mitigação de emissão de gases de efeito estufa. É importante que os membros do Ministério Público tenham em conta tais possibilidades e limitações, de maneira a tornarem mais eficaz sua intervenção no tema.

Contudo, qual o atual estágio de implementação de medidas de adaptação pelos governos nacional, regional e subnacional brasileiros? É o que passamos a enfrentar.

#### **4. Contexto atual das políticas e ações de adaptação no Brasil. Um quadro de omissão inconstitucional**

A despeito dos eventos climáticos extremos já estarem ocorrendo de maneira intensa, causando prejuízos financeiros e humanitários, as ações adaptativas foram relegadas a segundo plano nos últimos anos, talvez em razão da concentração de esforços e recursos em medidas de mitigação. Contudo, o quadro preocupante atual exige dos formuladores de políticas públicas investimentos imediatos no setor, sem maiores delongas.

Preliminarmente, vale rememorar que a meta global ajustada pelos signatários do Acordo de Paris de limitação do aumento da temperatura do planeta é de 1.5 a 2 graus celsius. Contudo, o Programa de Meio Ambiente das Nações Unidas lançou em 2022 o *emissions gap report*,<sup>17</sup> relatando, em síntese, que as contribuições nacionalmente determinadas pelos países signatários do Acordo de Paris podem levar a um aquecimento do planeta na ordem de 2.4 a 2.6 graus. Já o último relatório do IPCC apontou para o preocupante quadro de já termos 50% de chances de atingir ou ultrapassar o 1.5º entre 2021 e 2040, bem como aumentar entre 3,3°C e 5,7°C até 2100.<sup>18</sup> Por fim, no ano de 2021, tanto as emissões brasileiras quanto mundiais tiveram

<sup>16</sup> Para melhor compreensão da juridicidade de implementação de soluções baseadas na natureza por meio de políticas públicas, remetemos o leitor a leitura do artigo: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/solucoes-baseadas-na-natureza-como-alternativa-tecnica-no-licenciamento-ambiental-06122022>.

<sup>17</sup> UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME (2022). *Emissions Gap Report 2022: The Closing Window – Climate crisis calls for rapid transformation of societies*. Nairobi. <https://www.unep.org/emissions-gap-report-2022>. Disponível em: file:///C:/Users/Membro/Downloads/EGR2022%20(1).pdf.

<sup>18</sup> BOEHM, Sophie; SCHUMER, Clea. *10 conclusões do Relatório do IPCC sobre Mudanças Climáticas de 2023*. 24 mar. 2023. Disponível em: <https://www.wribrasil.org.br/noticias/10-conclusoes-do-relatorio-do-ipcc-sobre-mudancas-climaticas-de-2023>.

aumento, conforme denotam, respectivamente, os dados produzidos pelo Brasil SEEG<sup>19</sup> e *Our World in Data*.<sup>20</sup>

A despeito do preocupante quadro acima delineado, dados do relatório do Tribunal de Contas da União<sup>21</sup> dão conta de que, no período compreendido entre os anos de 2013 e 2022, os investimentos da União destinados à gestão de riscos e desastres declinaram vertiginosamente, enquanto, no mesmo período, 69% desse montante foi destinado à recuperação de desastres, enquanto apenas 31% se destinaram à prevenção, denotando não só redução de investimentos quanto má alocação de recursos, dadas as vantagens em se investir em prevenção. Nas palavras do próprio TCU: “o prejuízo tanto material como humano desses eventos pode e deve ser mitigado a partir do investimento maciço em ações de prevenção por todas as esferas de governo, uma vez que os custos envolvidos nas fases de resposta e de recuperação de áreas já destruídas se mostram muito mais elevados (...)”

Em acréscimo, o contexto nacional de planejamento e implementação de medidas de adaptação é desalentador. O Plano Nacional de Adaptação, elaborado em 2016, jamais foi efetivamente implementado e apenas 11 de 27 capitais nacionais possuem planos de adaptação.<sup>22</sup> Sublinhe-se que o cenário de omissão no financiamento, desenvolvimento e implementação de medidas de adaptação não é uma peculiaridade do Brasil, ocorrendo em todo o mundo conforme apontado pelo IPCC em seu sexto relatório síntese.

Diante de tal cenário de omissão na implementação de políticas públicas de adaptação, é possível falar em dever jurídico do Estado Brasileiro em promover medidas de mitigação e adaptação ao aquecimento global? Defendemos que sim, em razão de normas constitucionais, tratados internacionais, legislação infraconstitucional e precedentes do Supremo Tribunal Federal, que passamos a enfrentar nas seções subsequentes.

## **5. Arcabouço normativo, jurisprudencial e tecnológico. Ferramentas de atuação do Ministério Público brasileiro**

### **5.1. Arcabouço normativo. Constituição, tratados internacionais e legislação infraconstitucional**

Começemos pela Constituição de 1988. O art. 225 da CRFB/88<sup>23</sup> impõe ao poder público e à coletividade o dever de preservação ambiental, de maneira a garantir

<sup>19</sup> [https://plataforma.seeg.eco.br/total\\_emissao](https://plataforma.seeg.eco.br/total_emissao).

<sup>20</sup> <https://ourworldindata.org/greenhouse-gas-emissions>.

<sup>21</sup> <https://noticias.uol.com.br/colunas/carlos-madeiro/2023/04/03/governo-gastou-em-10-anos-o-dobro-em-resposta-a-desastres-que-em-prevencao.htm?cmpid=copiaecola>.

<sup>22</sup> *Idem* anterior.

<sup>23</sup> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

uma vida digna e sadia à população, sendo as medidas adaptativas absolutamente imprescindíveis para garantir esse estado de bem-estar geral, inclusive reduzindo a vulnerabilidade do próprio direito à vida e outros direitos fundamentais.

Tal dever é corroborado pelo art. 170<sup>24</sup> da Carta Magna, que insere entre os princípios da nossa ordem econômica a defesa do meio ambiente, delineando em seu *caput* os elementos configuradores do conceito de desenvolvimento sustentável, a saber, livre iniciativa, justiça social e preservação ambiental. Uma ordem econômica atenta à defesa do meio ambiente evidentemente traz em si o dever de proteção do sistema climático estável, elemento essencial para uma vida sadia e de qualidade.

Frise-se, nessa ordem de ideias, que se encontram em tramitação no congresso as propostas de Emenda Constitucional nº 233/2019 e nº 37/2021, que definem a segurança climática como direito fundamental.<sup>25</sup> A PEC nº 37/2021 já recebeu parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados e segue em tramitação.<sup>26</sup> Embora a defesa do sistema climático já possa ser extraída dos dispositivos vigentes, recebemos com muita satisfação a proposta de tornar expresso, como direito fundamental, o direito ao clima estável, afastando assim qualquer dúvida quanto à proteção do clima pela nossa ordem constitucional.

Além da proteção conferida pelos arts. 225 e 170, sublinha-se a existência de inúmeros direitos fundamentais constitucionais que são expostos a risco grave em razão do aquecimento global, sendo as medidas de adaptação absolutamente imprescindíveis para sua defesa. Podemos citar, entre outros, o direito à segurança hídrica, alimentação adequada, propriedade, moradia, vida e saúde.

Além da proteção constitucional, somos signatários de inúmeros tratados internacionais de proteção ao meio ambiente, inclusive tratados climáticos, como a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança Climática<sup>27</sup> e o Acordo de Paris,<sup>28</sup> os quais tiveram reconhecimento pelo STF sua natureza de normas de natureza supralegal, por versarem sobre direitos humanos e, conseqüentemente, atraírem a aplicação do art. 5, §2º, da CRFB/88.<sup>29</sup> No contexto dos sobreditos tratados, assumimos enquanto nação o dever de adotar medidas de adaptação, que reduzam a vulnerabilidade de nossos sistemas naturais e humanos frente às mudanças climáticas.<sup>30</sup>

<sup>24</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

<sup>25</sup> PEC 233/2019 - Senado Federal. Acesso em: 09.11.2022.

<sup>26</sup> <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2304959>. Acesso em: 02.05.2023.

<sup>27</sup> A Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas (em inglês, *United Nations Framework Convention on Climate Change* ou UNFCCC) tem o objetivo de estabilizar as concentrações de gases de efeito estufa na atmosfera em um nível que impeça uma interferência humana perigosa no sistema climático.

<sup>28</sup> <https://brasil.un.org/pt-br/88191-acordo-de-paris-sobre-o-clima>.

<sup>29</sup> Nesse sentido, ver ADPF 708.

<sup>30</sup> Acordo de Paris, art 2º, 1, (b). Aumentar a capacidade de adaptação aos impactos negativos da mudança do clima e promover a resiliência à mudança do clima e um desenvolvimento de baixa emissão de gases de efeito estufa, de uma maneira que não ameace a produção de alimentos.

Por fim, inúmeras políticas setoriais, traduzidas em leis nacionais, amparam a implementação de medidas que promovam a adaptação de sistemas naturais e humanos ao aquecimento do clima. Da Política Nacional de Mudanças Climáticas (Lei nº 12.187/2009) extrai-se o dever expresso do poder público em implementar medidas de adaptação (arts. 3, 4 e 5). Este mesmo diploma legal impõe ao poder público a observância dos princípios da precaução, prevenção e desenvolvimento sustentável (art. 3º), o que exige a implementação de políticas públicas voltadas aos riscos previsíveis e também incertos, como também uma atuação voltada a garantia do bem-estar e qualidade de vida não só das gerações presentes como as futuras.

O Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/01) garante a todos o direito a cidades sustentáveis e resilientes; da Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei nº 9.433/97) podemos extrair normas que garantem a preservação de nascentes e matas ciliares, medidas estas absolutamente necessárias para combater os riscos de insegurança hídrica decorrentes do aquecimento global; a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil (Lei nº 12.608/12) impõe inúmeros deveres de redução da vulnerabilidade a desastres, prevenção de riscos, mapeamento de áreas sujeitas a grandes catástrofes, criação de um cadastro nacional dos municípios com áreas suscetíveis a grandes desastres e elaboração de planos de contingência; a Política Nacional de Gerenciamento Costeiro (Lei nº 7661/88) também se presta a amparar medidas adaptativas para ambientes da zona costeira, como o dever de planejamento da ocupação territorial em ordem a manter a qualidade de vida da população, que deve estar atenta aos riscos do aquecimento global, como elevação do nível do mar, observância do princípio da precaução na gestão do território e manutenção de sistemas de informação e monitoramento, entre outros.

Outra regra importante que se extrai da política nacional de mudanças climáticas é o dever de todas as demais políticas nacionais compatibilizarem-se com as diretrizes e princípios da política climática, listando expressamente os marcos setoriais de energia elétrica, transporte público urbano, indústria da transformação, papel, celulose e construção civil, mineração, agropecuária, entre outras (PNMC art. 11).<sup>31</sup>

Em suma, extrai-se dos argumentos até aqui delineados que o aquecimento global representa um risco real e atual ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e a estabilidade climática revela-se pressuposto essencial para a fruição de direitos fundamentais assegurados em nossa carta magna, como o direito à vida, saúde, alimentação, moradia e outros. Logo, pode-se concluir que a implementação de políticas públicas de redução de emissão de gases de efeito estufa e adaptação ao aquecimento global configuram um dever do Estado, passível de implementação pela via judiciária quando omissos os Poderes Executivo e Legislativo, sem que isso constituísse violação ao princípio da separação dos poderes. E é justamente essa questão que passaremos a abordar.

---

<sup>31</sup> Art. 11. Os princípios, objetivos, diretrizes e instrumentos das políticas públicas e programas governamentais deverão compatibilizar-se com os princípios, objetivos, diretrizes e instrumentos desta Política Nacional sobre Mudança do Clima.

## 5.2. Precedentes judiciais

A Suprema Corte brasileira já se deparou com inúmeras ações constitucionais questionando omissões dos Poderes Executivos e Legislativo em adotarem medidas necessárias à garantia de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, tendo consolidado o entendimento de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos poderes, determinar a implementação de políticas públicas em defesa de direitos fundamentais.<sup>32</sup>

Nossa Suprema Corte também já reconheceu expressamente a aplicação do princípio da vedação da proteção insuficiente, por meio do qual se impõe limites à discricionariedade do Poder Executivo, admitindo-se que, diante da omissão daquele Poder, o Judiciário determine a implementação de medidas impositivas.

Do acervo de decisões proferidas pela Suprema Corte, colhemos precedentes específicos na área de meio ambiente em que, diante da omissão de cuidados na preservação ambiental, impôs-se ao poder executivo a adoção de medidas de controle e fiscalização, bem como estruturação de órgãos públicos cuja missão esteja inseparavelmente associada à proteção de direitos fundamentais. O princípio foi aplicado, a título ilustrativo, no julgamento do ARE nº 947270 AgR / AC - ACRE.<sup>33</sup>

Na hipótese, o STF constatou a invasão constante da terra indígena do rio Amonea por brasileiros e peruanos, com a finalidade de promover extração criminosa de madeira da floresta, e, com o escopo de garantir a preservação da área, impôs à União o dever de instalar postos de fiscalização da Funai, Ibama e Polícia federal.

Além desta decisão, merece especial destaque, na seara das mudanças climáticas, o julgamento da ADPF 708,<sup>34</sup> relacionada ao funcionamento do Fundo Clima, um dos instrumentos da Política Nacional sobre Mudança do Clima, vinculado ao Ministério do Meio Ambiente, com a finalidade de garantir recursos para apoio a projetos ou estudos e financiamento de empreendimentos que tenham como objetivo a mitigação das mudanças climáticas.<sup>35</sup>

No caso em apreço, os autores da ação sustentaram que a União manteve o Fundo Nacional sobre Mudança do Clima (Fundo Clima) inoperante durante os anos de 2019 e 2020, deixando de destinar recursos para o enfrentamento das mudanças climáticas. Dos pedidos deduzidos em juízo, destacamos os seguintes: a) decretação do dever da União de alocação de tais recursos; b) a vedação ao contingenciamento de tais valores, com base no direito constitucional ao meio ambiente saudável.

Os pedidos foram julgados procedentes pelo STF, prevalecendo o argumento de que a defesa do clima está indissociavelmente ligada à garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, consubstanciando verdadeiro dever constitucional,

<sup>32</sup> Recurso Extraordinário nº 1060961 AGR Distrito Federal.

<sup>33</sup> AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Relator(a): Min. LUIZ FUX. Julgamento: 12/03/2019. Publicação: 27/03/2019.

<sup>34</sup> ADPF 708 / DF - DISTRITO FEDERAL. Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO. Julgamento: 04/07/2022. Publicação: 28/09/2022.

<sup>35</sup> <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/financiamento/produto/fundo-clima>.

supralegal e legal da União e dos representantes eleitos; e que tal dever teria natureza jurídica vinculante, não se tratando de livre escolha política. Destacamos do julgado o seguinte trecho:

O Poder Executivo tem o dever constitucional de fazer funcionar e alocar anualmente os recursos do Fundo Clima, para fins de mitigação das mudanças climáticas, estando vedado seu contingenciamento, em razão do dever constitucional de tutela ao meio ambiente (CF, art. 225), de direitos e compromissos internacionais assumidos pelo Brasi (CF, art. 5º, § 2º), bem como do princípio constitucional da separação dos poderes (CF, art. 2º c/c art. 9º, § 2º, LRF).

Em suma, os precedentes jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal reconhecem a natureza vinculante do dever estatal em combater as mudanças climáticas e adotar medidas de mitigação e adaptação. À luz de tal entendimento, compete ao MP brasileiro atuar com firmeza na exigência de ações de combate ao aquecimento global, e na próxima seção apresentaremos algumas ferramentas tecnológicas que viabilizam a identificação de vulnerabilidades climáticas no território nacional, com aptidão para nortear a atuação ministerial na seara da adaptação.

### **5.3. Ferramentas tecnológicas de identificação de vulnerabilidades ao aquecimento global**

Para além do arcabouço normativo e jurisprudencial sustentando uma firme atuação do Ministério Público no combate ao aquecimento global, cabe aqui destacar os instrumentos de planejamento à disposição de uma atuação mais racional e baseada em evidências científicas do *Parquet* na seara das medidas de adaptação. Estamos falando das plataformas ClimaAdapt e AdaptaBrasil.

A plataforma ClimaAdapt<sup>36</sup> foi desenvolvida pelo Ministério da Integração e do Desenvolvimento Regional (MIDR), em parceria com a Microsoft do Brasil, e se destina a identificar vulnerabilidades do território aos impactos do aquecimento global, realçando as áreas merecedoras de maior atenção do poder público. Para tanto, monitora inúmeros indicadores, como pluviometria, solo, declividade do terreno, profundidade da água em relação ao solo, geomorfologia, elevação do nível do mar, vulnerabilidade de rodovias e indicadores sociais, tais quais IDH, PIB *per capita* e dependência da agricultura. A plataforma permite a identificação das vulnerabilidades por unidade da federação, seja um Estado ou um Município. Conforme consta do texto de apresentação da ferramenta:

<sup>36</sup> <https://climaadapt.com.br/>.

A plataforma ClimaAdapt tem como principal objetivo servir como referência de modelo de avaliação das vulnerabilidades às mudanças do clima em nível nacional. A ferramenta serve para informar toda população sobre as vulnerabilidades às mudanças do clima. Ela oferece a possibilidade do planejamento e desenvolvimento de ações pautadas em informações concretas e evidências científicas, considerando o contexto atual de mudança do clima e focando na identificação de áreas de maior vulnerabilidade, que precisam de maior atenção por parte do poder público para manutenção de vidas e desenvolvimento regional. Deve contribuir para uma melhor gestão do território, evitando perdas e danos e reduzindo riscos inclusive climáticos, favorecendo melhor uso dos recursos públicos, maior efetividade das políticas e programas, ampliando as oportunidades de ação. Ela também pode auxiliar tomadores de decisão da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios brasileiros a construir melhores argumentos para a qualificação de propostas de acesso a investimentos e fundos internacionais para a adaptação às mudanças do clima e redução de vulnerabilidades, como por exemplo o Fundo de Adaptação (em inglês *Adaptation Fund*) da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima (em inglês, UNFCC), ou o *Green Climate Fund* (GCF), entre outros.

Por sua vez, a plataforma AdaptaBrasil<sup>37</sup> foi desenvolvida pelo Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação, tendo por escopo analisar a vulnerabilidade climática dos municípios nos setores de recursos hídricos, segurança alimentar, segurança energética, saúde e infraestrutura portuária. Segundo consta do site do MCTI:

O Sistema de Informações e Análises sobre Impactos das Mudanças Climáticas (AdaptaBrasil MCTI) foi instituído pelo Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações, por meio da Portaria nº 3.896, de 16 de outubro de 2020, tem como objetivo consolidar, integrar e disseminar informações que possibilitem o avanço das análises dos impactos da mudança do clima, observados e projetados no território nacional, dando subsídios às autoridades competentes pelas ações de adaptação. A plataforma colabora para a disseminação do conhecimento por meio da análise de informações cada vez mais integradas e atualizadas sobre o clima e os riscos de impactos no Brasil, além de garantir a acessibilidade dos principais resultados aos tomadores de decisão em todos os níveis, bem como a pesquisadores, sociedade civil e o setor privado.

<sup>37</sup> <https://adaptabrasil.mcti.gov.br/sobre>.



As informações de tais plataformas se complementam e, embora dirigidas aos gestores do território, podem servir de norte a atuação ministerial no campo da adaptação. Por meio de consulta às plataformas, o membro do MP pode identificar as vulnerabilidades de seus municípios e exigir medidas concretas dos poderes competentes, seja por meio de ações judiciais ou, preferencialmente, pelos instrumentos de solução extrajudicial à disposição do *Parquet*, como recomendações e termos de ajustamento de conduta.

## 6. Estratégias de atuação em fomento à implementação de medidas de adaptação

Compreendido que o Ministério Público brasileiro possui uma vasta gama de profissionais com atuação especializada na seara ambiental, e tendo em conta todo o arcabouço legislativo, jurisprudencial e tecnológico a sua disposição, passamos a analisar as possibilidades de atuação concreta da Instituição no fomento à implementação de medidas de adaptação por parte dos entes competentes.

Uma primeira possibilidade de atuação se insere na seara das ações estruturantes, cujos contornos vêm sendo muito bem desenvolvidos pelos acadêmicos do direito processual coletivo. Nesse aspecto, pode-se pensar em estratégias de atuação ministeriais, judiciais ou extrajudiciais, objetivando a incorporação de medidas de adaptação em instrumentos legais já existentes. Por exemplo, pode-se pensar em atuações destinadas a fazer com que os planos diretores incorporem o viés das mudanças climáticas ou até mesmo que a questão climática seja incorporada em planos específicos, como os planos de recursos hídricos e de gerenciamento costeiro.

Também podemos pensar na atuação ministerial destinada a exigir a elaboração de planos exclusivamente desenhados para lidar com o aquecimento global, como o Plano Municipal de Ação Climática de Santos<sup>38</sup> ou planos de adaptação, como o existente na cidade de Ribeirão Preto.<sup>39</sup>

Outra ação estruturante pode se dirigir a colegiados com campo de atuação específica, como os colegiados de gerenciamento costeiro<sup>40</sup> e os grupos gestores estaduais previstos no plano ABC,<sup>41</sup> ambientes propícios ao diálogo e incorporação das questões climáticas a setores que serão impactados pelo aquecimento global. A atuação ministerial pode se dirigir à implementação de tais colegiados, quando ainda não criados, ou, quando já existentes, fomentar o debate sobre medidas de adaptação locais, condizentes com as peculiaridades regionais e vulnerabilidades do território.

<sup>38</sup> [https://www.santos.sp.gov.br/static/files\\_www/files/portal\\_files/hotsites/pacs/plano\\_de\\_acao\\_climatica\\_de\\_santos\\_pacs\\_sumario\\_executivo.pdf](https://www.santos.sp.gov.br/static/files_www/files/portal_files/hotsites/pacs/plano_de_acao_climatica_de_santos_pacs_sumario_executivo.pdf).

<sup>39</sup> Plano de Adaptação e Resiliência à Mudança do Clima de São José do Rio Preto - SP. Disponível em: <https://www.riopreto.sp.gov.br/plano-municipal-de-adaptacao-e-resiliencia-a-mudanca-do-clima/>.

<sup>40</sup> Decreto nº 5.300/2004, art. 2º, I e II, c.c. arts. 13, VIII e 14, VI.

<sup>41</sup> Plano Setorial de Mitigação e de Adaptação às Mudanças Climáticas para a Consolidação de uma Economia de Baixa Emissão de Carbono na Agricultura. <https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/sustentabilidade/plano-abc>.

Nessa linha de ideias, convém abordar a experiência de elaboração do Plano de Ação Climática pela Cidade de Recife,<sup>42</sup> que demonstra o valor dos órgãos colegiados de formação paritária para o avanço na temática das mudanças climáticas. A elaboração do plano em testilha foi precedida pela criação de uma estrutura de governança institucional transversal, com participação de diversas secretarias municipais, academia e sociedade civil, gerando o fortalecimento das capacidades técnica, institucional e políticas do colegiado.

A partir da criação de tais colegiados, sucedeu-se um significativo avanço normativo, com ampla participação da sociedade civil, culminando na elaboração de normas específicas sobre mudanças climáticas, como a Política de Sustentabilidade e de Enfrentamento das Mudanças Climáticas do Recife (Lei nº 18.011/2014), bem como resultando em ações concretas no campo da resiliência urbana, destacando-se medidas de conservação de áreas verdes, arborização, drenagem, revisão do plano diretor, análise de riscos e vulnerabilidades climáticas e estratégia de adaptação do Município do Recife.<sup>43</sup>

Na sequência desses avanços, foi editado o plano local de ação climática 2020 da cidade do Recife. O plano foi fruto do projeto Urban LEDS II, parceria entre o ICLEI<sup>44</sup> e ONU-Habitat, contando com financiamento da União Europeia. O plano realizou um diagnóstico da cidade e da população, avaliou riscos e vulnerabilidades, identificou o perfil de emissões e cenários locais, gerando ao final um plano de ação. O plano, por sua vez, elegeu como prioritários os setores de energia, saneamento, mobilidade urbana e resiliência, fixou metas para cada um desses setores, traçando objetivos, ações e detalhamento de cada uma das intervenções eleitas como necessárias.

O exemplo de Recife demonstra a importância de ações estruturantes, e quando não implementadas voluntariamente, se faz imprescindível a firme atuação ministerial. Esse tipo de estratégia tem por característica o fato de o MP e Judiciário não oferecerem as soluções finais, mas sim contribuírem para o surgimento de um ambiente legal e de governança imprescindível para viabilizar o diálogo entre governo, academia e sociedade civil, tornando realidade as ações climáticas, tanto de mitigação quanto adaptação.

Além da atuação voltada a ações estruturantes, também se pode pensar a atuação ministerial com foco em empreendimentos específicos, de significativo impacto, que tenham sido planejados sem consideração das mudanças climáticas. É possível que o Ministério Público atue no licenciamento de loteamentos, operações urbanas consorciadas ou empreendimentos de significativo impacto ambiental de maneira a exigir que no curso do processo de licenciamento sejam avaliadas as

<sup>42</sup> ICLEI; Urban-LEDS II: Acelerando a Ação Climática por meio da Promoção de Estratégias de Desenvolvimento de Baixo Carbono, 2020; Plano Local de Ação Climática do Recife. São Paulo, Brasil. Disponível em: <https://americadosul.iclei.org/wp-content/uploads/sites/78/2020/12/20-recife-acaoclimat-1.pdf>.

<sup>43</sup> *Idem* anterior.

<sup>44</sup> ICLEI - Governos Locais pela Sustentabilidade é uma rede global de mais de 2.500 governos locais e regionais comprometida com o desenvolvimento urbano sustentável. <https://americadosul.iclei.org/>.

medidas de adaptação necessárias a garantir a sustentabilidade de tais atividades e empreendimentos à luz dos impactos atuais e futuros do aquecimento global.

Pode-se pensar, no bojo do processo de licenciamento ambiental de um empreendimento localizado na zona costeira, que seja avaliado um possível aumento do mar e que as construções obedeçam a tais estimativas, bem como sejam implementadas medidas de adaptação com soluções baseadas na natureza para mitigar tais impactos, como a criação de uma área maior de vegetação de restinga para conter possíveis ressacas, cuja intensidade tende a se agravar no futuro. Recomenda-se que nesses casos a atuação ministerial se concretize o mais cedo possível, de preferência na fase de fixação de diretrizes para a elaboração dos termos de referência de tais empreendimentos.

Exemplo de atuação nesse sentido ocorreu na Austrália, país com significativo histórico de ações judiciais voltadas a medidas de adaptação. Em *Gippsland Coastal Board v. South Gippsland Shire Council*,<sup>45</sup> o Tribunal Cível e Administrativo do estado de Vitória decidiu que o agente licenciador deveria considerar os impactos futuros do aumento do nível do mar ao analisar o licenciamento de um empreendimento residencial que se desenvolvia em área costeira com tendência a sofrer alagamentos.

De acordo com a corte, inundações deveriam ser consideradas como riscos possíveis e previsíveis, à luz do fenômeno do aquecimento global. Conseqüentemente, 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. A licença foi cancelada pelo Tribunal.

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 levarem em consideração os riscos associados ao aquecimento global ao conceder licenças para novos empreendimentos.<sup>46</sup>

Frise-se que as Cortes Australianas vêm sendo demandadas frequentemente sobre questões relacionadas a medidas de adaptação, colhendo-se dessa experiência as seguintes constatações: a) o Poder Judiciário, em regra, não determinou as medidas de adaptação a serem adotadas, mas determinou aos demais poderes que assim o fizessem, conservando certa margem de atuação ao Poder Executivo e Legislativo e reconhecendo a falta de capacidade institucional para fixar, por si próprio, as medidas concretas; b) Decisões do Poder Judiciário levaram o Poder Legislativo a editar normas estabelecendo a necessidade de observância de salvaguardas climáticas, como no exemplo acima, em que o Estado de Vitória emendou sua legislação urbanística para fazer constar uma seção denominada “Gerenciando riscos e impactos costeiros

<sup>45</sup> *Gippsland Coastal Board v. South Gippsland Shire Council*. [2008] VCAT 1545 (29 July 2008).

<sup>46</sup> PRESTON, Brian J. The Contribution of the Courts in Tackling Climate Change. (2016) 28(1). *Journal of Environmental Law*, 11, 12. p. 253.

decorrentes das mudanças climáticas”; c) os estudos de impacto ambiental acabaram por incorporar a avaliação de riscos climáticos em processos de licenciamentos ambientais; d) percebeu-se maior efetividade da litigância em adaptação no plano local, dada a variabilidade das vulnerabilidades que cada espaço territorial está sujeito; e) decisões mais progressistas, em regra, foram proferidas por cortes especializadas na matéria ambiental.<sup>47</sup>

## 7. Conclusão

À luz das questões de fato e de direito acima articuladas, defendemos que urge a implementação de medidas de adaptação num contexto planetário em que os impactos do aquecimento global já se fazem sentir e tendem a agravar-se, colocando em risco uma série de direitos fundamentais garantidos em nossa constituição e tratados internacionais.

A proteção de direitos fundamentais é um dever do estado brasileiro, que no campo do combate ao aquecimento global não pode se omitir, sob pena de autorizar a intervenção do Poder Judiciário, de forma a garantir os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos e sob ameaça real pelos impactos das mudanças do clima.

No contexto brasileiro, regras e princípios adotados em nossa Constituição, tratados internacionais e legislação infraconstitucional viabilizaram o surgimento de uma jurisprudência, consolidada em nossa Suprema Corte, no sentido de que a proteção ao meio ambiente e ao sistema climático estável são deveres estatais, cabendo o acionamento do Poder Judiciário no caso de omissões inconstitucionais dos demais poderes, sem que isso configure violação ao princípio constitucional da separação dos poderes.

O panorama legal e jurisprudencial brasileiro, aliado a tecnologias de identificação de vulnerabilidades em território nacional, habilitam o Ministério Público nacional a adotar postura proativa no combate às omissões dos demais poderes em implementarem medidas de adaptação ao aquecimento global, podendo-se adotar estratégias estruturantes ou focadas em atividades e empreendimentos específicos.

Dada a complexidade do tema, necessidade de assessoramento técnico especializado e estabelecimento de parcerias com a academia e sociedade civil, entendemos necessárias as seguintes medidas destinadas a alavancar a atuação ministerial na seara do combate ao aquecimento global: a) contínua capacitação dos profissionais em mudanças climáticas, incluindo Promotores, assessores e assistentes técnicos; b) estabelecimento de parcerias entre Ministério Público, institutos de pesquisa, universidades e organizações da sociedade civil; c) elaboração de um plano de atuação institucional em defesa do clima, no âmbito dos centros de apoio, com especial atenção às peculiaridades regionais; d) incentivo à atuação regionalizada,

<sup>47</sup> PEEL, Jacqueline; OSOFSKY, Hari M. *Climate Change Litigation: Regulatory Pathways to Cleaner Energy*. Cambridge University Press. 2015.

eis que as vulnerabilidades decorrentes do aquecimento global não reconhecem fronteiras políticas; e) foco na exigência de planos de ação e estruturação de colegiados, de maneira a criar um ambiente de governança propício a tomada de decisões participativas e baseadas em evidências.



Detalhe da imagem da capa

# Observatório Jurídico

onsino

mccc





# Os reais interesses sobre a Amazônia<sup>1</sup>

Ives Gandra\*

Em 1991, Roberto Campos e eu participamos de um seminário da Fundação Konrad Adenauer, em Bonn, na Alemanha, em que debatemos com dois professores da instituição, entre outros temas econômicos, aqueles por eles apresentados, da internacionalização da Amazônia. Defendiam que a Amazônia, por ser um patrimônio universal, deveria ficar sob a supervisão das nações, e não do Brasil. À evidência, Roberto, mais diplomático, e eu, mais contundente, rebatemos as propostas dos mestres germânicos. Cheguei a ironizar, dizendo: os senhores, que destruíram as próprias florestas durante séculos, querem agora, em vez de reflorestarem a Europa, para manter seu conforto, que o garantamos, pelo Brasil, sacrificando parcela considerável de nosso território e o entregando aos dirigentes dos países desenvolvidos? Deveremos sim, preservar a Floresta Amazônica, mas, como nação soberana, vendendo, em eventual mercado de preservação – hoje, de carbono –, o custo da manutenção em valores condizentes a serem suportados pelos países desenvolvidos, isto porque a floresta a ser preservada corresponde ao tamanho de parcela considerável da Europa.

Por outro lado, nas diversas sustentações orais que fiz na Suprema Corte pelo governo do Amazonas, em ações diretas de inconstitucionalidade contra leis que pretendiam reduzir incentivos fiscais da Zona Franca de Manaus, mostrei como o Decreto-Lei 288/67 permitiu povoar a região, tomando-a um polo de desenvolvimento. Afastou-se, assim, temporariamente, os olhos gordos de outras nações para as regiões amazônicas.

Manaus, que era uma pequena cidade nos idos de 60, hoje congrega população de 2 milhões e 700 mil habitantes, o que a torna não apenas uma fornecedora de artigos folclóricos regionais, mas uma avançada cidade industrial.

Lembro-me, numa das sustentações orais que fiz em processo relatado pelo Ministro Marco Aurélio de Mello, ainda no governo Fernando Henrique, que foi exibida declaração do então chefe das Forças Armadas americanas, dizendo que os Estados Unidos deveriam estar preparados para intervir na Amazônia, quando se fizesse necessário.

Não quero tratar neste artigo da questão indígena, sobre a qual escrevi nas páginas deste jornal no século passado, porque o que me preocupa no momento, e já alertava à época, é que, a título de defesa do meio ambiente, outros interesses levem a esta campanha, principalmente em relação ao agronegócio, já que a França, que começa a perder a batalha de seus mercados cativos na União Europeia e nos

<sup>1</sup> Artigo publicado originalmente no periódico *O Estado de S. Paulo* em 30 de janeiro de 2022.

\* Professor Emérito da Universidade Mackenzie e das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército (ECEME) e Superior de Guerra (ESG). Presidente do Conselho Superior de Direito da Fecomercio-SP.

países de sua colonização, em face da evolução da agropecuária brasileira, lidera um movimento contra o Brasil, pretendendo que não se compre produtos naturais do País, sob as alegações de que não é capaz de preservar sua floresta e que está – o que não é verdade – desflorestando para o agronegócio.

Os incêndios, embora aconteçam em todos os países no período da seca, como nos Estados Unidos, Austrália, Portugal e na própria França e sejam mais fáceis de combater, só são lembrados quando ocorrem no Brasil, onde a vigilância, por melhor que seja, é sempre muitíssimo mais difícil de se fazer e os custos para combatê-los são exorbitantes. Esta é a razão pela qual deveria exigir-se, na preservação, pagamento elevado das nações desenvolvidas para cobrir tais custos, mas com pleno exercício da soberania pelo Brasil. Neste sentido, com Samuel Hannan, ex-vice-governador do Amazonas, escrevi artigo para jornal desta capital, mostrando a necessidade de explorarmos mais tais mercados (*Floresta em pé, solução para o Brasil em um novo perfil jurídico*, publicado no site do Conjur e no Portal do Holanda, em novembro de 2021).

Em outras palavras, parece-me que o interesse maior de outros países é bloquear o crescimento do agronegócio brasileiro. De rigor, a perda de competitividade destas nações está levando a uma campanha de apelo emocional de caráter ambiental para eliminar o concorrente que se tornou das maiores potências, na área. É de lembrar que o saldo da balança comercial do Brasil, graças ao agronegócio, foi o maior da história, em 2021, ou seja, de US\$ 69 bilhões.

Em fins de 1999, participei de seminário na Universidade de Coimbra, em que criticava o denominado “direito de ingerência” que as nações desenvolvidas se auto-outorgam, sob o rótulo de preservação da ordem mundial. É que sempre que seus interesses são afetados, a história tem demonstrado que se utilizam deste argumento supremo para imposição de sua supremacia. Os professores portugueses, que comigo debatiam, todos sem exceção, concordaram com a crítica.

Ora, o tema Amazônia deve passar a ser de segurança nacional, pois a internacionalização de seu debate torna os meus receios expostos, em sustentações perante o Supremo Tribunal Federal, uma realidade, como demonstrou o jornal *O Estado de S. Paulo*, na edição de 4/1/2022, em reportagem precisa e preocupante sobre como as grandes potências principiam a encarar a questão amazônica.





EDIFICATIO BRAS

CAROLUS Maximiliano

Do  
Do  
Bras

Detalhe da imagem da capa

# Observatório Filosófico

Digu  
lul  
sileiro

Ruy Barbosa

André Bello



# Refletindo sobre a conscientização em um mundo apocalíptico

Adolfo Borges Filho\*

## Sumário

1. Introdução. A consciência e sua evolução. 2. Breve estudo sobre a *consciência* sob a ótica da neurociência. A classificação do professor António Damásio: *consciência central*, *consciência ampliada* e *além da consciência ampliada*. 3. *A consciência moral*. Atravessando a ponte da ciência para a filosofia. 4. Fundamentando nossa *catarse* com três categorias inafastáveis de *conscientização* no mundo de hoje: a social, a política e a jurídica. 5. Conclusão. Existe luz no final do túnel? Referências bibliográficas.

## Resumo

O propósito principal deste artigo é apresentar, em resumo, os três tipos de consciência elencados pelo neurocientista António Damásio para chegarmos, finalmente, ao significado de *conscientização*, tão rara no mundo de hoje.

## Abstract

*The main purpose of this article is to present, in brief, the three types of conscience listed by the neuroscientist António Damásio in order to finally reach the meaning of consciousness, so rare in the today's world.*

**Palavras-chave:** Consciência. Conscientização. António Damásio. Ética.

**Keywords:** *Conscience. Consciousness. António Damásio. Ethics.*

## 1. Introdução. A consciência e sua evolução

Ouso iniciar este artigo com a seguinte assertiva: o “bombardeio” de notícias ruins, das mais variadas espécies, a que somos submetidos, diariamente, pela mídia social nunca foi tão alarmante. Basta ligar o celular e, de repente, somos invadidos por narrativas de tragédias que, em épocas passadas, só tomaríamos conhecimento pelos noticiários de rádios e de emissoras de televisão e, até mesmo, pela leitura de jornal

---

\* Pós-graduado em Filosofia pela Universidade Católica de Brasília (UCB). Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro inativo. Vice-Diretor da Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito da PUC-Rio.

impresso no dia seguinte aos acontecimentos. E a reação mental que me acomete é a de um ruído interno e altamente perturbador que reconheço, de pronto, como *voz da consciência*. E o pior é que muitas dessas notícias são falsas na sua integralidade ou, no mínimo, duvidosas, levando-nos a buscar novas informações que possam esclarecer, de uma maneira séria, o que acabamos de ler ou de ouvir.

A palavra *consciência*, por si só, não traduz esse *sentimento* de repugnância que nos perpassa o espírito e nos causa todo esse desconforto de alma. *Consciência* significa algo muito mais amplo que não se restringe ao ser humano, mas que toma forma em todas as espécies de criaturas que habitam o nosso planeta. Neste breve artigo, trataremos da *consciência* como fenômeno científico até chegarmos ao seu conceito filosófico como verdadeira “alma do homem”, no ensinamento de Sócrates. Na verdade, partiremos de uma expressão genérica, de cunho científico, para chegarmos a um conceito mais amplo e abrangente, acrescentando, ao final, um único adjetivo: *consciência moral*.

Já podemos perceber, de pronto, que a *consciência* evoluiu nos seres humanos, outorgando-lhes, assim, um poder fabuloso de crítica e, portanto, de responsabilidade na sua existência terrena. Ela não ficou reduzida a um papel insignificante de sobrevivência instintual, passando a reger uma orquestra de sentimentos positivos e negativos no interior de nossos cérebros. Daí o impacto que indivíduos verdadeiramente conscientes, no sentido mais evoluído do termo, sofrem com as mazelas sociais que se descortinam diariamente à sua frente, causando-lhes, muitas vezes, desespero e, pior ainda, desesperança na humanidade.

Nossa abordagem inicial do tema recairá sobre a *consciência*, sob a ótica de um neurocientista. Para tanto, apresentaremos, de maneira resumida, os níveis de consciência elencados pelo professor António Damásio, na sua preciosa obra “O Mistério da Consciência”. O eminente mestre aponta para três tipos de consciência: a *central*, a *ampliada* e a *além da ampliada*. E é justamente nesse último nível – *consciência além da ampliada* –, que desvelaremos a *consciência moral*, de onde poderá ou não brotar a semente da *conscientização*.

O filósofo e educador holandês Robert Happé, que ministrou seminários em vários países, entre eles o Brasil, escreveu um livro luminoso, cujo título é autoexplicativo: “Consciência é a resposta”. No excerto abaixo transcrito, observa-se que Happé coloca a consciência num patamar que transcende o corpo físico, ao batizá-la como *consciência da alma*.

A função principal da mente é refletir todas as informações que se fazem disponíveis para a consciência. Assim, quando ela opera como servidora da consciência da alma, torna-se uma valiosa ferramenta que nos abastece com informações que compreendem tempo e espaço, bem como a relação entre as várias experiências.



A mente não é, portanto, a consciência, mas sim o banco e o processador de dados das experiências desta vida presente, como um computador armazenando e organizando palavras e conceitos nele colocados. Poderíamos dizer que a mente é o *software*, o disquete, e o cérebro é o *hardware*, o computador propriamente dito; a consciência, por sua vez, é que direciona o computador, enviando e recebendo as mensagens. (Happé, 2016:36)

## **2. Breve estudo sobre a *consciência* sob a ótica da neurociência. A classificação do professor António Damásio: *consciência central, consciência ampliada e além da consciência ampliada***

Na área científica, percebemos que a *consciência* se apresenta em praticamente todas as espécies vivas, desde as mais rudimentares, como uma simples formiga, até as mais sofisticadas, como é o caso dos seres humanos. Ela é, com efeito, a relação mantida entre um ser vivo e um determinado objeto. Para não sermos repetitivos, trazemos à baila a precisa conceituação formulada pelo neurocientista António Damásio:

Como é que começamos a ser conscientes? Especificamente, como é que chegamos a ter um sentido do *self* no ato de conhecer? No início, lançamos mão de um primeiro truque. Esse truque consiste em construir um relato do que acontece no organismo quando ele interage com um objeto, quer esse objeto seja realmente percebido, quer ele seja evocado, esteja ele dentro das fronteiras do corpo (por exemplo, a dor) ou fora dessas fronteiras (por exemplo, uma paisagem). Esse relato é uma narrativa simples e sem palavras. Ele possui personagens (o organismo, o objeto). Desenvolve-se no tempo. E tem começo, meio e fim. O começo corresponde ao estado inicial do organismo. O meio é a chegada do objeto. O fim compõe-se de reações que resultam em um estado modificado do organismo. (Damásio, 2022:140)

Muito se fala em níveis de consciência no campo do misticismo. O trabalho de cada um de nós seria o de alcançar, através da leitura de livros sagrados, da entoação de cânticos, da prática de meditação e de outras atividades ditas espirituais, um nível de consciência mais elevado durante a existência terrena. Com isso, a passagem para um outro mundo, no momento da morte, seria algo semelhante ao término de um ritual, como se fizéssemos a travessia poética de um campo de luz.

Entretanto, voltando ao terreno da cientificidade, o segundo nível de consciência é a denominada “consciência ampliada”. Nesse degrau mais alto, o ser humano amplia a sua visão de mundo e, através da memória (que auxilia a consciência), consegue trazer até o momento presente fatos e sentimentos de todas as espécies, vivenciados

desde a mais tenra infância. E faz o mesmo com relação ao futuro, projetando feitos e imaginando realidades que podem se situar tão somente no imaginário. Como asseverado pelo professor Damásio:

A consciência ampliada é tudo o que a consciência central é, só que maior e melhor, e só faz crescer com a evolução e com as experiências que cada indivíduo tem ao longo da vida. Se a consciência central permite que você saiba, por um momento fugaz, que é você quem está vendo um pássaro voando ou quem está sentindo uma dor, a consciência ampliada situa essas mesmas experiências em um contexto mais amplo e em um intervalo de tempo mais longo. A consciência ampliada ainda gira em torno do mesmo “você” central, mas esse “você” agora está conectado ao passado vivido e ao futuro antevisto, partes de seu registro autobiográfico. (Damásio, 2022:161)

E, no *além da consciência ampliada*, nos deparamos com um “algo maior” que a própria ciência denomina *consciência moral*. De acordo com Damásio:

O encadeamento de precedências é muito curioso: a sinalização neural inconsciente de um organismo individual gera o *proto-self* que possibilita o *self central* e a *consciência central*, que por sua vez possibilitam o *self autobiográfico*, o qual possibilita a *consciência ampliada*. No final dessa cadeia, a consciência ampliada possibilita a *consciência moral*. (Damásio, 2022:188)

### **3. A *consciência moral*. Atravessando a ponte da ciência para a filosofia**

Fica claro que a ausência de consciência, nos dois primeiros estágios acima examinados, impede o ser humano de evoluir para esse patamar mais elevado que a Filosofia também denomina de *consciência moral*. O que se vê, em qualquer sociedade organizada, é a existência de regras de conduta que disciplinam os mais diversos setores da atividade humana, tornando-se, naturalmente, o principal foco da educação, no sentido mais amplo do termo. Não pretendemos adentrar a discussão de regras morais imperativas, elaborando um panorama geral de teorias pertencentes à Ética. Se fosse o caso, começaríamos pela própria *Ética a Nicômaco*, de Aristóteles, e conduziríamos nossa digressão até, por exemplo, os *imperativos categóricos* de Kant. O filósofo espanhol Adolfo Sánchez Vázquez apresenta uma precisa definição de “consciência moral”, no seu livro “Ética”:

A consciência moral somente pode existir sobre a base da consciência no primeiro sentido e como uma forma específica desta. Por isto, também acarreta uma compreensão de nossos atos, mas sob um ângulo específico, moral; mas, ao mesmo tempo, implica uma avaliação e um julgamento de nosso comportamento de acordo com as normas que ela conhece e reconhece como obrigatórias. (Vázquez, 2003:185)

O objetivo deste breve estudo é ir além da própria *consciência moral*, partindo-se de um posicionamento negativo, que seria a *falta de conscientização* imperante no mundo apocalíptico que habitamos. Parece-nos que o termo *conscientização* é mais forte, provocando uma ressonância maior para os que sentem na própria pele, ou olhando para o semelhante, a frieza e o descaso que assumiram lugar de destaque no nosso planeta. Ouso dizer que a *conscientização* seria a consciência no seu patamar mais elevado, revestindo-se de uma sacralidade que, sem qualquer tendência religiosa, poderia chamar-se de *consciência espiritual*.

Consoante assinalado pelo psiquiatra americano M. Scott Peck, no seu famoso livro *"The road less traveled"* (A estrada menos percorrida), *"An essential part of discipline is the development of an awareness of our responsibility and power of choice. The capacity of awareness we assign to that portion of the mind we call conscious or consciousness. We are now at the point where we can define spiritual growth as the growth of evolution of consciousness"*. (Peck, 2003:280)<sup>1</sup>

Entendo que essa *consciência espiritual* se constrói ao longo de nossa viagem terrena e dependerá muito da nossa capacidade, e de nossa vontade, no sentido de introjetar, através de um sentimento autêntico, não somente as coisas boas que a vida nos apresenta, como também, as mazelas de seres humanos com quem nos deparamos, seja em ruas por onde passamos, seja em função de atividades que exercemos e nas quais os contatos pessoais se tornam inevitáveis. Essa conscientização sincera, movida por sentimento verdadeiro, se constitui, indubitavelmente, em um "crescimento espiritual" como bem assinalado por Scott Peck.

#### **4. Fundamentando nossa *catarse* com três categorias inafastáveis de conscientização no mundo de hoje: a social, a política e a jurídica**

Quando paramos para refletir sobre o panorama social que o mundo de hoje nos oferece, a primeira imagem que me vem à mente é o que a tradição nos ensina sobre a vida de Buda. Em apertada síntese histórica, Siddharta Gautama vivia num rico palácio, cercado de luxo e de prazeres mundanos. Num determinado momento de sua existência, tomou a decisão de conhecer o que havia do lado de fora daquela

---

<sup>1</sup> "Uma parte essencial de disciplina é o desenvolvimento da consciência de nossa responsabilidade e de nosso poder de escolha. A capacidade de consciência que atribuímos àquela porção da mente que chamamos de consciência ou conscientização. Agora estamos no ponto em que podemos definir crescimento espiritual como crescimento de evolução da conscientização."

construção suntuosa. E acabou adentrando o umbral, onde a miséria humana podia ser constatada a olho nu, fazendo-lhe doer a alma. Deixando toda a riqueza de lado, buscou a simplicidade absoluta como meio de vida, até chegar à iluminação. Cristo também nos deu exemplo ainda mais marcante ao desdenhar das coisas terrenas para dedicar, três preciosos anos de sua vida, ao semelhante. E Francisco de Assis seguiu os seus passos, reiterando, em plena Idade Média, a trajetória do Mestre. Fato é que, apesar de tantos exemplos edificantes, a humanidade, nos dias de hoje, presta homenagens à “inteligência artificial” que, apesar de seus dotes meritórios, porta, também, na sua engrenagem, uma malignidade que corrompe almas, impedindo que uma grande multidão de humanos conheça o próprio *self*. A imagem de Cristo, por exemplo, virou produto de comercialização, dando lucros estupendos a falsas igrejas que se destinam, basicamente, ao enriquecimento de seus fundadores e à lavagem cerebral de fanáticos seguidores.

Nos países menos desenvolvidos, a política se aproveita da miséria reinante para colocar, nos seus postos de comando, falsos líderes; e, para “brincar de democracia”, criam-se eleições “livres”, escolhendo-se legisladores que, sem vocação ou preparo intelectual para o cargo, pensam tão somente no enriquecimento próprio e familiar. Claro que as exceções existem; mas ainda não se chegou a um momento histórico em que se possa dizer que a representação política seja realmente exercida por cidadãos *conscientes*, no sentido mais elevado do termo.

No âmbito jurídico, o acesso à Justiça se torna cada vez mais estreito porque, nos países menos desenvolvidos, empoderam-se autoridades com o luxo de gabinetes e outras mordomias concedidas, injustamente, com o desvio de dinheiro público. Aliás, a terceirização do trabalho jurídico é fenômeno natural nessa classe de privilegiados. Existe, também, uma clara divisão entre os processos dos endinheirados e aqueles que tratam de assuntos relacionados aos pobres. E pensar que ainda assistimos, à distância e a cores, cenas de guerras que dizimam ou inutilizam milhares de vidas humanas! No que resultam as recomendações e as decisões emanadas das organizações e das cortes internacionais?

Em suma: a falta de *conscientização* avança de forma assustadora, impulsionada sobremaneira pelos instrumentos de alienação, que são ainda mais velozes porque contam, na sua maior parte, com a assustadora “inteligência artificial”. E ainda se pode acrescentar o esporte e a própria religião como grandes colaboradores para a transformação de pessoas em objetos descartáveis.

## 5. Conclusão. Existe luz no final do túnel?

Em números anteriores de nossa Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, abordamos a “Ética da Alteridade”, construída pelo grande filósofo Levinas. O “outro” (ou o “próximo”) figura como personagem central de nossa atenção e cuidado no âmbito sagrado dessa Ética. Fato é que compete a cada pessoa, *consciente* dessa *responsabilidade*, atuar em prol de um mundo melhor, independentemente

de crença ou de fidelidade política. Cada um de nós carrega dentro de si, como luz oscilante e fugidia de um vaga-lume, o dever moral de buscar a *metanoia* e de realizar o rito de passagem que poderá contribuir, mesmo que em pequena escala, para que a humanidade possa enxergar a luz no final do túnel. Trazemos à colação trecho do livro “A presença ignorada de Deus” do grande psicólogo e filósofo Viktor E. Frankl:

É justamente tarefa da consciência revelar ao ser humano “aquele único necessário”, o que é sempre algo exclusivo. Trata-se daquela possibilidade única e exclusiva de uma pessoa concreta numa situação concreta, possibilidade à qual Max Scheler quis se referir com o conceito de “valores de situação”. Refere-se, portanto, a algo absolutamente individual, a um “deveria ser” individual, que não pode ser abarcado por nenhuma lei geral, por nenhuma “lei moral” formulada em termos universais (por exemplo, no sentido do imperativo kantiano), mas prescrito precisamente por uma “lei individual” (Georg Simmel). Não pode nunca ser conhecido racionalmente, mas compreendido apenas intuitivamente. E essa função intuitiva é realizada pela consciência moral. (Frankl, 2022:31)

### Referências bibliográficas

DAMÁSIO, António. *O mistério da consciência*. 2ª ed. São Paulo: Editora Schwarcz S. A. Trad. Laura Teixeira Motta, 2022.

FRANKL, Viktor E. *A presença ignorada de Deus*. 24ª ed. Petrópolis: Editora Vozes. Trad. Walter O. Schlupp e Helga Reinhold, 2022.

HAPPÉ, Robert. *Consciência é a resposta*. 13ª ed. São Paulo: Editora Pillares. Trad. Ruth Toledo, Frances Rose Feder e Ceres Alves Prates, 2016.

PECK, M. Scott. *The road less travelled*. 25th Anniversary Ed. New York: Touchstone, 2002.

VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. *Ética*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. Trad. João Dell' Anna, 2003.



# Elementos romanos na noção de espaço público em Hannah Arendt

Ana Lucia de Lyra Tavares\*

## Sumário

1. Introdução. 2. Identificação dos elementos romanos na concepção arendtiana de espaço público. 2.1. O caráter sagrado da fundação. 2.2. A tradição e a autoridade. 2.3. O espaço público agonístico. 2.4. O espaço público condicionador de comportamentos. 3. Validade desses elementos romanos no mundo moderno. 3.1. O mundo novo: o exemplo norte-americano. 3.1.1. O caráter sagrado da fundação. 3.1.2. A tradição e a autoridade. 3.2. Novas dimensões de elementos conformadores do espaço público. 3.2.1. O espaço da comunicação virtual. 3.2.2. O espaço sagrado. 3.2.3. Os espaços das civilizações. 4. À guisa de conclusão.

## Resumo

Este texto busca destacar as fontes romanas na concepção de espaço público em Hannah Arendt e a sua validade no mundo moderno.

## Abstract

*This paper aims to emphasize the Roman sources in Hannah Arendt's idea of public space and its validity in the modern world.*

**Palavras-chave:** Hannah Arendt. Espaço público. Fontes romanas.

**Keywords:** *Hannah Arendt. Public space. Roman sources.*

## 1. Introdução

A originalidade e a permanência da obra de Hannah Arendt (1906-1975) têm ensejado inúmeros estudos atuais, com riqueza de reinterpretações, à luz de descobertas de trabalhos não publicados daquela que se recusara a ser considerada como filósofa política, desde que rompera, em 1933, com as correntes filosóficas,

---

\* Doutora em Direito pela Universidade de Paris II. Foi Professora de Direito Comparado e de Direito Romano do Departamento de Direito da PUC-Rio.

preferindo, antes, ser incluída entre as teóricas políticas.<sup>1</sup> Sublinha Anne Amiel<sup>2</sup> que estão vinculadas à biografia pessoal de Arendt a ruptura com a filosofia e a própria ideia de ruptura. Para ela fora cortado o fio da tradição com a ascensão do nazismo, interrompendo toda uma trajetória intelectual à base dos ensinamentos dos *scholars* alemães, mostrando-lhe que a ruptura não era um simples pensar, mas uma realidade palpável, uma experiência histórica e pessoal.

A sua obra, portanto, é fruto de uma reflexão ancorada na realidade traumatizante que vivenciou, sem que se exima de buscar soluções para um novo mundo. O interesse que revela pelas civilizações antigas, notadamente a grega e, sobretudo, a romana, não implica uma postura nostálgica e desencantada, de que fora acusada, mas uma busca de resposta às questões contemporâneas nas matrizes que reputou dignas de melhor exame. Arendt constituiu-se numa exceção entre os que, como Heidegger, seu mestre, fixaram-se nos aspectos negativos da experiência romana.<sup>3</sup>

O nosso objetivo, no presente texto, é o de destacar os elementos que esta autora extraiu da história da antiga Roma para formar a sua concepção de “espaço público”. Vale lembrar, com Rémi Brague, que a experiência romana é, antes de tudo, uma experiência do espaço.<sup>4</sup>

Dividimos em duas partes o estudo que se segue. Na primeira, buscamos identificar os elementos principais dessa fonte romana de Hannah Arendt. Na segunda, precisamente para sublinhar a contemporaneidade de suas assertivas, propomo-nos a dar ênfase à validade desses elementos romanos na reconstrução do espaço público no mundo moderno.

## 2. Identificação dos elementos romanos na concepção arendtiana de espaço público

Preliminarmente, vale recordar a ênfase que Hannah Arendt confere à própria especificidade da configuração do espaço público romano, no qual se projetam, nitidamente, elementos do espaço privado (vejam-se os *patres* na constituição do Senado Romano). Todavia, como ela mesma ressalva, se a vida em comunidade privada decorria da necessidade, a vida na *civitas*, no espaço público, era uma exigência da liberdade. Se no privado as relações se davam em planos desiguais, no público visava-se à igualdade.<sup>5</sup>

Os três elementos que, de plano, se destacam na análise de Hannah Arendt sobre as virtudes da civilização romana retratadas na noção de espaço público são: o caráter sagrado da fundação, a autoridade e a tradição.<sup>6</sup> Optamos por focalizar separadamente estes três elementos, aditando-lhes outros dois: a natureza agonística

<sup>1</sup> AMIEL, Anne. *Hannah Arendt, Politique et événement*. PUF, 1996, p. 5.

<sup>2</sup> *Ibid.* p. 6.

<sup>3</sup> V. BRAGUE, Rémi. *L'Europe, la voie romaine*. Critérian, 1993, p. 35.

<sup>4</sup> *Ibid.* p. 37.

<sup>5</sup> V. *A Condição Humana*. Forense Universitária, 1995, p. 41-43.

<sup>6</sup> Cf. ESLIN, Jean-Claude. *L'obligée du monde*. Ed. Michalon, 1996, p. 114 e segs.



do espaço público em Roma e o reconhecimento de um espaço comportamental, que, também, integram aquela concepção.

### 2.1. O caráter sagrado da fundação

O termo *religião*, conforme sublinha Hannah Arendt, em Roma, *significava, literalmente, re-ligare: “ser ligado ao passado, obrigado com o enorme, quase sobre-humano e por conseguinte sempre lendário esforço de lançar as fundações, de erigir a pedra angular, de fundar para a eternidade.”*<sup>7</sup> E, em trecho anterior, nota: *No âmago da política romana (...) encontra-se a convicção do caráter sagrado da fundação, no sentido de que, uma vez alguma coisa tenha sido fundada, ela permanece obrigatória para todas as gerações futuras. Participar na política significava, antes de mais nada, preservar a fundação da cidade de Roma. Eis a razão por que os romanos foram incapazes de repetir a fundação de sua primeira polis na instalação de colônias, mas conseguiram ampliar a fundação original até que toda a Itália e, por fim, todo o mundo ocidental estivesse unido e administrado por Roma, como se o mundo inteiro não passasse de um quintal romano. Do início ao fim, os romanos destinavam-se à localidade específica dessa única cidade e, ao contrário dos gregos, não podiam dizer em época de emergência ou de superpopulação: “Ide e fundai uma nova cidade, pois onde quer que estejais sereis sempre uma polis”. E, acrescenta, no mesmo trecho: “não os gregos, e sim os romanos, estavam realmente enraizados ao solo, e a palavra pátria deriva, em seu pleno significado, da história romana.”*

Em seu comentário, Anne Amiel destaca a tese de Arendt relativa ao caráter sagrado da fundação para os romanos. Trata-se de um acontecimento único, irrepetível, diversamente do caráter repetível da *polis*, cuja fundação era um acontecimento comum para os gregos, sem que a preocupação de preservar e de ampliar o ato da primeira implantação de uma cidade os guiasse.<sup>8</sup> Como sublinha Arendt, não os gregos, mas os romanos estavam enraizados ao solo, presos às suas origens. No termo *pátria*, de matriz romana, está refletida a noção de santidade do lar, sob a autoridade de um *pater*. E não é por acaso que os deuses mais profundamente romanos eram Jano, o deus do princípio (daí o nome do primeiro mês do ano) e Minerva, a deusa da recordação.<sup>9</sup>

A extensão da transcrição anterior justifica-se, a nosso ver, pela ênfase que Hannah Arendt confere ao simbolismo de um espaço público sagrado, para cuja preservação e ampliação estavam convocadas as futuras gerações.

Por sua vez, o elemento sagrado de que se reveste a noção romana de espaço público está vinculado a dois outros: a autoridade e a tradição. Melhor dizendo, a autoridade da tradição.

<sup>7</sup> V. *Entre o passado e o futuro*. Ed. Perspectiva, 1992, p. 162.

<sup>8</sup> Amiel, op. cit. p. 81.

<sup>9</sup> *Entre o passado e o futuro*, op. cit., p. 162.

## 2.2. A tradição e a autoridade

Sob este ângulo, também, reportamo-nos, diretamente, ao texto de Hannah Arendt:

[a] palavra *auctoritas* é derivada do verbo *augere*, aumentar, e aquilo que a autoridade ou os de posse dela constantemente aumentam é a fundação. Aqueles que eram dotados de autoridade eram os anciãos, o Senado, ou os *patres*, os quais a obtinham por descendência e transmissão (tradição) daqueles que haviam lançado as fundações de todas as coisas futuras, os antepassados chamados pelos romanos de maiores.<sup>10</sup>

E, complementa: “A autoridade, em contraposição ao poder (potestas), tinha suas raízes no passado, mas esse passado não era menos presente na vida real da cidade do que o poder e a força dos vivos.”<sup>11</sup> Em suma, observa: “Ao contrário do nosso conceito de crescimento, em que se cresce para o futuro, para os romanos o crescimento dirigia-se no sentido do passado (...)”<sup>12</sup>

É precisamente no reconhecimento da grandeza dos antepassados que a autoridade reveste-se de uma natureza educativa, e a seguinte reflexão de Hannah Arendt visa ao mundo contemporâneo: “politicamente, a autoridade só pode adquirir caráter educacional se se admite, com os romanos, que, sob todas as circunstâncias, os antepassados representam o exemplo de grandeza para cada geração subsequente, que eles são os maiores, por definição.”<sup>13</sup>

E onde se encontra a autoridade para os romanos? Salienta Hannah Arendt que se o poder está no povo, a *auctoritas*, oriunda de *augere*, de *auspicius*, e que é o aumento do passado, reside no Senado, na forma cristalizada do adágio *cum potestas in populo auctoritas in senatu sit*.<sup>14</sup>

## 2.3. O espaço público agonístico

Em sua obra *A Condição humana*, Hannah Arendt se estende sobre esta concepção, romana, é verdade, mas sobretudo grega, de espaço público, correspondente a local de desempenho e de exibição das qualidades do cidadão, conforme pudemos salientar em trabalho anterior.<sup>15</sup> Trata-se de um espaço competitivo e heroico, em que os indivíduos buscam reconhecimento e aplausos.

<sup>10</sup> Ibid. p. 163 e 164.

<sup>11</sup> Ibid. p. 164.

<sup>12</sup> Ibid. p. 166.

<sup>13</sup> Ibid. 161.

<sup>14</sup> Anne Amiel, op. cit., p. 81 e Rémi Brague, op. cit., p. 39.

<sup>15</sup> Cf. O espaço público e as relações entre os poderes instituídos e os da sociedade civil. In *Direito, Estado e Sociedade*, nº 7, 1995, Departamento de Direito da PUC-Rio, p. 2.

Destaca Seyla Benhabib que o interesse de Arendt por esta noção agonística de espaço público – de dimensões topográficas e institucionais bem definidas, e que sobressai em sua obra sobre as *Origens do Totalitarismo*, diversa da noção de espaço associativo, exposta em *A Condição Humana*, que independe de um espaço físico, configurado tão somente pela ação humana concertada para determinado fim – não deve ser considerado como uma postura nostálgica, relativamente ao passado perdido, mas como uma tentativa de pensar a história humana através de fragmentos desse passado.<sup>16</sup> Acrescenta a mesma Professora de Política e Filosofia, da *New School for Social Research*, que essa concepção agonística de espaço público só seria possível nas condições de homogeneidade política e moral das sociedades grega e romana, com revelações inequívocas de valores individuais. Modernamente, tal concepção seria inadequada, dada a inexistência de tais condições. Ao contrário, complementa Benhabib, a predominância do anonimato, da diversidade, sob todos os ângulos e, sobretudo, a luta por um espaço público equivalente à luta pela justiça demonstram a inviabilidade de aplicar-se aquela concepção agonística ao mundo moderno.<sup>17</sup>

#### 2.4. O espaço público condicionador de comportamentos

Referindo-se à natureza pragmática dos romanos, Arendt relembra a transformação da herança grega, no campo da filosofia, e a destinação utilitária dada pelos romanos àquela herança. Desta forma, a filosofia passa a ser valorizada na medida em que é uma “arte de viver” e não uma teoria inaplicável. No seu entender, foram sobretudo Lucrécio e Cícero que *transformaram a filosofia grega em algo essencialmente romano – o que significou, entre outras coisas, algo essencialmente prático*.<sup>18</sup>

No quadro da utilização do espaço público, torna-se bastante visível este pragmatismo. Como tivemos ocasião de examinar em texto precedente, o urbanismo romano, reproduzido nas terras conquistadas, possuía nítidas finalidades políticas, visando a certos condicionamentos comportamentais, estando, portanto, muito longe de limitar-se a uma mera distribuição física de locais e prédios públicos.<sup>19</sup>

### 3. Validade desses elementos romanos no mundo moderno

#### 3.1. O mundo novo: o exemplo norte-americano

Explicitava Hannah Arendt, em simpósio sobre a sua obra, que o retorno à Antiguidade greco-romana decorreu de seu desejo de refazer o percurso dos

<sup>16</sup> BENHABIB, Seyla. Models of Public Space. In: *Habermas and the Public Sphere*, Ed. by Craig Calhoun, The MIT Press, Cambridge, 1992, p. 76.

<sup>17</sup> *Ibid.* p. 79.

<sup>18</sup> Cf. ARENDT, Hannah. *A Vida do Espírito*. Ed. Relume Dumará, 1995, p. 116.

<sup>19</sup> Apresentamos o estudo *A Urbs e a noção de espaço público* no Seminário sobre Direito Público Romano e Política, realizado, conjuntamente, pelo Departamento de Direito da PUC-Rio e Fundação Casa de Rui Barbosa, em agosto de 1996. Os trabalhos resultantes desse encontro figuram na publicação *Direito Público Romano e Política*, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2005.

revolucionários do século XVIII que buscavam não o burguês, mas o cidadão. E acrescentava: “(...) *sinto a mesma necessidade do antigo que sentiram os grandes revolucionários do século dezoito.*”<sup>20</sup>

E este desejo de encontrar as bases de um mundo novo decorria, como é sabido, de sua sofrida experiência pessoal, do seu desenraizamento, exilada da Alemanha, pela perseguição aos judeus feita pelo totalitarismo nazista e testemunha do totalitarismo stalinista. A derrocada do seu mundo e o reconhecimento da procedência da tese de Santo Agostinho de construção de um mundo novo, ele que também fora testemunha do desaparecimento do Império romano, e a quem Arendt consagrou sua tese de doutorado,<sup>21</sup> publicada pela primeira vez em 1929, faziam-na pensar na possibilidade de superação das ruínas e na construção de um novo mundo. Refugiando-se nos Estados Unidos e tendo obtido a nacionalidade americana em 1951, ela aprofundou sua reflexão sobre os fundamentos daquela realidade diversa.

Vale lembrar que nela perdura a noção romana de mundo, isto é, de um espaço visível no qual se travam relações e que se constitui num agir comum. Recorde-se que o termo *mundus* para os romanos designava um fosso, uma via de comunicação entre o mundo dos mortos, o dos vivos e o dos deuses subterrâneos.<sup>22</sup> Assim, o mundo, este espaço que permite as relações, é uma construção permanente. O advento da ruptura, pois, não impede que o mesmo seja reconstruído. Na procura dos fundamentos dessa reconstrução, Hannah Arendt remonta ao mundo romano, que fornece elementos consistentes e duradouros, com a associação entre religião, autoridade e tradição. A sua análise detém-se, então, na experiência norte-americana e na observação da existência ou não daqueles três elementos.

Poderíamos acrescentar que outros elementos da experiência romana a atraíram em sua busca de fontes de uma reconstrução do mundo, elementos suscetíveis de constituírem-se em obstáculo aos totalitarismos, destacando-se, de um lado, a ideia das formas de interação de uma pluralidade de indivíduos (e não de massa popular) num determinado espaço político e, de outro, as virtudes e o espírito público do cidadão da Roma republicana.<sup>23</sup>

### 3.1.1. O caráter sagrado da fundação

A história dos Estados Unidos revela à Arendt que é possível transpor-se a ideia de fundação para um mundo novo. O exemplo americano dos pais fundadores foi alvo de inúmeras evocações, entre elas, a seguinte:

<sup>20</sup> V. ARENDT, Hannah. *De la historia a la acción (Introducción de Manuel Cruz)*. Ediciones Paidós, Barcelona, 1995.

<sup>21</sup> ARENDT, Hannah. *Le concept d'amour chez Augustin*. Ed. Payot et Rivafes, Paris, 1996.

<sup>22</sup> ROULAND, Norbert. *Rome, démocratie impossible?* Babel, 1994, p. 22, *apud* ESLIN, Jean-Claude. Op. cit., p. 17, nota 1.

<sup>23</sup> V. CANOVAN, Margaret. *Hannah Arendt: a reinterpretation of her political science*. Cambridge University Press, 1992, notadamente o capítulo sobre o novo republicanismo, em que sublinha a noção fundamental na obra de Hannah Arendt da pluralidade dos seres humanos e da existência de um espaço público no qual eles interagem (p. 201-252).

(...) É também provável que os pais fundadores, por terem escapado ao desenvolvimento europeu da nação-estado, tenham permanecido mais próximos do espírito romano original. Mais importante talvez foi o ato de fundação, ou seja, a colonização do continente americano ter precedido à Declaração da Independência, de tal forma que a estruturação da Constituição, recaindo nas cartas e convenções existentes, confirmou e legalizou um organismo político já existente mais do que o fez de novo.<sup>24</sup>

Tal como em Roma, a fundação dos Estados Unidos é constantemente renovada e ampliada, com a extensão do seu campo de influência, em que avultam o domínio econômico, a posse das novas tecnologias e do espaço das comunicações. As modernas formas de vida não destroem as bases da fundação, mas as ampliam e fortalecem. Não foi por acaso que Raymond Aron referiu-se aos Estados Unidos como *La République Impériale*.

### 3.1.2. A tradição e a autoridade

A concepção de um mundo novo que desponta no povoamento das terras norte-americanas, como a própria nota de um dólar consigna (*Novus Ordo Seclorum*), com a aceitação geral dos recém-chegados, sem qualquer discriminação, sem pobreza e sem opressão, não impede o reconhecimento de uma continuidade histórica. Não obstante suas injustiças, que devem ser corrigidas, é impossível ignorar o Velho Mundo.<sup>25</sup>

A ideia de necessidade da ruptura advém da constatação do fracasso da Velha Ordem europeia em corrigir as injustiças sociais e econômicas. Tal ruptura, todavia, não é incompatível com a busca de fontes de inspiração na história humana e, pelo que nos interessa realçar aqui, foi precisamente na fonte romana que hauriram os pais fundadores.

Esse vínculo, destacado por Hannah Arendt, foi também objeto de exame por parte de outros estudiosos. Em relação a este tema, a autora do presente texto deseja tornar público o seu reconhecimento ao Professor José Ribas Vieira, do Departamento de Direito da PUC-Rio e membro do Grupo que realizou esta pesquisa, o qual, ao retornar dos Estados Unidos, após um Simpósio sobre a Administração da Justiça, possibilitou-lhe, generosamente, o acesso a uma obra fundamental para o seu estudo, qual seja o trabalho do Professor Mortimer Sellers que versa sobre a ideologia romana na Constituição americana.<sup>26</sup>

Como sublinha este ilustre Professor da Universidade de Baltimore, a ideia de república, tal como exposta pelos que conceberam o modelo constitucional norte-americano, provém da noção de *res publica*, do governo pelo povo, em busca do bem

<sup>24</sup> ARENDT, Hannah. *Entre o Passado e o Futuro*. Op. cit., p. 185-186.

<sup>25</sup> Cf. ARENDT, Hannah. *Entre o Passado e o Futuro*. Op. cit., p. 225-226.

<sup>26</sup> V. SELLERS, M. N. S. *American Republicanism: Roman ideology in the United States Constitution*. New York University Press, 1994.

comum, com base nas leis para assegurar a liberdade. John Adams em sua defesa das Constituições dos Estados Unidos (*Defence of the Constitutions of The United States of America*), trabalho divulgado às vésperas da Convenção Constitucional dos Estados Americanos Unidos, reportava-se a Cícero e louvava Roma como a mais sábia das Repúblicas e como o mais nobre povo.<sup>27</sup>

Relembra, ainda, o Professor Sellers que John Adams era tido como o doutrinador favorito dos fundadores do primeiro partido Republicano, na Pensilvânia, os quais propugnavam um governo com base na soberania popular e um sistema de equilíbrio de poderes similar ao que presidira à distribuição de poderes entre o Senado e os *Comitia* da Roma Republicana.

É interessante, também, a evocação do Professor Sellers dos pseudônimos da Roma republicana utilizados durante os debates sobre o projeto de Constituição dos Estados Unidos, entre eles: Publius, Brutus, Agrippa, Cassius, Cato,<sup>28</sup> bem como os temas e símbolos romanos na iconografia política dos revolucionários americanos.<sup>29</sup>

Em sua análise extremamente cuidadosa e fundamentada, o Professor Sellers percorre os debatedores que mais se destacaram ao longo da elaboração do texto constitucional norte-americano, salientando os vínculos com o pensamento republicano romano, notadamente: a busca da justiça e do bem comum pelo império da lei, um governo de equilíbrio de poderes, compreendendo os órgãos de soberania popular, um senado atuante e governantes eleitos.

Hannah Arendt também se refere à inspiração romana dos conceitos de John Adams, dando mais realce à sua invocação da associação feita pelos romanos entre liberdade e ação, e entre liberdade e fundação: *a liberdade romana era um legado transmitido pelos fundadores de Roma ao povo romano; sua liberdade ligava-se ao início que seus antepassados haviam estabelecido ao fundar a cidade, cujos negócios os descendentes tinham que gerir (...). Os historiadores romanos sempre se sentiram presos ao início da história romana, pois esse início continha o elemento autêntico da liberdade romana, tornando, assim, política a sua história; partiam, o que quer que tivessem de relatar, ab urbe condita, da fundação da cidade, garantia da liberdade romana.*<sup>30</sup>

Da mesma forma, o modelo norte-americano revitaliza-se, sem que se perca de vista o ideário dos fundadores, cujos princípios são como que faróis orientando a renovação, via Judiciário, da Constituição de 1787. A Suprema Corte detém o poder de julgamento e, precisamente, a conciliação deste com a opinião que emana do Senado é que constitui a sabedoria dos Fundadores em conferir um equilíbrio ao governo, depurando os interesses em luta na Câmara de representação popular.<sup>31</sup>

<sup>27</sup> Cf. Sellers, op. cit. p. 63.

<sup>28</sup> Ibid. p. 8.

<sup>29</sup> Ibid. p. 11.

<sup>30</sup> ARENDT, Hannah. *Entre o Passado e o Futuro*. Op. cit. p. 215.

<sup>31</sup> Em sua análise da obra de Arendt, Anne Amiel ressalta que “o espírito romano, que vincula fundação, ampliação e conservação, está preservado na função legal e de interpretação da Suprema Corte” e, trazendo à colação a própria Hannah Arendt transcreve de sua obra “On Revolution”: “a autoridade da Constituição americana reside na sua capacidade inerente de ser emendada e aumentada.” (Cf. Amiel, op. cit., p. 102)

A convivência da tradição com o novo é representada pelas relações entre o Senado e a Câmara de Representantes. Tal como em Roma, o primeiro detém a *auctoritas*, o peso da opinião imparcial de seus membros, vinculada à manutenção da tradição. A última detém a *potestas in populo*, que emana dos grupos de interesse partidário. Sublinha Arendt: “*Esta distinção romana era bem conhecida dos Pais Fundadores (...). Era este o motivo pelo qual estavam tão interessados em ter um Senado, muito mais do que qualquer pensador europeu. Sentiam a necessidade de filtrar as opiniões que emergem diretamente dos partidos através de um corpo que estivesse acima da influência direta.*”<sup>32</sup>

Note-se a constatação de Arendt de que a ideia da *auctoritas*, poder que implica acatamento, obediência, sem coerção, por respeito à tradição, à isenção, desapareceu do espaço público moderno, privando-o do elemento suscetível de conferir-lhe estabilidade.<sup>33</sup>

A seguinte observação de Hannah Arendt sintetiza as suas conclusões sobre a aproximação entre a Roma republicana e o pensamento dos revolucionários americanos: “*Pois se estou certa ao suspeitar que a crise do mundo atual é basicamente de natureza política, e que o famoso ‘declínio do Ocidente’ consiste fundamentalmente no declínio da trindade romana de religião, tradição e autoridade, com o concomitante solapamento das fundações especificamente romanas de domínio político, então as revoluções da época moderna parecem gigantescas tentativas de reparar essas fundações, de renovar o fio rompido da tradição e de restaurar, mediante a fundação de novos organismos políticos, aquilo que durante tantos séculos conferiu aos negócios humanos certa medida de dignidade e grandeza.*

*Dessas tentativas, somente uma, a Revolução Americana foi bem-sucedida: os pais fundadores, como – o que é bem peculiar – podemos ainda chamá-los, fundaram um organismo político inteiramente novo prescindido da violência e com o auxílio de uma Constituição. E tal organismo durou pelo menos até o dia de hoje, a despeito do fato de em nenhum outro local o caráter especificamente moderno do mundo atual produzir expressões tão extremas em todas as esferas não políticas da vida como nos Estados Unidos.*”<sup>34</sup>

### 3.2. Novas dimensões de elementos conformadores do espaço público

Nos desdobramentos que se seguem, procuramos focalizar aspectos que figuram nas análises de Hannah Arendt de modo mais esparso, sem que, obviamente, fosse estabelecida uma conexão com a experiência romana, mas que constituem precisamente a revelação da falta que a trilogia “caráter sagrado da fundação, autoridade e tradição” fazem ao mundo contemporâneo.

<sup>32</sup> V. ARENDT, Hannah. *De la historia a la acción*. Op. cit. p. 165.

<sup>33</sup> V. COURTINE-DENAMY, Sylvie. *Hannah Arendt*. Hachette (Pluriel), 1997, p. 261, e ADEODATO, João Maurício Leitão. *O problema da legitimidade: no rastro do pensamento de Hannah Arendt*. Forense Universitária, Rio, 1989, p. 177.

<sup>34</sup> V. ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. Op. cit. p. 185.

### 3.2.1. O espaço da comunicação virtual

A existência de um espaço público que induzisse comportamentos e que condicionasse formas de comunicação já era observada em Roma. Não se ignora que as novas técnicas de comunicação vêm criando espaços específicos de interação dos indivíduos, com evidentes efeitos no espaço público, em especial em sua manifestação como espaço político.

Os meios de debate via teleconferências, o intercâmbio e a rapidez da comunicação mundial pela Internet, as próprias consultas aos telespectadores sobre assuntos de interesse público e que têm repercutido sobre a tomada de decisão dos governantes, tudo evidencia o avanço, extremamente rápido, dos meios de comunicação, sem que haja a contrapartida na qualidade do conteúdo da comunicação em si. Ao observar esse fenômeno, Hannah Arendt assinalava que um belo dia uma humanidade altamente organizada e mecanizada poderia concluir, da forma mais democrática, isto é, pela maioria, que a humanidade como tal deveria eliminar uma parte dela mesma.<sup>35</sup>

*Comunicar, para além da bateria de suas tecnologias, é reconhecer a existência de uma obscuridade intransponível, de uma separação irremediável e é, ao mesmo tempo, visar à constituição de um espaço público.*<sup>36</sup>

### 3.2.2. O espaço sagrado

Como vimos acima, a religião para os romanos, na evocação de Hannah Arendt, significava literalmente *re-ligare*, ser ligado ao passado, donde o caráter sagrado da fundação, que visava a projetar-se na eternidade.

Por outro lado, a vivência religiosa em si era intimamente associada ao espaço doméstico. Os deuses lares e manes revelam a existência de um espaço sagrado, já examinado por Coulanges.<sup>37</sup>

Acentua Zeny Rosendahl, em estudo extremamente interessante sobre esta inter-relação entre o sagrado e o espaço, que, além dos conceitos de ponto fixo e de entorno que o espaço sagrado implica, *tais espaços são demarcados pelo poder da mente de extrapolar muito além do percebido. Os homens não apenas criam espaços sagrados, como também procuram materializar seus sentimentos, imagens e pensamentos neles.*<sup>38</sup>

Na verdade, espaço público e religião estão sempre intimamente associados. A palavra e a ação que se projetam num determinado espaço público estão ancoradas na trindade romana do sagrado, da tradição e da autoridade. A ausência de um desses elementos compromete a vivência democrática daquele espaço. Margaret Canovan

<sup>35</sup> ARENDT, Hannah. *Les origines du totalitarisme: l'impérialisme*. Paris, 1982, apud AKOUN, André. *La communication démocratique et son destin*. PUF, 1994, op. cit. p. 149 (tradução aproximada).

<sup>36</sup> V. André Akoun, op. cit. 150 (tradução aproximada).

<sup>37</sup> V. COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. V., também, o trabalho de ROSENDAHL, Zeny. *Espaço e Religião: uma abordagem geográfica*. Rio de Janeiro, UERJ, 1996.

<sup>38</sup> Zeny Rosendahl, op. cit. p. 33.



relembra que Hannah Arendt estava convencida de que o totalitarismo não teria acontecido se aquela trindade tivesse sido preservada.<sup>39</sup>

Para Arendt, a continuidade, após a queda do Império Romano, da tríade *sagrado/tradição/autoridade* se deu com a Igreja Cristã, cuja fundação repete, a seu ver, a de Roma.<sup>40</sup>

É interessante recordar a observação de Arendt sobre as consequências da separação do poder político (exercido pelo Rei) do poder religioso (exercido pelo Papa), acarretando a perda de autoridade do poder político, o que a leva a concluir que a presença simultânea dos dois poderes seria necessária para um governo estável.<sup>41</sup> Tem-se aqui o sentido de religião como vínculo com a tradição.

Vale notar que espaço público e fé também alicerçaram a fundação dos Estados Unidos, com o êxodo da Inglaterra dos Pais Fundadores, os *Pilgrims Fathers*, revelando, da mesma forma, a integração dos elementos política e religião, entrelaçados, mais do que nunca, na vida dos povos do Oriente Médio.<sup>42</sup>

Esta associação entre espaço público e religião manifesta-se hoje na dimensão de um espaço global.

### 3.2.3. Os espaços das civilizações

A ampliação gradativa do espaço público, não apenas em decorrência do aprimoramento das técnicas de comunicação, mas do próprio alargamento de suas fronteiras é constatação corrente em inúmeros estudos sobre o tema. O eminente Professor Nelson Saldanha abre o seu primoroso trabalho sobre o declínio das nações no século XX, com a seguinte citação extraída de livro do saudoso Professor Afonso Arinos: *“Salazar e De Gaulle são as duas poderosas expressões finais dos Estados nacionais, à maneira do Século XIX, ao passo que Churchill foi a primeira expressão dos Estados Unidos da Europa.”*<sup>43</sup>

Este alargamento do espaço público pode ser observado na passagem dos Estados Nacionais para um outro patamar, Estados Multinacionais, sobretudo com a reunião, em torno das superpotências, de agrupamento de várias nacionalidades, sem que a própria superpotência constitua uma nação na concepção espiritual e cultural do século passado. Como bem acentua o Professor Nelson Saldanha, ao invés dos componentes culturais que sedimentam as nações, passam para primeiro plano os elementos econômicos e técnicos que esvaziam o sentimento nacional: *“E quando o elemento cultural (...) cede vez aos componentes econômicos e*

<sup>39</sup> V. Margaret Canovan, op. cit., p. 69; V., também, sua referência, na nota 23, aos trabalhos de Arendt *What is authority?* e *Tradition and the Modern Age*.

<sup>40</sup> V. ARENDT, Hannah. *Entre o Passado e o Futuro*. Op. cit., p. 167-169 e a análise de Margaret Canovan sobre este ponto (op. cit. p. 219, 220).

<sup>41</sup> *Entre o Passado e o Futuro*. Op. cit. p. 171.

<sup>42</sup> V. Zeny Rosendahl, op. cit. p. 54.

<sup>43</sup> ARINOS, Afonso. *Planalto (Memórias)*. Rio de Janeiro, 1988, p. 149, *apud* SALDANHA, Nelson. *O Declínio das Nações e outros ensaios*. Recife, FUNDAJ, Ed. Massangana, 1990, p. 17.

*técnicos na caracterização da vida histórica (...), os traços nacionais perdem lugar para a uniformização e a padronização. O mundo se acha entregue a grandes escritórios internacionais, desligados do 'sentimento nacional.'"*<sup>44</sup>

Se, por um lado, a aproximação de culturas distintas, de espaços públicos de origem diversa, constitui fenômenos fascinantes para os que analisam o mundo contemporâneo, por outro, na medida em que se intensificam os intercâmbios de ordem vária, com o perpassar de correntes globalizantes, percebe-se uma reação natural e contrária de afirmação ou de busca de identidades, basicamente nas raízes religiosas,<sup>45</sup> que pode suscitar confrontos totais. Sob esta ótica, de menção obrigatória é a obra de Samuel Huntington, *O choque das civilizações*.<sup>46</sup>

Sob o prisma que nos interessa no presente texto, vale observar que a caracterização inequívoca de um espaço público europeu vincula-se à preservação de um legado greco-romano e judaico, em face de outras identidades mais proeminentes, notadamente a islâmica.<sup>47</sup>

Não obstante a intensificação das iniciativas globalizantes, visando a associar a integração cultural àquelas de ordem econômica e tecnológica,<sup>48</sup> o que se observa é a crescente defesa do multiculturalismo, visto que, como observa Huntington, *um império global é impossível*.<sup>49</sup>

#### 4. À guisa de conclusão

Parece-nos clara a validade, ainda nos dias de hoje, dos elementos romanos ressaltados por Hannah Arendt na caracterização do espaço público. Basta a ausência de um deles (o caráter sagrado da fundação, a tradição e a autoridade) para tornar este espaço efêmero e vulnerável.

As observações de Hannah Arendt aqui ressaltadas concorrem para o reconhecimento da necessária presença simultânea desses três elementos, suscetíveis de superarem a instabilidade e a incerteza que marcam os tempos atuais. Num cotejo entre as civilizações ocidental e oriental, percebe-se sem dificuldade que a primeira relegou a valorização do passado e da tradição a um segundo plano, sem buscar expandir as bases que a geraram, isto é, sem aumentar a fundação, ao passo que última preserva as suas origens culturais e as suas religiões, não obstante as correntes materialistas que, até recentemente, predominaram em muitas das culturas que a integram.

<sup>44</sup> Nelson Saldanha, op. cit. p. 25.

<sup>45</sup> V. KEPEL, Gilles. *La Revanche de Dieu*. Seuil, 1991 e a entrevista por ele concedida ao *Nouvel Observateur* (3 a 9 de janeiro de 1991).

<sup>46</sup> V. HUNTINGTON, Samuel. *O choque das civilizações e a recomposição da ordem mundial*. Ed. Objetiva, 1997.

<sup>47</sup> V. Rémi Brague, op. cit., p. 11.

<sup>48</sup> *L'unité culturelle*, in *Nouvel Observateur*.

<sup>49</sup> Samuel Huntington, op. cit. p. 405.





Detalhe da imagem da capa

# Observatório Literário





# Leitura e educação em prisões: desafios contemporâneos

Taiza Mara Rauen Moraes\*

## Sumário

1. Introdução: Literatura e Educação em Sistemas Prisionais. 2. O mal-estar da civilização contemporânea: visões cruzadas Freud/Bauman num estudo de caso. 3. Reflexões conclusivas: a leitura do literário como um bem humanizador. Referências bibliográficas.

## Resumo

O artigo visa propor reflexões sobre a leitura do literário como bem humanizador e desafio contemporâneo brasileiro de sistematizar a educação e o acesso à leitura do literário no cárcere.

## Abstract

*The article aims to propose reflections on literary reading as a humanizing asset and the contemporary brazilian challenge of systematizing education and access to literary reading in prison.*

**Palavras-chaves:** Leitura do literário. Bem humanizador. Visões cruzadas – Graciliano Ramos/Zygmunt Bauman. Estudo de caso.

**Keywords:** *Literary reading. Humanizing value. Cross visions – Graciliano Ramos/Zygmunt Bauman. Case study.*

## 1. Introdução: Literatura e Educação em Sistemas Prisionais

Pensar em leitura e educação nos sistemas prisionais é um desafio contemporâneo, pois os encarcerados são enquadrados como os “estranhos” do sistema. As reflexões propostas foram impulsionadas pelo escritor brasileiro, Graciliano Ramos, que produziu seus escritos a partir de experiências de vida, e pelo pensador polonês pós-moderno, Zygmunt Bauman, articuladas às reflexões sobre *Projeto: A leitura como instrumento de ressocialização e cidadania: remição penal*, iniciado em 2013, nos Presídios Feminino e Regional de Joinville SD Jackson dos Santos em Joinville - SC.

---

\* Doutora em Teoria da Literatura (UFSC). Mestre em Literatura Brasileira (UFSC). Coordenadora do Projeto Institucional de Incentivo à Leitura - PROLER/UNIVILLE-SC.

Graciliano Ramos vivenciou a prisão como prisioneiro político, no período ditatorial de Vargas, em 1936 e escreveu dois livros decorrentes destas experiências violentas – *Memórias do Cárcere*, no qual aborda a solidão/isolamento da prisão e a impotência diante da justiça e *São Bernardo*, cujo herói Paulo Honório, narrador do romance aprende a escrever e ler na prisão, e após sua soltura se autoavalia escrevendo suas memórias.

*Memórias do Cárcere*, publicado em 1953, após a morte do escritor, retrata o período em que esteve preso, vítima da ditadura estado-novista. A narrativa é estruturada em quatro partes: *Viagens*, *Pavilhão dos primários*, *Colônia correcional* e *Casa de correção* – aborda o cárcere como espaço de desumanização e desrespeito à vida humana. O ser humano, nesse ambiente degradado, segundo Graciliano, é coibido de seus direitos essenciais. Daí se depreende o viés de denúncia e de crítica social presente na obra, à medida que faz referência direta à opressão política e o cunho testemunhal que abre um espaço para os silenciados, desvelando uma outra versão da História.

Já, em *São Bernardo*, o narrador/personagem Paulo Honório, movido pelo desejo de narrar sua história, busca profissionais da palavra para compartilhar uma escrita coletiva de sua narrativa de vida, porém, no processo dessa escrita, percebe que a palavra só poderia ser projetada por ele, portanto que a narrativa só seria verdadeira de modo autobiográfico. Paulo Honório desvela assim subjetivamente um mundo que expõe a humilhante impotência humana no combate às estruturas sociais:

Tenciono contar minha história. Difícil.

Talvez deixe de mencionar particularidades úteis, que me pareçam acessórias e dispensáveis.

Também pode ser que, habituado a tratar com matutos, não confie suficientemente na compreensão dos leitores e repita passagens insignificantes.

(1974, p. 33)

*São Bernardo* traça narrativamente o ritmo complexo da implantação do capitalismo no Brasil, a persistência das relações de compadrio, as forças modernizadoras movidas por violentas transações comerciais no Nordeste e o sentimento de propriedade propulsor das transformações da fazenda “São Bernardo”. Sinaliza também os limites e as contradições do capitalismo propulsor do “fetichismo da mercadoria”, que origina a reificação global das relações entre os homens. Fenômeno pelo qual o homem se distancia dos elementos qualitativos e sensíveis da realidade e todo o valor se transforma de modo ilusório em valor de troca.



## 2. O mal-estar da civilização contemporânea: visões cruzadas Freud/Bauman num estudo de caso

O sociólogo polonês pós-moderno, Zygmunt Bauman estabeleceu nexos dialógicos com o ensaio de Freud, *O mal-estar na civilização*, reflexões do psicanalista sobre as ansiedades da modernidade, para escrever seu ensaio *O mal-estar da Pós-Modernidade* que aborda a universalização do medo e das perdas decorrentes da troca da ordem pela busca de liberdade, projetando experiências de um mundo pós-moderno marcado pelas incertezas decorrentes das mudanças econômicas, tecnológicas e culturais. Em suas observações sobre a sociedade pós-moderna, detecta que ela produz espécies diversas de “estranhos” que “poluem a alegria com a angústia” e são geradores de incertezas na vida ordeira, provocando mal-estar social e em decorrência devem ser isolados em prol da manutenção da ordem social. Salienta que todas as sociedades produzem espécies próprias de estranhos não encaixáveis cognitivamente, moralmente e esteticamente no mundo. Ruptores dos limites avaliados como fundamentais para a ordem e em decorrência causam experiências de mal-estar. Portanto, os “mais opressivos pesadelos” da sociedade moderna, segundo o sociólogo, estão associados à insegurança ante o estranho e a reclusão social, em decorrência os humanos que transgridem os limites tornam-se estranhos restando-lhes a reclusão. Premissa racista-nacionalista que reforçava o princípio de que a reconstrução cultural é limitada, e, assim sendo, não é possível a conversão; em síntese, acreditavam que era impossível livrar as pessoas de seus defeitos. Cenários que se desencaixam em tempos pós-modernos, alterando as políticas de exclusão dos estranhos que passaram a seguir a lógica da polarização. O poder político oferece a partilha de oportunidades para o curto-circuito de polos, assim os próximos do primeiro polo buscam o domínio sobre o medo dos componentes do segundo polo, estimulando “a indústria dos horrores”, segundo Bauman. A polarização detém o processo de individualização genuíno para a outra nação, oprimindo-a na construção identitária e inibindo os instrumentos básicos de cidadania. Visto que a renda, a riqueza, a expectativa de vida e o direito à individualidade estão crescentemente polarizados.

Reflexões que iluminam a leitura da realidade, pois nas últimas décadas a população de encarcerados no Brasil e no ocidente, dos excluídos da vida socioeconômica capitalista/industrial/democrática, ampliou exponencialmente, suscitando novos olhares para a palavra “desempregado”, designadora daqueles que não podem garantir o próprio sustento e está sendo estigmatizada. Portanto, estar sem trabalho hoje equivale a uma transgressão à regra. E em contrapartida, na economia contemporânea, “racionalizar” significa cortar empregos e o progresso tecnológico está associado ao fechamento de divisões e redução de funcionários, bem como foram extintos os empregos vitalícios. Contexto que valora “a sagacidade e a força individual que devem ser estirados no esforço diário pela sobrevivência e aperfeiçoamento” (BAUMAN, 1998, p. 54).

Em tempos pós-modernos, segundo Bauman, os “produtores” estão sendo substituídos por “consumidores” e, em decorrência, as ações coletivas estão sendo negadas, pois o consumo contrariamente à produção é individual e é alimentado pelo desejo individual. No entanto, segundo a análise crítica do pensador polonês, na pós-modernidade a “viscosidade” do estranho se amplia numa proporção equivalente ao declínio da liberdade do indivíduo, que é redistribuída de uma forma polarizada. Destacou também, que o aumento da criminalidade não é decorrente do mau funcionamento ou de fatores externos à sociedade como imigração, mas produto da sociedade de consumidores que propaga o desarmamento e supressão de jogadores incapazes, tratados como coletivo – classe de criminosos – isolando-os em prisões. Política fortalecida pela radicalização da liberdade de mercado e pela desconstrução do estado de bem-estar numa tendência de incriminar a pobreza.

Passando para as reflexões associadas ao Projeto de Extensão “A leitura como instrumento de ressocialização e cidadania: remição penal”, vinculado ao Projeto Institucional de Incentivo à Leitura - PROLER/UNIVILLE, fundamentado no conceito proposto por Antonio Candido, de que o direito à literatura é um direito social e a leitura do literário exerce um papel humanizador, partimos, pois, da concepção de que o literário comunica percepções de realidade ao viabilizar a transformação de sentimentos em imagens palavras que (re)significam o real.

O projeto desencadeado a partir da Portaria nº 8/2013, assinada pelo Juiz de Direito Dr. João Marcos Buch, titular da 3ª Vara Criminal e Corregedor do Sistema Prisional da Comarca de Joinville, objetiva em última instância a reeducação penal pautada no artigo 1º da Lei de Execução Penal. A meta é impulsionar a consciência social dos universitários vinculados ao projeto, a partir de ações interdisciplinares de leitura do literário e de avaliações de resenhas de leitura produzidas por apenados do Presídio Regional de Joinville SD. Jackson dos Santos, que cada resenha de leitura mensal de um texto literário comprovada será abatida quatro dias do total da pena e, em última instância, promove a inserção da universidade na comunidade. A referida prevê a participação dos reeducandos que cumprem pena em regime fechado ou semiaberto para acessar de forma voluntária aos livros de literatura e de filosofia da Biblioteca do presídio constituída com livros arrecadados em campanha desenvolvida em parceria entre o Conselho Carcerário de Joinville, Direção Prisional e PROLER/UNIVILLE.

As ações leitoras são supervisionadas por profissionais (psico)educadoras que coordenam com uma equipe de educadoras a distribuição de livros de literatura/filosofia e a escrita de resenhas de leitura produzidas pelos apenados e as encaminha para a avaliação efetuada por acadêmicos bolsistas e voluntários vinculados ao *Projeto de Remição Penal pela Leitura*, subprojeto do PROLER/UNIVILLE, após a assinatura de um termo de adesão ao projeto.

A metodologia desenvolvida objetivou sistematizar formulários para os apenados/leitores registrarem suas impressões de leitura e formulários de avaliação das resenhas para os acadêmicos bolsistas e voluntários vinculados ao projeto

escreverem seus pareceres avaliativos. Historicamente, o projeto teve adesão de dezoito cursos de múltiplas áreas do conhecimento. Os cursos que aderiram à proposta foram: Letras, Direito, Psicologia, Publicidade e Propaganda, Pedagogia, História, Gastronomia, Educação Física, Administração, Ciências Contábeis, Ciências Biológicas, Medicina, Engenharia Civil, Engenharia de Produção, Engenharia Química, Engenharia Ambiental e Sanitária, Fotografia, Comércio Exterior, Arquitetura e Urbanismo e Design, constituindo uma rede de avaliadores movidos pela meta de contribuir para amenizar a superlotação carcerária e estimular práticas leitoras do literário no presídio e na universidade, estabelecendo um intercâmbio para suprir barreiras socioculturais.

### 3. Reflexões conclusivas: a leitura do literário como um bem humanizador

A leitura do literário modifica visões de mundo e em decorrência se constitui como um bem humanizador a ser estimulado em políticas públicas, visando o maior equilíbrio dos direitos sociais e culturais. Portanto, o eixo de atuação do projeto é alavancado pela compreensão de que a leitura propicia ao indivíduo condições favoráveis à produção de valor, na dupla acepção da palavra como valor psíquico, intelectual e emocional imbuído de qualidades humanas e como valor concreto transformador de mundos. Um bem de leitura é simultaneamente patrimônio da humanidade colocado ao alcance do indivíduo, visto que a leitura permite ao indivíduo enunciar a sua particularidade humana, concebendo-se como ser histórico que congrega quatro dimensões: passado, futuro, presente e possível.

As ações do projeto de remição penal visam uma interação dialógica entre comunidade universitária e sociedade numa construção de novos olhares sobre a realidade e a reconfiguração do tempo no cárcere em práticas que imbricam educação e autoeducação intermediadas pela leitura do literário.

### Referências bibliográficas

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama. Revisão técnica Luis Carlos Fridman. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

\_\_\_\_\_. *Identidade: entrevista a Benedetto Vecchi*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

\_\_\_\_\_. *A arte da vida*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

CANDIDO, Antonio. O direito à literatura. In: *Vários Escritos*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Ouro sobre o Azul, 2011, p. 176-193.

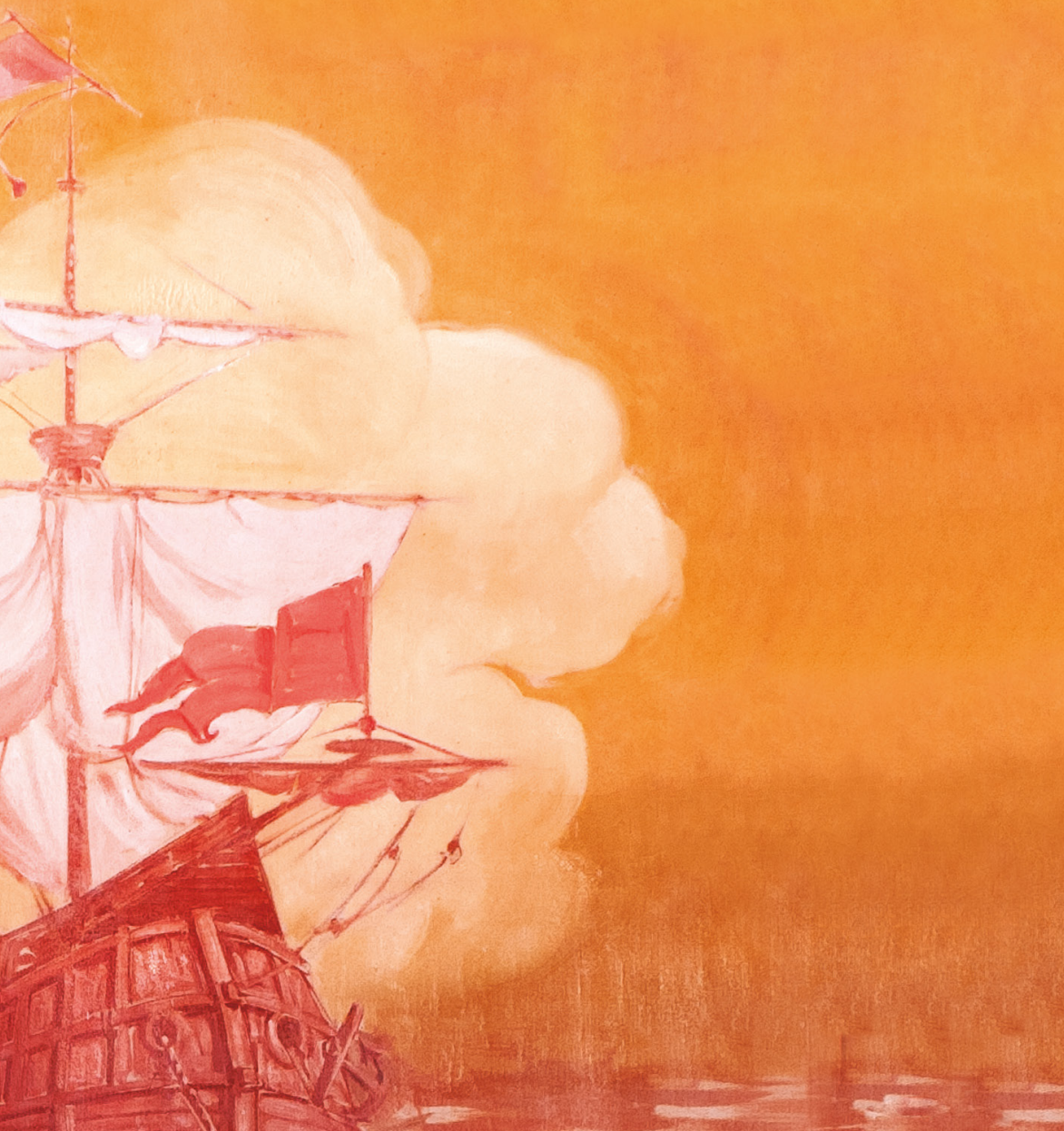
RAMOS, Graciliano. *São Bernardo*. 23ª ed. São Paulo: Martins, 1974.

\_\_\_\_\_. *Memórias do Cárcere*. 49ª ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2008.



*Detalhe da imagem da capa*

# Peças Processuais





## Pareceres

• • •

## PARECER

**Consultoria Jurídica da Procuradoria-Geral de Justiça**

**SEI nº 20.22.0001.0052827.2022-75**

**Origem: Coordenação do Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude – Área não infracional**

**Ref.: Possível utilização não autorizada de patrimônio imaterial do Ministério Público**

Exmo. Senhor Procurador-Geral de Justiça,

### I

Trata-se de processo administrativo instaurado a partir de comunicação do Coordenador do Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude – Área não infracional, por meio da qual informa à Chefia Institucional que, ao analisar requerimentos externos de acesso ao Sistema Quero Uma Família, tomou conhecimento de uma solicitação de senha, por pessoa habilitada à adoção pelo Foro Regional II de Santo Amaro, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na qual constatou grande semelhança entre o logotipo do Grupo de Adoção (GAA) “Boas Novas – Projeto Cristão de Apoio à Adoção” e o logotipo do Sistema deste Ministério Público, Quero Uma Família.

De acordo com o douto noticiante, em síntese: (i) o logotipo do Sistema Quero Uma Família foi criado pela Gerência de Portal e Programa Visual deste Ministério Público, em novembro de 2015; (ii) os Grupos de Apoio à Adoção são criados pelo Poder Judiciário ou por entidades da sociedade civil; (iii) aparentemente, o Grupo de Adoção “Boas Novas – Projeto Cristão” é criado por entidade da sociedade civil; e (iv) o logotipo integra o patrimônio deste Ministério Público.

Os autos foram instruídos com os seguintes documentos: (i) requerimento de acesso ao Sistema Quero Uma Família, ilustrado com o logotipo da sociedade civil; e (ii) informação da Gerência de Portal e Programação Visual, afirmando que a marca institucional do Sistema Quero Uma Família foi desenvolvida nesta Instituição, em novembro de 2015.

Os autos foram encaminhados à Chefia Institucional, que determinou a manifestação da Secretaria de Tecnologia da Informação e de Comunicação.

Em sua manifestação, a Gerência de Portal e Programação Visual ratificou a informação de que a logomarca foi desenvolvida pelo próprio setor.

Diante da instrução dos autos, a Chefia Institucional determinou o encaminhamento de cópia de inteiro teor dos autos ao Tribunal de Justiça de São Paulo, para ciência e adoção das providências cabíveis. Em resposta, o Tribunal de Justiça de São Paulo informou que o Grupo de Apoio à Adoção “Boas Novas – Projeto Cristão de Apoio à Adoção” é entidade do terceiro setor, desvinculada do Poder Judiciário, não submetido à fiscalização da Vara da Infância e Juventude.

Nova manifestação do CAO Infância e Juventude – Área não infracional, em que opina no sentido de serem adotadas medidas cabíveis para a cessação do uso indevido do logotipo do MPRJ, bem como seja analisada a conveniência da adoção de providências registrais do logotipo do Sistema Quero Uma Família, considerando que a página do Facebook, na qual se pode obter informações sobre o “Boas Novas – Projeto Cristão de Apoio à Adoção”, data de 13 de outubro de 2016, enquanto o Sistema Quero Uma Família foi desenvolvido em 2015.

A sugestão foi encaminhada à Secretaria-Geral, com vistas à douda Assessoria Jurídica.

Em seu parecer, a Assessoria Jurídica opinou, em síntese, no sentido de que: (i) fosse notificado formalmente o Grupo de Adoção “Boas Novas – Projeto Cristão de Apoio à Adoção” de modo a que seja possibilitada a cessação da violação do direito autoral; e (ii) quanto ao registro autoral dos logotipos de propriedade do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, a análise se insere no âmbito do poder decisório discricionário da Chefia Institucional, sugerindo a prévia manifestação da douda Consultoria Jurídica.

Despacho da Chefia Institucional, determinando a notificação formal da entidade para que suspenda o imediato uso do logotipo utilizado, de modo a cessar a violação ao direito autoral deste Ministério Público e a remessa dos autos a esta Consultoria Jurídica para manifestação acerca da necessidade de que sejam registrados os logotipos autorais de propriedade do Ministério Público.

Enquanto os autos estiveram nesta Consultoria Jurídica, o feito foi instruído com cópia do ofício encaminhado à entidade Grupo de Adoção “Boas Novas – Projeto Cristão de Apoio à Adoção”.

Nesse estado, os autos foram analisados por esta Consultoria Jurídica.

## II

A matéria a ser apreciada por esta Consultoria Jurídica circunscreve-se à solicitação da Chefia Institucional para que seja analisada a necessidade, ou não, de os logotipos ou as marcas criadas em sistemas, projetos e programas do Ministério Público serem registrados oficialmente.

De acordo com o posicionamento externado pela douda Assessoria Jurídica da Secretaria-Geral, *“a análise de conveniência da adoção de providências registrais do logotipo do Sistema Quero uma Família, bem como outros desenvolvidos pelo MPRJ, a*



*fim de garantir, incontestavelmente, a precedência legal do direito autoral ao seu uso e a sua devida proteção como patrimônio imaterial do MPRJ, diante da moldura normativa que orienta a regulamentação da matéria e considerando a facultatividade do registro autoral, bem como os custos dele decorrentes, a sua realização pode ser objeto de decisão administrativa no exercício do poder discricionário da Chefe Institucional”.*

Frete à premissa acima estabelecida, serão analisados os instrumentos mais adequados postos à disposição da Instituição para a realização desse objetivo, considerando a Lei nº 9.610/1998, que atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais (indicada pela Assessoria Jurídica no Parecer nº 2407203); e a Lei nº 9.279/1996, que disciplina direitos e obrigações relativos à propriedade industrial e o seu registro perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI; bem como o SEI nº 20.22.0001.0008044.2020-20, importante precedente que tratou de objeto semelhante.

## II.I. BREVE DIFERENCIAÇÃO ENTRE DIREITOS AUTORAIS E DIREITOS DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Da racionalidade característica do ser humano advém o exercício da atividade intelectual e desta um produto que ostenta importância no ambiente sociopolítico. A concepção de arte bem reflete a amplitude desse pensamento, indicando, no plano generalíssimo, os requisitos a serem preenchidos para que certos fins sejam alcançados. Portanto, para cada objetivo humano haveria uma arte que possibilitaria a sua realização. Era nesse sentido que os romanos falavam em *ars agricola* e *ars militaris*, e, nos dias de hoje, se fala em artes marciais, artes médicas etc. No mundo contemporâneo, é alcançado maior rigor terminológico utilizando-se o significativo *técnica* para indicar o tipo de arte que resulta em uma utilidade prática, enquanto a *arte* propriamente dita é reservada às realizações que agradam ao espírito. Arte e técnica, em razão de suas próprias características, terminaram por receber proteções distintas.

Os direitos que recaem sobre o produto da atividade humana, em especial o reconhecimento da autoria e a possibilidade de explorá-lo com exclusividade, consubstanciam a denominada propriedade intelectual, que tanto incursiona na seara dos direitos reais, o que decorre do conteúdo econômico e patrimonial que traz consigo, como, principalmente, no âmbito dos direitos da personalidade, em que o ser humano permanece vinculado ao produto de sua intelectualidade. Daí se falar no elemento patrimonial, que assegura ao autor o proveito econômico da obra, e no elemento moral, que expressa o espírito criador, aspectos que se unem e completam.

A propriedade intelectual se subdivide em (1) direito autoral, compreendendo as obras literárias e artísticas, programas de informática e domínios na internet, e (2) propriedade industrial, que absorve marcas (sinais ou símbolos, passíveis de registro, que identificam bens ou serviços), patentes (direitos exclusivos sobre uma invenção), desenhos industriais (aspectos ornamentais ou estéticos de um artigo, com apelo visual), indicações geográficas (sinais ou expressões utilizados para indicar que um produto ou serviço é oriundo de um lugar em particular) etc.

O direito autoral distingue-se da propriedade industrial em relação à natureza do registro e à essência do direito protegido. Enquanto o direito do autor é assegurado independentemente de registro, que possui relevância, apenas, como meio de prova da respectiva autoria, a propriedade industrial só é reconhecida após a expedição da patente pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial, sendo conferida preeminência não ao autor, mas, sim, àquele que primeiro solicitou o registro. A segunda distinção a ser considerada é que a propriedade industrial alcança uma ideia propriamente dita, qualquer que seja a sua forma de expressão, enquanto o direito autoral é essencialmente voltado à proteção das formas de expressão de uma ideia.<sup>1</sup>

No direito inglês, a partir de 1557, por determinação de Filipe e Maria Tudor, as associações de livreiros passaram a deter o monopólio da comercialização de escritos, exercendo a censura em troca da proteção governamental. Esse direito de comercialização, assegurado aos livreiros, não aos autores, passou a ser conhecido como *copyright* (*rectius*: direito de cópia, direito de reprodução). A necessidade de proteger os interesses do autor da obra literária, tão legítimos, sob a égide do liberalismo clássico, quanto os interesses do soberano, fez que um novo passo fosse dado. No direito inglês, o *English Copyright Act*, de 10.9.1710, transferiu o epicentro de análise dos editores para os autores das obras literárias, atribuindo aos últimos a prerrogativa de reproduzi-las por 14 anos, renováveis por igual período se ainda estivessem vivos; os primeiros, por sua vez, somente poderiam fazê-lo caso obtivessem a cessão dos direitos. No direito norte-americano, a Constituição de 1787, na Seção 8, 8, dispôs que Congresso tem competência “*to promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries*”; sendo posteriormente editado o *Copyright Act*, de 1790, primeiro ato a disciplinar a temática no âmbito nacional, também encampando o tempo de proteção de 14 anos, renovável por igual período. O sentido original do *copyright*, como se percebe, foi sensivelmente alterado, passando a indicar o direito do autor. Note-se que, em *Goldstein v. Califórnia* (412 U.S. 546, 1973), a Suprema Corte norte-americana reconheceu que os estados, em algumas situações, também poderiam ter leis de *copyright*. As criações artísticas ou culturais que não estejam sob a proteção de uma lei de *copyright* estadual ou nacional estão em *public domain* (domínio público).<sup>2</sup>

Além do *copyright*, há o *droit d'auteur*, originário do direito francês, que atribuiu ao autor a propriedade vitalícia de sua obra (Ordenação Real de 1777) e, após a Revolução de 1789, reconheceu a plena liberdade de criação (*Loi Lakanal*); como expressão do direito da personalidade, afastava a necessidade de prévio registro da obra literária. A Lei francesa nº 9.259, de 15.7.1992, bem sintetizou os direitos de ordem moral que unem o autor à sua obra: *l'Auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son oeuvre. Ce droit est attaché à sa personne. Il est perpétuel, inaliénable*

<sup>1</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Vol. 1. Direito de Empresa. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 205-208.

<sup>2</sup> KAPLAN, Benjamin; BROWN, Ralph S. *Cases on Copyright*. 3ª ed. New York: The Foundation Press, 1978, p. 2.

*et imprescriptible. Il est transmissible à cause de mort aux héritiers de l'auteur. L'exercice peut être conféré à un tiers en vertu de dispositions testamentaire.* (Art. L. 121-1)

No plano do direito internacional, são múltiplos os tratados e convenções voltados à proteção da propriedade intelectual. Pelo relevante papel que desempenha na cooperação dos Estados em busca da consecução dessa proteção, merece especial realce a Organização Mundial da Propriedade Intelectual, criada em 1967 e que, a partir de 1974, passou a integrar o Sistema das Nações Unidas, tendo sede em Genebra. Essa organização, que congrega mais de 90% dos Estados do mundo, tem por objetivo principal “promover a proteção da propriedade intelectual internacionalmente” (Convenção para o Estabelecimento da Organização Mundial da Propriedade Intelectual, art. 3º). Os tratados celebrados sob sua influência podem ser subdivididos em três grupos, conforme o respectivo objeto: (1º) *proteção de propriedade intelectual*, dispendo sobre as regras básicas a esse respeito; (2º) *sistema de proteção global*, assegurando a eficácia de registros internacionais de propriedade intelectual, de modo que os direitos sejam respeitados fora do Estado de origem; (3º) *classificação*, permitindo a organização de informações. Desde 1994, a organização conta com o Centro de Arbitragem e Mediação, que disponibiliza meios alternativos para a solução de disputas comerciais entre entes privados. Ainda deve ser mencionado o papel das organizações regionais, com destaque para União Europeia: a Diretiva nº 2019/790, de 17.4.2019, do Parlamento e do Conselho Europeu, dispôs sobre os balizamentos a serem observados pelas ordens internas em matéria de *copyright* e direitos conexos, no mercado único digital, além de alterar as Diretivas nº 96/9 e nº 2001/29, ambas do Conselho Europeu.

No direito brasileiro, a Constituição do Império reconhecia o direito de invenção (art. 179, 26), mas nada dizia em relação ao direito autoral e às marcas. Em momento anterior, o Alvará de 18.4.1809 havia fixado em 14 anos o privilégio de explorar a invenção, tendo a Lei de 28.8.1830 estendido esse prazo para 15 anos. A Lei de 11.8.1827, que criou os dois primeiros cursos jurídicos do país, em São Paulo e Olinda, dispôs, em seu art. 8º, que os entes elaborariam os seus compêndios, caso não existissem já feitos, “e o Governo os fará imprimir e fornecer às escolas, competindo aos seus autores o privilegio exclusivo da obra, por dez annos” [sic]. O Código Criminal de 1830 (art. 261) passou a tipificar a violação à autoria de “escritos ou estampas” e a Lei nº 2.682, de 23.10.1875, instituiu a “marca de indústria e comércio”. A Constituição de 1891 (art. 72, §§25 a 27) fez menção expressa à invenção, à marca e à autoria, remetendo à lei a sua plena estruturação, sendo a Lei nº 496, de 1º.8.1898, o primeiro diploma dedicado aos direitos de autor. Com pequenas variações, esses direitos foram contemplados nas demais Constituições republicanas, ressaltando-se, apenas, que a Constituição de 1937 somente mencionou-os ao tratar da competência legislativa da União, não no âmbito dos direitos fundamentais.

A Lei nº 5.648, de 11.12.1970, criou o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), autarquia federal que substituiu o antigo Departamento Nacional da Propriedade Industrial, que fora reorganizado pelo Decreto-Lei nº 8.933, de 26.1.1946. A Lei nº

9.279, de 14.5.1996, passou a regular direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. No que diz respeito à natureza dos direitos de propriedade, o art. 5º da Lei os considera bens móveis. E o direito, para efeitos legais e sua proteção, origina-se do registro de propriedade perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI.

A Lei nº 5.988, de 14.12.1973, regulou os direitos autorais, sendo revogada pela Lei nº 9.610/1998, com exceção do art. 17, *caput*, e §§1º e 2º, que tratam do registro da obra intelectual. A espécie mais comum de contrato nessa seara é o de edição, que alcança os distintos aspectos de multiplicação e exploração da obra. Nos termos da Lei dos direitos autorais, somente pode ser autor de obras intelectuais a pessoa física criadora da obra literária, artística ou científica (art. 11), ou seja, a pessoa que diretamente imaginou, criou e manifestou no mundo exterior sua criação do espírito, de natureza artística, literária ou científica, independentemente de registro ou de capacidade civil. O registro, por sua vez, se dá no âmbito da Biblioteca Nacional.

## II.II. O MINISTÉRIO PÚBLICO E A PROTEÇÃO LEGAL DE SUAS MARCAS

Acerca da possibilidade de a Administração vir a ter reconhecido o direito autoral sobre obras intelectuais, o Tribunal de Contas da União tem o seguinte posicionamento,<sup>3</sup> *verbis*:

Em princípio, cumpre ressaltar que as situações são casuísticas, ou seja, devem ser analisadas com base no caso concreto.

No entanto, há regras e padrões que podem ser extraídos como uma constante no âmbito do Direito Autoral:

A Administração detém a titularidade do Direito do autor, em relação àquelas obras que foram produzidas durante o expediente normal do trabalho e alinhado as suas finalidades institucionais.

A lógica para a titularidade do Direito Autoral pela Administração Pública segue a Teoria da Disposição Funcional, desenvolvida por José de Oliveira Ascensão, em que se considera o Direito Autoral (patrimonial) como sendo de titularidade do empregador, até o fim do contrato, conforme atividade primária da pessoa jurídica.

Ademais, também já foram consolidadas algumas situações em que Administração Pública pode-se tornar detentora de direitos autorais:

a. Atividade de fomento da cultura – Constitucionalmente, ao Estado cabe incentivar e valorizar a cultura, por meio de subvenção de obras protegidas. Não obstante, a LDA ratifica não

<sup>3</sup> [https://portal.tcu.gov.br/data/files/10/01/F5/3A/AE91F6107AD96FE6F18818A8/Manual\\_direitos\\_autorais\\_FAQ.pdf](https://portal.tcu.gov.br/data/files/10/01/F5/3A/AE91F6107AD96FE6F18818A8/Manual_direitos_autorais_FAQ.pdf). [acessado em: 16.06.2023.]

pertencer à Administração Pública as obras por ela simplesmente subvencionadas, de forma que os direitos autorais pertencerão exclusivamente aos criadores da obra intelectual, sob análise;

b. Contratando obras intelectuais – Encomendante deterá os direitos patrimoniais, uma vez que os direitos morais são inalienáveis e intransmissíveis, ficando, portanto, com o autor originário.

OTCU já aprofundou a questão, após consulta formulada pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE, oportunidade em que o órgão perguntou se os manuais produzidos com verba do FNDE seriam enquadrados como obras intelectuais e, por conseguinte, seriam protegidos pela Lei de Direito Autoral.

O Acórdão TCU 883/2008 – Plenário, o Tribunal consolidou o entendimento no seguinte sentido:

A Administração Pública poderia contratar a criação de obras intelectuais protegidas como manuais e cadernos produzidos pelo FNDE. Caso seja de interesse da Administração obter a titularidade dos direitos patrimoniais sobre obra protegida contratada, deverá prever expressamente a transmissão destes direitos no contrato a ser firmado com o autor:

Faz-se necessário que haja previsão expressa de transmissão dos direitos patrimoniais para a Administração Pública. Caso contrário, ainda que haja verba do Erário, uma vez encomendado pela Administração Pública, ainda sim, será do autor.

Quando da encomenda de uma obra autoral, a Administração Pública deve se cercar da cautela de providenciar um instrumento jurídico prévio e expresso que preveja a transmissão de direitos patrimoniais à AP, para evitar eventuais contratempus ou dúvidas. Neste sentido, destaca-se o artigo 111 da Lei 8.666/93, *verbis*: “A Administração só poderá contratar, pagar, premiar ou receber projeto ou serviço técnico especializado desde que o autor ceda os direitos patrimoniais a ele relativos e a Administração possa utilizá-lo de acordo com o previsto no regulamento de concurso ou no ajuste para sua elaboração”.

c. Produzindo obras intelectuais, por meio de seus servidores – Para as obras criadas no estrito cumprimento de dever funcional não se aplica o regime da livre disposição entre as partes, razão pela qual o direito autoral seria exclusivo da Administração Pública. Por outro lado, com relação àquelas obras produzidas e não afetadas diretamente ao objeto do trabalho do autor, essas obras seriam exclusivamente do autor e não da Administração Pública.

Como se destaca do posicionamento do TCU, a possibilidade de a Administração Pública vir a ser detentora de direito autoral é direcionada pelas peculiaridades de cada caso concreto, não suscitando maiores dúvidas as situações em que a criação decorre do estrito cumprimento do dever funcional por parte do seu servidor. Em outro giro, a Nova Lei de Licitações, Lei nº 14.133/2021, em seu art. 93, disciplina as condições de contratação de direitos patrimoniais, assim dispondo:

Art. 93. Nas contratações de projetos ou de serviços técnicos especializados, inclusive daqueles que contemplem o desenvolvimento de programas e aplicações de internet para computadores, máquinas, equipamentos e dispositivos de tratamento e de comunicação da informação (*software*) – e a respectiva documentação técnica associada –, o autor deverá ceder todos os direitos patrimoniais a eles relativos para a Administração Pública, hipótese em que poderão ser livremente utilizados e alterados por ela em outras ocasiões, sem necessidade de nova autorização de seu autor.

§ 1º Quando o projeto se referir a obra imaterial de caráter tecnológico, insuscetível de privilégio, a cessão dos direitos a que se refere o *caput* deste artigo incluirá o fornecimento de todos os dados, documentos e elementos de informação pertinentes à tecnologia de concepção, desenvolvimento, fixação em suporte físico de qualquer natureza e aplicação da obra.

§ 2º É facultado à Administração Pública deixar de exigir a cessão de direitos a que se refere o *caput* deste artigo quando o objeto da contratação envolver atividade de pesquisa e desenvolvimento de caráter científico, tecnológico ou de inovação, considerados os princípios e os mecanismos instituídos pela Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004.

§ 3º Na hipótese de posterior alteração do projeto pela Administração Pública, o autor deverá ser comunicado, e os registros serão promovidos nos órgãos ou entidades competentes.

Logotipos e marcas utilizadas pelo Ministério Público, embora consubstanciem espécies do gênero propriedade industrial, não sendo propriamente emanação dos denominados direitos autorais, não de seguir diretrizes de compreensão similares no que diz respeito à sua titularização, considerando a sua criação a partir do estrito exercício funcional do servidor público. *In casu*, os logotipos ou logomarcas são representações gráficas de uma marca, um serviço ou um sistema. Didaticamente, logomarca é uma representação visual constituída por uma imagem e texto, só

imagem ou só texto, podendo existir em vários formatos. Nesse sentido, é factível que o registro de uma marca se dará perante o INPI.

No tocante à especificidade dos logotipos ou marcas criadas em sistemas, projetos e programas do Ministério Público, a disciplina da Lei nº 9.279/1996 prevê a possibilidade do registro de marcas por órgão público, *verbis*:

Art. 124. Não são registráveis como marca:

I - brasão, armas, medalha, bandeira, emblema, distintivo e monumento oficiais, públicos, nacionais, estrangeiros ou internacionais, bem como a respectiva designação, figura ou imitação;

(...)

IV - designação ou sigla de entidade ou órgão público, quando não requerido o registro pela própria entidade ou órgão público;

(...)

Como se constata pelos termos do comando legal, é defeso o registro, por terceiros, de marcas afetas a órgão público. Observa-se, por outro turno, que o alcance da regra não impõe uma proibição para o registro. Nesse sentido, vejamos mais detalhadamente quem é detentor da prerrogativa de requerer o registro de suas marcas.

O art. 128 da LPI dispõe que o pedido de registro de marca, logotipos, siglas ou designações só pode ser solicitado pela própria entidade. Entidades para a lei são as pessoas físicas, ou jurídicas de direito público ou de direito privado, *verbis*:

Art. 128. Podem requerer registro de marca as *pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou de direito privado*.

§ 1º As pessoas de direito privado só podem requerer registro de marca relativo à atividade que exerçam efetiva e licitamente, de modo direto ou através de empresas que controlem direta ou indiretamente, declarando, no próprio requerimento, esta condição, sob as penas da lei.

(...)

No que diz respeito à natureza jurídica do Ministério Público, já tivemos oportunidade de afirmar que, a exemplo de outras estruturas organizacionais dotadas de autonomia (*v.g.*: os Tribunais de Contas), ocupa uma posição intermédia entre as teorias do órgão e da pessoa jurídica.

Diversamente da concepção clássica de órgão, não é mero plexo de atribuições, que integra e compõe um corpo principal, com feição nitidamente acessória. O *plus* em

relação ao mero órgão administrativo reside nas múltiplas vertentes de sua autonomia, permitindo que a Instituição esteja desvinculada de qualquer estrutura hierárquica, inexistindo subordinação em relação à autoridade estranha aos seus quadros.

Quanto às pessoas jurídicas de direito público, o *minus* reside na ausência de personalidade jurídica, atributo não ostentado pela Instituição, mas que não se erige como óbice à defesa de suas prerrogativas em juízo, pois dotada de personalidade judiciária. O *plus*, por sua vez, residia na inexistência de supervisão por qualquer outra autoridade estranha aos seus quadros, situação recorrente na administração pública (vide art. 19 do Decreto-Lei n. 200/1967, que trata da supervisão ministerial sobre a administração federal, quer direta, quer indireta). Esse quadro sofreu alterações com a criação do Conselho Nacional do Ministério Público, que tem verdadeiros poderes correicionais sobre a Instituição e seus membros.

Ao desenvolver os alicerces constitucionais do Ministério Público, a Lei n. 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) detalhou a autonomia funcional, administrativa e financeira da Instituição em seu art. 3º, dispôs, em seu inciso IV, que lhe cabe “adquirir bens e contratar serviços, efetuando a respectiva contabilização”, sendo acrescido, no inciso XII, que lhe cabe “exercer outras competências dela decorrentes”. Esses incisos, de modo simples e objetivo, permitem que o Ministério Público titularize bens, ainda que imateriais.

Sensível à constatação anterior, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro reconheceu que o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro deve figurar como proprietário, no Registro Geral de Imóveis, dos imóveis que venha a adquirir, *verbis*:

(...) MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. *Writ* objetivando compelir o impetrado a regularizar a situação registral de 4 (quatro) imóveis, objeto de desapropriação, em seu nome, perante as serventias imobiliárias competentes. Preliminares de ilegitimidade passiva do impetrado, incompetência absoluta, falta de interesse de agir e de ausência de prévio recurso administrativo, rejeitadas. Cinge-se a controvérsia sobre a real titularidade dos imóveis situados nos 3º, 4º, 7º e 8º pavimentos da Av. Marechal Câmara nº 350, Centro, Rio de Janeiro, e a possibilidade destes serem registrados em nome do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Documentos acostados aos autos, especialmente os Decretos Estaduais nºs 40.777/07, 40.778/07 e 41.894/09 dos quais se verifica que, apesar de a Procuradoria Geral do Estado estar incumbida de promover a desapropriação dos imóveis em tela, todos os recursos necessários para a expropriação dos bens eram oriundos do orçamento do *Parquet* fluminense. De seu turno, não se olvida ter a Procuradoria Geral do Estado promovido a desapropriação dos imóveis em questão, porém, tal se deu em razão de o art. 2º do Decreto-Lei nº 3.365/1941 exigir



que a desapropriação seja efetivada pela União, pelos Estados, Municípios, Distrito Federal, tendo agido, assim, apenas na qualidade de substituto processual do *Parquet*, o que não o legitima como proprietário dos bens expropriados. Nesse diapasão, considerando que o *Parquet* é o verdadeiro expropriante dos imóveis, a teor do disposto nos Decretos Estaduais n<sup>os</sup> 40.777/07, 40.778/07 e 41.894/09, nada obsta a consumação da transferência do bem desapropriado para o patrimônio do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, o qual de há muito, inclusive, já se encontra imitado em sua posse. Ministério Público que tem aptidão para ser titular de direitos e obrigações na esfera civil, tal como a aquisição de bens imóveis sob sua titularidade, afigurando-se inteiramente desinfluyente o fato de ter ou não personalidade jurídica própria. Ordem concedida, para declarar a nulidade do ato administrativo que importou na recusa ao requerimento ministerial de regularização da situação registral dos imóveis objeto do presente *writ*, bem como determinar a efetivação do registro, nas matrículas dos imóveis em questão, da aquisição das respectivas propriedades pelo Ministério Público Estadual do Estado do Rio de Janeiro. (...)

Por sua vez, igualmente não merece guarida a alegação do Estado de que seria impossível registrar os imóveis em nome do Ministério Público, por este não possuir personalidade jurídica própria. Dispõe o art. 127, §§1º, 2º e 3º, da Constituição Federal, que:

*Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.*

*§1º - São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.*

*§2º - Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas e de provas e títulos; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento.*

*§3º O Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.*

E estabelece o art. 3º, IV, da Lei Federal n<sup>o</sup> 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público):

*Art. 3º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional, administrativa e financeira, cabendo-lhe, especialmente:*

*(...) IV - adquirir bens e contratar serviços, efetuando a respectiva contabilização;*

Constata-se, assim, ter sido assegurado ao Ministério Público autonomia funcional, administrativa e financeira, em relação ao Estado do Rio de Janeiro, no que se inclui adquirir bens, tais como os imóveis em tela. Nesse sentido, se extrai do escólio do Exmo. Ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes (in *Direito Constitucional*, São Paulo: Atlas, 24ª edição, 2009, p. 614), *in verbis*:

*As autonomias administrativa e financeira vêm especificadas no art. 3º da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, permitindo-lhe, entre outras funções, praticar atos próprios da gestão, tais como: Praticar atos e decidir sobre a situação funcional e administrativa do pessoal, ativo e inativo, da carreira e dos serviços auxiliares, organizados em quadros próprios; elaborar suas folhas de pagamento e expedir os competentes demonstrativos; adquirir bens e contratar serviços, efetuando a respectiva contabilização; propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos, bem como a fixação e o reajuste dos vencimentos de seus membros (...). Grifos nossos.*

E também se colhe dos ensinamentos do ilustre professor Emerson Garcia (in *Ministério Público – Organização, Atribuições e Regime Jurídico*, Ed. São Paulo: Saraiva, 6ª edição, p. 198/199), 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 etc.), à administração e à aquisição de bens etc.*

*Como observou Eurico de Andrade Azevedo, “autonomia administrativa de um órgão ou entidade é precisamente sua capacidade efetiva de assumir e conduzir por si mesmo, integralmente, a gestão de seus negócios e interesses, respeitados seus objetivos e observadas as normas legais a que estão subordinados. A autonomia administrativa é, pois, incompatível com toda e qualquer espécie de interferência externa na direção e condução dos assuntos e questões do órgão ou entidade e exclui toda subordinação, hierarquização ou submissão. Ela não é autonomia política, claro, de que gozam apenas as entidades estatais, mas é independência, no sentido rigoroso do termo, no campo que lhe é próprio e já definido por lei”. (...)*

*A capacidade de adquirir bens móveis ou imóveis, por exemplo, bem demonstra que o Ministério Público ocupa uma zona intermédia: é um minus em relação à pessoa jurídica, um plus em relação aos órgãos administrativos despersonalizados.*

*A aproximação da Instituição às pessoas jurídicas decorre da possibilidade de exercer direitos e contrair obrigações sponte propria, sendo desnecessária a autorização ou a supervisão exógena. Como consectário lógico, será possível a defesa dos atos praticados perante o Judiciário, sob pena de a legalidade ou a conveniência de o ato estar sujeita ao juízo valorativo dos representantes judiciais da União ou dos Estados.*

Desse modo, constata-se assistir razão ao impetrante, ao afirmar deter o Ministério Público a aptidão para ser titular de direitos e obrigações na esfera civil, tal como a aquisição de bens imóveis sob sua titularidade, afigurando-se inteiramente desinfluyente o fato de ter ou não personalidade jurídica própria.

(...)

(TJRJ. MS nº 0015132-97.2020.8.19.0000. Vigésima Câmara Cível. Relatora Des. Maria Inês da Penha Gaspar. j. 08/10/2020. DJe 10/08/2020)

No sentido acima, o Ministério Público efetivamente tem legitimidade para requerer o registro de suas marcas. Caso não deseje fazê-lo, não estará à mercê de particulares, que não poderão se apropriar ou se aproveitar da logomarca criada, ainda que ausente na base de dados do INPI. Assim ocorre porque a proteção está contida na própria LPI, que proíbe o registro de designação ou sigla de entidade ou órgão público (art. 124, IV), isto sem olvidar o art. 296, § 1º, inciso III, do Código Penal, que tipifica como crime de falsificação de sinal público o uso particular indevido de marcas, logotipos, siglas ou símbolos que identificam órgãos da administração pública. Não é demais ressaltar que o tipo penal delinea crime comum, formal, ainda que o acusado não seja integrante da Administração Pública e não tenha obtido qualquer vantagem ou causado prejuízo efetivo a terceiros, de modo que a mera utilização indevida do símbolo já caracteriza o crime.

### **II.III. PRECEDENTE DE REGISTRO DE MARCA PELO MPRJ**

Note-se que o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro já possui precedente em relação ao registro de uma logomarca, inclusive com o deferimento do registro homologado pelo próprio Instituto Nacional de Propriedade Industrial. Trata-se da marca utilizada pelo “MP Cidadão”. Em junho de 2017, a pedido da então Coordenadora de Comunicação Social - CODCOM, foi solicitado à Secretaria-Geral que

fosse garantida a exclusividade da utilização da marca “MP Cidadão”, pelo Ministério Público, sugerindo o seu registro junto ao INPI.

Para tal desiderato, foram efetuadas pesquisas junto ao setor competente do Instituto Nacional de Propriedade Industrial, inclusive acerca dos custos para o registro.

Tudo foi devidamente documentado no referido SEI.

Ao se manifestar sobre o pedido, à época, a douta Assessoria Jurídica da Secretaria-Geral não encontrou óbices à realização do registro da marca “MP Cidadão” junto ao INPI.

Na tramitação do feito, foram cumpridos vários requisitos, a solicitação de registro foi realizada pelo próprio Secretário-Geral e o valor das custas foi empenhado e liquidado, com dispensa de licitação.

O processo de registro junto ao INPI foi protocolizado sob o número 919630847, em nome do Ministério Público, identificado como de natureza jurídica de “órgão público”. A apresentação da marca foi classificada como mista, de produto e/ou serviço.

O pedido foi deferido, em síntese, nos seguintes termos pelo INPI:

Não foram encontrados impedimentos legais ao deferimento do pedido.

Não foram encontrados resultados relevantes, após a realização das buscas por anterioridades. (...)

O certificado de registro foi emitido com validade a contar de 13 de abril de 2021, com validade de dez anos.

### III

Considerando o exposto, esta Consultoria Jurídica entende que:

(i) logotipos ou marcas criadas em sistemas, projetos e programas do Ministério Público, ainda que não registrados perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial, não podem ser utilizados por particulares;

(ii) sem prejuízo da constatação anterior, o precedente contido no SEI 20.22.0001.0008044.2020-20, cujo desfecho foi o registro da marca “MP Cidadão” pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial, indica que cabe ao Procurador-Geral de Justiça realizar o juízo valorativo sobre a conveniência, ou não, de requerer os registros que entender necessários à satisfação do interesse público, primário ou secundário.

(iii) quando se tiver conhecimento do uso indevido de logotipos ou marcas criadas em sistemas, projetos e programas do Ministério Público, devem ser adotadas as medidas legais para cessar tal violação.

Caso Vossa Excelência entenda conveniente a realização do registro, os autos devem ser encaminhados à Secretaria-Geral para que adote as medidas necessárias à identificação das marcas e dos logotipos a serem registrados.

**EMERSON GARCIA**

*Consultor Jurídico*



Detalhe da imagem da capa

# Jurisprudência

Os acórdãos estampados correspondem integralmente às publicações oficiais dos julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.







Supremo Tribunal Federal

• • •

Jurisprudência Criminal

• • •

**AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE  
DECLARAÇÃO NA REVISÃO CRIMINAL  
Nº 5.529 / PARANÁ**

**RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**

**AGTE.(S): CLAUDIO MARQUES DA SILVA**

**ADV.(A/S): BARBARA LOUISE PUPO BREMM E OUTRO(A/S)**

**AGDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

**PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**

**EMENTA**

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA REVISÃO CRIMINAL. ACÓRDÃO DE TURMA. JULGAMENTO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. FALTA DE IDENTIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS DA AÇÃO REVISIONAL E O OBJETO DO RECURSO. INVIABILIDADE DA REVISÃO CRIMINAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – Somente cabe ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, a revisão criminal de seus julgados em processos cuja condenação for por este proferida ou mantida no exame de ação penal originária, de recurso criminal ordinário ou de recurso extraordinário, desde que, nesse último caso e nos termos do parágrafo único do art. 263 do RISTF, o “[...] seu fundamento coincidir com a questão federal apreciada”. Precedentes.

II – Agravo regimental a que se nega provimento.

## **ACÓRDÃO**

Acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão virtual do Plenário, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 18 de março de 2023.

**RICARDO LEWANDOWSKI – RELATOR**

18/03/2023

PLENÁRIO

**AG. REG. NOS EMB. DECL. NA REVISÃO CRIMINAL Nº 5.529 / PARANÁ**

**RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**

**AGTE.(S): CLAUDIO MARQUES DA SILVA**

**ADV.(A/S): BARBARA LOUISE PUPO BREMM E OUTRO(A/S)**

**AGDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

**PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**

### RELATÓRIO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Relator): Trata-se de agravo regimental contra decisão monocrática (documento eletrônico 41), complementada pela que apreciou os embargos de declaração opostos na sequência (documento eletrônico 46), por meio das quais neguei seguimento ao pedido de revisão criminal em desfavor de acórdão de órgão colegiado do Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário 1.372.452/PR, relator Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma), uma vez que os pronunciamentos jurisdicionais impugnados não se enquadravam nas hipóteses previstas no Texto Constitucional de 1988, no RISTF e na legislação em regência.

Inicialmente, o agravante afirma ser:

“[...] evidente o cabimento da revisão criminal protocolada perante este d. juízo, uma vez que, por meio de recurso ordinário, *a decisão monocrática do r. Ministro Dias Toffoli, manteve a condenação proferida pela magistrada de primeiro grau*” (pág. 9 do documento eletrônico 50; grifei).

Quanto ao mais, se limita a repetir textualmente as mesmas teses defendidas na inicial, argumentando, em suma, que:

“[...] No ano de 2010, o Estado do Paraná foi surpreendido com o ‘Escândalo dos Diários Secretos’, publicizado pelo Jornal ‘Gazeta do Povo’, no qual denunciava a ocorrência de supostos crimes de peculato e lavagem de dinheiro no interior da Assembleia Legislativa do Estado do Paraná no período de 1997 a 2010, a partir da contratação de cargos comissionados que em tese não prestavam serviço àquela casa, denominados assim de ‘funcionários fantasmas’.

Dentre os inquéritos instaurados pela GAECO a fim de investigar os supostos delitos, dividido nas operações Ectoplasma e Argonautas, destaca-se o Procedimento Investigatório Criminal n.º 18/2010, no

qual relatava a existência de uma suposta organização criminosa, que seria formada pelos Srs. (as) Abib Miguel, José Ary Nassiff, Claudio Marques da Silva, João Leal de Matos, Iara Rosane da Silva Matos, Priscila da Silva Matos Peixoto, Maria José da Silva, Nair Teresinha da Silva Schibicheski, e José Ricardo da Silva, e por 'diversos indivíduos de identidade ainda não apurada'.

A ação penal foi desmembrada no decorrer da instrução processual, de maneira que os autos n.º 0006762- 26.2010.8.16.0013 seguiu em relação aos denunciados Claudio Marques da Silva, João Leal de Matos, Priscila da Silva Matos Peixoto, Maria José da Silva e Nair Terezinha da Silva Schibieski.

No acertamento do caso penal, o juízo da 9ª Vara Criminal de Curitiba/PR, julgou parcialmente procedente a pretensão formulada na denúncia para condenar o Sr. Claudio Marques da Silva as penas do art. 312, *caput*, c/c art. 327, § 2º, ambos do Código Penal (fatos 02, 03, 04, 06, 07, 09, 10 e 11), c/c artigo 29, também do Código Penal; artigo 288, *caput*, do Código Penal (fato 01); e art. 1º, incisos V e VII, c/c § 2º do mesmo artigo, e §4º, todos da Lei n.º 9.613/98, c/c art. 29 do Código Penal (fatos 08 e 12), e absolvê-lo da prática do crime previsto no art. 299, parágrafo único, do Código Penal (fatos 03, 04, 06, 07, 09 e 10), por força do princípio da consunção, uma vez que se tratou de crime-meio em relação ao crime de peculato e da imputação contida no fato 05, à pena definitiva de 18 (dezoito) anos, 11 (onze) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e pagamento de 1093 (mil e noventa e três) dias-multa.

Irresignados com a condenação em primeiro grau de jurisdição, os condenados interpuseram recurso de apelação.

A 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, na oportunidade, por maioria dos votos, deu parcial provimento ao recurso do Ministério Público e negou provimento ao recurso do Sr. Claudio Marques, restando vencido, contudo, o revisor Marcel Guimarães Rotoli de Macedo, que divergiu do relator para: a) declarar a nulidade das provas obtidas por meio da busca e apreensão na Casa Legislativa do Estado do Paraná; b) declarar a nulidade das provas derivadas da busca e apreensão no interior da Casa Legislativa do Estado do Paraná; c) declarar a nulidade da sentença proferida, com o retorno dos autos ao juízo de origem, a fim de que fosse proferida nova sentença com base em outros elementos de provas.

Diante da decisão não unânime, o corréu Sr. José Ary Nassif apresentou embargos de nulidade contra o acórdão exarado, a fim de fazer prevalecer a decisão vencida do revisor.

O recurso defensivo fora acolhido pelo TJPR, de maneira que o voto vencido prevaleceu, tendo sido determinado na ocasião o retorno dos autos ao juízo de origem a fim de ser proferida nova sentença com base em outros elementos de prova, que não a busca e apreensão declarada ilegal.

Inconformados com o acórdão exarado no tocante a extinção da punibilidade declarada a alguns dos corréus, interessados apresentaram Recurso Especial e Recurso Extraordinário. O Ministério Público, por sua vez, além de apresentar Recurso Especial, também apresentou Recurso Extraordinário, com a finalidade especial de reverter a decisão que considerou ilegal a busca e apreensão realizada na ALEP.

Os Recursos Extraordinários foram registrados sob o n.º 1372452 no STF, sob relatoria do Ministro Dias Toffoli, que em decisão monocrática, sucinta e direta, deu provimento ao Recurso do Ministério Público do Estado do Paraná, para reconhecer a competência do juízo de primeiro grau para autorizar a busca e apreensão na ALEP, questionada do decorrer dos autos, e, portanto, declarar nulo os Embargos de Nulidade n.º 1.372.304-9/01, interposto nos autos n.º 0006762-26.2010.8.16.0013.

A decisão transitou em julgado em 23/09/2022.

Ocorre que, em paralelo com esses autos, nos Embargos de Nulidade n.º 0021415-33.2010.8.16.0013, os desembargadores do TJPR, instigados pela defesa do Sr. Abib Miguel, também decidiram sobre a matéria, reconhecendo novamente a ilegalidade da busca e apreensão realizada na Casa das Leis do Paraná e determinando o seu desentranhamento daqueles autos.

apesar de o Ministério Público também ter recorrido do acórdão exarado através de Recurso Extraordinário, a decisão da Corte Superior se limitou a reconhecer a prescrição da punibilidade delitiva dos acusados naqueles autos, de maneira que os embargos de nulidade permaneceram hígidos e surtindo efeitos no meio jurídico no tocante a ilegalidade das provas obtidas por meio da busca e apreensão.

Esta decisão, desta forma, transitou em julgado no Supremo Tribunal Federal em 08/02/2022” (págs. 4-6 do documento eletrônico 50; grifos no original).

Reafirma que “[...] a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná nos autos n.º 0021415- 33.2010.8.16.0013, que reconheceu a ilicitude dessas provas já havia transitado em julgado, fato que ocorreu na data de 08/02/2022”. (pág. 11 do documento eletrônico 50).

Apona, nesse cenário, que:

“[...] embora este r. Ministro tenha tido a oportunidade de divergir do acórdão exarado pelo TJPR nos embargos de nulidade n.º. 0021415-33.2010.8.16.0013, e deste modo, impedido a imutabilidade da decisão do tribunal de origem, o Recurso Extraordinário interposto naquela ação se limitou a reconhecer a extinção da punibilidade do acusado, julgando prejudicado as demais matérias alegadas pelo Ministério Público, entre elas, a ilegalidade da busca e apreensão realizada na ALEP.

Ora V. Excelência, com todo acato e respeito, antes do trânsito em julgado da matéria, ela havia sido levada ao conhecimento desta Corte Superior, através do exmo. Ministro Dias Toffoli, que na oportunidade não se manifestou acerca da ilegalidade das provas dos autos, questão essa de ordem pública.

Meses depois, após transitada em julgada a decisão ministerial, o r. Ministro decide em outros autos da operação, qual seja, 0006762-26.2010.8.16.0013, por meio do RE n.º. 1372452/PR, sobre a suposta legalidade da busca e apreensão realizada na ALEP, numa decisão sucinta e extremamente objetiva.

Na oportunidade, contudo, a matéria já tinha decisão definitiva, e mesmo sendo o Supremo Tribunal Federal o órgão máximo do país, não há possibilidade de quebrar o trânsito em julgado por simples decisão divergente, por clara afronta à Constituição Federal” (pág. 12 do documento eletrônico 50).

Também ratifica a ilicitude das provas obtidas na busca e apreensão realizada na Assembleia Legislativa do Estado do Paraná – Alep, *in verbis*:

“Porém, o mérito da questão não é o aviso prévio do Presidente da Casa Legislativa, mas sim a autoridade (incompetente) que deferiu as diligências.

No caso supracitado, a autoridade que deferiu as diligências na Casa Legislativa Federal foi o Supremo Tribunal Federal, juízo constitucionalmente competente para o ato, diversamente do caso

discutido nesses autos, donde o juízo de primeiro grau usurpou da competência do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

E mais, no caso em comento, a investigação que culminou na medida cautelar de busca e apreensão pairava sobre Deputados Estaduais, portanto, qualquer decisão deveria ser deferida pela Corte Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

[...]

Assim, o principal ponto de divergência é o envolvimento de Deputados Estaduais na investigação, que abre discussão para competência para deferir a realização das diligências investigatórias, que no caso concreto, evidentemente era do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, e não do Juízo de primeiro grau, em respeito as prerrogativas parlamentares e a reserva jurisdicional” (págs. 17-19 do documento eletrônico 50; sem os grifos do original).

Ao final, requer o provimento do recurso, “[...] a fim de reformar a decisão recorrida para que seja recebida e processada a presente revisão criminal [...]”. (pág. 34 do documento eletrônico 50)

É o relatório.

18/03/2023  
PLENÁRIO

AG. REG. NOS EMB. DECL. NA REVISÃO CRIMINAL Nº 5.529 / PARANÁ

### VOTO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Relator): Bem reexaminados os autos, verifico que a decisão ora agravada não merece reparo, tendo em vista que o agravante não trouxe argumentos capazes de infirmá-la.

Consoante registrado pelo provimento judicial recorrido,

“[...] a pretensão deduzida na presente revisão criminal está direcionada, segundo a causa de pedir formulada na exordial, contra pronunciamentos jurisdicionais (monocráticos e colegiados) proferidos pela Primeira Turma desta Corte, mais precisamente no âmbito do julgamento dos recursos manejados no Recurso Extraordinário 1.372.452/PR, de relatoria do Ministro Dias Toffoli.

De acordo com os referidos autos, o Ministro Dias Toffoli proferiu decisão monocrática na data de 13/05/2022, a fim de dar provimento ao recurso do Ministério Público do Estado do Paraná – MP/PR para: (i) *reconhecer a competência* do juízo de primeiro grau para autorizar as diligências questionadas naqueles autos, e julgar prejudicado o agravo em recurso extraordinário deduzido por Jose Ary Nassiff; (ii) restabelecer a sentença condenatória proferida pelo magistrado de primeira instância, reformando, para tanto, “acórdão recorrido no ponto em que anulou a sentença de primeiro grau.” Veja-se:

[...]

Interpostos embargos declaratórios pelo ora requerente e por Jose Ary Nassiff, a Primeira Turma desta Corte negou provimento aos recursos na data de 27/6/2022, *in verbis*:

[...]

Manejados novos embargos declaratórios, a Primeira Turma desproveu o recurso na data de 3/11/2022, com determinação expressa de certificação do trânsito em julgado do acórdão embargado. Veja-se:

[...]

Diante desse mosaico fático, constato, de forma clara e indene de dúvida, que os pronunciamentos jurisdicionais objetos desta revisão criminal não se enquadram nas hipóteses previstas no Texto



Constitucional de 1988 e no Regimento Interno do STF, ficando inviabilizado, por consequência, o ajuizamento da presente ação revisionária no âmbito deste Tribunal.

Isso porque: (i) o STF não proferiu ou manteve condenação no julgamento de ação penal originária ou recurso criminal ordinário; (ii) *o provimento do recurso extraordinário* interposto pelo MP/PR – inicialmente, de forma monocrática, e posteriormente chancelado pela Primeira Turma desta Corte no julgamento dos embargos declaratórios – *limitou-se a reformar o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná*, restabelecendo, por consequência, a sentença penal condenatória proferida por magistrado de primeira instância.

Dito de outro modo, *não sobreveio pronunciamento condenatório original* por ocasião do julgamento do mencionado recurso extraordinário, de modo que, por consequência lógica, mostra-se descabida a invocação do disposto no parágrafo único do art. 263 do RISTF para dar suporte ao ajuizamento da presente revisão criminal” (págs. 8-11 do documento eletrônico 41; grifei).

De fato, o acórdão proferido no âmbito do Recurso Extraordinário 1.372.452/PR *não operou o efeito substitutivo em relação ao decreto condenatório*. Limitando-se a certificar a competência do Juízo para autorizar as diligências questionadas, reformou o acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR) tão somente “[...] no ponto em que anulou a sentença de primeiro grau”. (pág. 4 do documento eletrônico 18)

Conforme asseverado pela decisão que negou provimento aos embargos de declaração, o exame realizado pelo Primeira Turma deste STF se restringiu ao exame da “[...] legalidade das provas coligidas, reafirmando, na sequência, o recente entendimento firmado pelo Plenário da Corte sobre a temática sob exame.” (documento eletrônico 46)

Como se sabe, o extraordinário é recurso de fundamentação vinculada (art. 102, III, da Constituição Federal), não sendo permitido ao Supremo apreciar livremente toda e qualquer questão relacionada com a matéria fático-probatória.

*É por tal razão* – observa Renato Brasileiro de Lima (*Manual de Processo Penal*, 7. ed., Salvador: Juspodivm, 2019, p. 1.868), com amparo no parágrafo único do art. 263 do RISTF (reproduzido na decisão agravada) – que o julgamento da revisão criminal somente cabe a esta Suprema Corte se o seu fundamento corresponder – exatamente – ao objeto do recurso extraordinário examinado, *verbis*:

“[...] se o recurso extraordinário foi conhecido pelo Supremo, a ele caberá o julgamento da revisão criminal (CF, art. 102, I, ‘j’), desde que o fundamento da revisional coincida com questão apreciada pela Suprema Corte no julgamento do RE. A propósito, o Regimento

Interno do Supremo prevê que, quando a decisão condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal, caberá revisão pelo Supremo de processo em que a condenação tiver sido por ele proferida ou mantida no julgamento de recurso extraordinário, *se seu fundamento coincidir com a questão federal apreciada* (RISTF, art. 263, parágrafo único)” (grifei).

Desse modo, não sendo esse o caso dos autos, afigura-se inviável o manejo da presente ação revisional.

Com essa mesma linha de inteligência, cito os seguintes precedentes: RvC 5.455/SP-AgR, da minha relatoria; RvC 5.448-AgR/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia; RvC 5.426/DF, Rel. Min. Dias Toffoli; RvC 5.449/DF, Rel. Min. Rosa Weber; RvC 5.444/SP, Rel. Min. Teori Zavascki; RvC 5.440/PR, Rel. Min. Luiz Fux.

Ademais, está registrado pela decisão agravada que:

*“[...] compulsando as razões dos embargos declaratórios manejados pelo ora requerente nos autos Recurso Extraordinário 1.372.452/PR (e-doc. 185), de relatoria do Ministro Dias Toffoli, constato que não foi trazida a lume naquela ocasião a alegada violação da coisa julgada material, tese central da presente revisão criminal, a indicar, mais uma vez, a inaplicabilidade do disposto no art. 263, parágrafo único, do RISTF.*

Rememore-se, mais uma vez, que ao Supremo Tribunal Federal compete processar e julgar, originariamente, a revisão criminal de seus julgados (findos), quanto as condenações por ele proferidas (art. 102, I, j, da Constituição Federal, e art. 624, I, do Código de Processo Penal), o que não corresponde ao caso dos autos.

Mas não é só. No que concerne à alegada ilicitude das provas obtidas – em razão da autorização por suposto juízo incompetente – convém sublinhar que a Primeira Turma desta Corte, ao desprover os embargos declaratórios manejados pelo ora requerente e por Jose Ary Nassiff, reafirmou a decisão monocrática do Ministro Dias Toffoli, a qual, por sua vez, acolheu a tese do *Parquet* no sentido de que nenhum dos envolvidos em questão era detentor de foro especial por prerrogativa de função.

Por corolário lógico, chancelou-se naquela assentada a competência do magistrado de origem para o deferimento das provas coligidas.

Nesse panorama, cumpre rememorar o entendimento recente firmado por esta Corte no sentido da possibilidade de decretação de medida de busca e apreensão no âmbito do Congresso Nacional

por juízo de primeira instância, com a ressalva expressa de que a cautelar não deverá ser direcionada – direta ou indiretamente – a investigação de congressista, sob pena de usurpação da competência do STF (art. 102, I, b, da CF/1988). Confira-se:

**'RECLAMAÇÃO. AÇÃO CAUTELAR. JULGAMENTO CONJUNTO. MATÉRIA PROCESSUAL PENAL. BUSCA E APREENSÃO REALIZADA NAS DEPENDÊNCIAS DO SENADO FEDERAL. MEDIDA AUTORIZADA PELO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. AUSÊNCIA DE AUTOMÁTICA E NECESSÁRIA USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SUPERVISÃO DE APURAÇÃO TENDENTE A ELUCIDAR CONDUTAS POTENCIALMENTE ATRIBUÍDAS A CONGRESSISTAS NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO PARLAMENTAR. VULNERAÇÃO À COMPETÊNCIA DESTA CORTE. HIGIDEZ DAS PROVAS REPETÍVEIS OU QUE DISPENSAM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PEDIDO PARCIALMENTE PROCEDENTE.**

1. A competência penal originária do Supremo Tribunal Federal, inclusive no que toca à etapa investigatória, encontra-se taxativamente elencada nas regras de direito estrito estabelecidas no art. 102 da CRFB, razão pela qual não permite alargamento pela via interpretativa.

2. Inexistente previsão constitucional em direção diversa, não há como se acolher a pretensão no sentido de que seria necessariamente do Supremo Tribunal Federal a competência para apreciar pedido de busca e apreensão a ser cumprida nas dependências de Casas Legislativas. Isso porque, conforme se extrai do art. 102, CRFB, não se elegeu o local da realização de diligências, ou seja, o critério espacial, como fator de determinação de competência desta Corte.

3. *As imunidades parlamentares visam a salvaguardar a independência do exercício dos respectivos mandatos congressuais, de modo que não são passíveis de extensão em favor de outros agentes públicos ou funções alheias às estritas atividades parlamentares. Por essa razão, não há impedimento normativo de que integrantes de Polícia Legislativa sejam diretamente investigados em primeiro grau, na medida em que referidas funções públicas não se inserem no rol taxativo a legitimar a competência penal originária desta Suprema Corte.*

4. Eventuais interferências entre os Poderes constituídos ou condicionamentos da atividade jurisdicional, como a exigência de participação de outros órgãos na realização de determinadas diligências, devem decorrer de previsão constitucional, descabendo adotar mecanismo de freio e contrapeso não disciplinado, expressa ou implicitamente, pela própria Constituição da República.

5. A jurisprudência desta Suprema Corte firmou-se no sentido de que a competência penal constitucionalmente estabelecida alcança também a fase investigatória. Assim, se inexistir indicativo de competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar eventual ação penal, não há razão para que a Suprema Corte aprecie medida de cunho preparatório e acessório.

6. Em sede de reclamação, a alegação de usurpação da competência do STF em razão da investigação, em primeiro grau, de agentes detentores de foro nesta Suprema Corte, deve ser demonstrada sem exigir o reexame de matéria fático-probatória. Para a configuração dessas circunstâncias, são insuficientes a possibilidade abstrata de envolvimento de parlamentares, bem como simples menções a nomes de congressistas.

[...]

10. O Tribunal Pleno, por maioria, acolheu o pedido cautelar formulado pela Procuradoria-Geral da República para o fim de não desconstituir a busca e apreensão realizada, resguardando-se o exame exauriente da validade de eventuais provas decorrentes da medida para momento oportuno, após avaliação do material arrecadado pelos órgãos de persecução.

11. Pedido julgado parcialmente procedente.’ (Reclamação 25.337/DF, relator Ministro Edson Fachin, Plenário – grifei)

Assim, e tendo em vista o panorama fático acima explicitado, não há espaço hermenêutico possível para a revisitação dos pronunciamentos jurisdicionais validamente proferidos pela Primeira Turma do STF” (págs. 12-15 do documento eletrônico 41; grifos no original).

Isso posto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

**PLENÁRIO**  
**EXTRATO DE ATA**

**AG. REG. NOS EMB. DECL. NA REVISÃO CRIMINAL Nº 5.529**

**PROCED.: PARANÁ**

**RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**

**AGTE.(S): CLAUDIO MARQUES DA SILVA**

**ADV.(A/S): BARBARA LOUISE PUPO BREMM (53904 / PR) E OUTRO(A/S)**

**AGDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

**PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**

**Decisão:** O Tribunal, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Plenário, Sessão Virtual de 10.3.2023 a 17.3.2023.

**Composição:** Ministros Rosa Weber (Presidente), Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques e André Mendonça.

Carmen Lilian Oliveira de Souza

Assessora-Chefe do Plenário



# REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA REVISÃO CRIMINAL Nº 5.508 / RONDÔNIA

RELATOR: MIN. NUNES MARQUES

REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. ALEXANDRE DE MORAES

REQTE.(S): IVO NARCISO CASSOL

ADV.(A/S): FRANCISCO AQUILAU DE PAULA E OUTRO(A/S)

REQDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

## EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. REVISÃO CRIMINAL. MEDIDA CAUTELAR. EFEITOS DA CONDENAÇÃO. AUSÊNCIA DE *FUMUS BONI IURIS* E *PERICULUM IN MORA*. FUNDAMENTOS ANALISADOS E AFASTADOS PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MEDIDA CAUTELAR NÃO REFERENDADA.

1. A Revisão Criminal, por conta da sua natureza excepcional, somente deve ser utilizada quando preenchidos os requisitos legais para o seu conhecimento, afinal, do contrário estaria utilizando a referida ação de impugnação como verdadeiro substitutivo de um recurso.
2. O Plenário desta SUPREMA CORTE, em diversas ocasiões, foi provocado a se manifestar sobre as questões alegadas pela Defesa e analisadas na decisão monocrática do eminente Min. NUNES MARQUES, no decorrer do trâmite da AP 565/RO, de onde se origina a condenação aqui discutida.
3. A análise prévia realizada pelo Pleno do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, que afastou as alegações de ocorrência da prescrição em mais de uma oportunidade nos autos da AP 565/RO, e sucessivos embargos declaratórios, serve de fundamento idôneo para afastar o requisito do *fumus boni iuris* da medida cautelar.
4. Medida cautelar não referendada.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, em Sessão Virtual do Plenário, sob a Presidência do Senhor Ministro LUIZ FUX, em conformidade com a certidão de julgamento, por maioria, não referendaram a medida cautelar, nos termos do voto do Ministro ALEXANDRE DE MORAES, Redator para o acórdão, vencido o Ministro NUNES MARQUES, Relator.

Brasília, 5 de setembro de 2022.

**MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES**

Relator

*Documento assinado digitalmente*



15/08/2022

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA REVISÃO CRIMINAL Nº 5.508 / RONDÔNIA**

**RELATOR: MIN. NUNES MARQUES**

**REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. ALEXANDRE DE MORAES**

**REQTE.(S): IVO NARCISO CASSOL**

**ADV.(A/S): FRANCISCO AQUILAU DE PAULA E OUTRO(A/S)**

**REQDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

**PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**

### RELATÓRIO

**O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES:** Trata-se de revisão criminal ajuizada, com fulcro no art. 621 do Código Penal, por IVO NARCISO CASSOL, contra acórdão do Plenário, prolatado na AP 565, que o condenou à pena definitiva de 4 (*quatro*) anos de detenção, cumprida no regime aberto, substituída por restritivas de direitos e multa, com a conseqüente inelegibilidade (Lei Complementar n. 64/1990, art. 1º, I, “e”), pela prática do crime previsto no art. 90 da Lei n. 8.666/1983 – fraude ao caráter competitivo de procedimento licitatório quando era Prefeito do Município de Rolim de Moura/RO, no período de 1998 a 2002.

Mediante petição protocolada sob o n. 56.392/2022 (evento 20), o autor revisional requer a concessão de tutela de urgência incidental, nos termos do art. 2º-C da Lei Complementar n. 64/1990, “para que sejam suspensos os efeitos de inelegibilidade decorrentes da condenação penal [...] até o julgamento de mérito da revisão criminal”.

Alternativamente, se o entendimento for de que o caso não se enquadra na hipótese prevista no art. 26-C da Lei Complementar n. 64/1990, pede seja deferida, em caráter liminar, “a antecipação dos efeitos da revisão criminal, suspendendo-se a condenação imposta ao requerente, nos termos do art. 300 do CPC, aplicável por analogia do processo penal”.

Alega que o Supremo, apesar de “reconhecer a ausência de superfaturamento ou de vantagem de qualquer espécie patrimonial decorrente dos atos investigados”, condenou-o por ter escolhido “modalidades de licitação diversas das exigidas por lei, com o fracionamento das despesas”, fundamento que sustenta “exclusivamente formal”.

Realça que a Ministra Relatora da ação penal, conquanto haja reconhecido a realização das obras e a ausência de superfaturamento, partindo da premissa de que ele, “em sendo chefe do Poder Executivo, não teria como desconhecer aqueles fatos”, responsabilizou-o objetivamente, o que, afirma, não é permitido na legislação pátria.

Frisa que a única circunstância a si atribuída, “ainda assim, [...] extremamente genérica – é a de que ele teria ligações próximas com alguns dos sócios das empresas que venceram algumas licitações”, em que pese esses empresários tenham sido absolvidos.

Assevera, em resumo, que a “probabilidade do direito repousa em dois fundamentos lógico-rationais que passam ao largo de qualquer revolvimento probatório”: “(i) a *prescrição da pretensão punitiva*” e (ii) “o reconhecimento de flagrante erro de tipificação, decorrente da ausência de correlação objetiva entre a denúncia e o acórdão (que acabou por reconhecer a ausência de conluio entre as empresas investigadas)”.

Aponta o perigo da demora, referindo-se à condição de pré-candidato ao Governo do Estado de Rondônia pelo Progressistas (PP) e ao agendamento para 5 de agosto de 2022 da convenção do Partido para definição de candidatos. Articula com “danos óbvios à imagem política do pré-candidato”. Sublinha o prazo final para registro de candidaturas, a ocorrer em 15 de agosto. Ressalta o risco de “ficar de fora da disputa eleitoral pela ilegal projeção dos efeitos da condenação em análise”.

Aduz que a ação cumpre os requisitos legais para seu acolhimento, uma vez que replica o quanto já dito nos autos da ação penal no tocante ao reconhecimento da prescrição, oportunidade na qual “ficou demonstrada a violação expressa ao art. 117, IV, CP e a precedentes de ambas as turmas do STF”. Remete a conclusão desta Corte de que o marco interruptivo a ser considerado para efeito de prescrição é a data da publicação do acórdão, e não a do julgamento, como consignou a eminente Relatora.

Mediante a petição n. 40.766/2021, formalizada como aditamento à inicial, alude a entendimento firmado pela Segunda Turma em 24 de fevereiro de 2021, no HC 197.018 AgR, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, no sentido de que, em caso de provimento de embargos de declaração – naquela hipótese a resultar na substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos – não é a data do julgamento da ação penal em que condenado o acusado, mas a do exame dos declaratórios – acórdão que integra e forma conjunto uniforme incindível com o anterior – que constitui marco interruptivo da prescrição.

Presente tal compreensão, ressalta que, na ação penal em que formalizado o pronunciamento cuja revisão se pretende nesta demanda, quando da apreciação dos segundos embargos declaratórios, em 14 de dezembro de 2017, foram-lhes concedidos efeitos modificativos, a implicar redução, para 4 anos, da pena privativa de liberdade então fixada em 4 anos, 7 meses e 26 dias, com reflexo inclusive no lapso prescricional previsto no art. 109 do Código Penal, igualmente reduzido, na hipótese, de 12 para 8 anos.

Tendo, portanto, como marco interruptivo da prescrição, a data do julgamento dos declaratórios mediante os quais reduzida a pena com repercussão benéfica até no lapso prescricional, argui consumada a causa extintiva da punibilidade entre o recebimento da denúncia – 17 de agosto de 2005 – e a data do julgamento dos

segundos embargos então providos com efeitos modificativos – 14 de dezembro de 2017 –, matéria de ordem pública, passível de conhecimento inclusive de ofício.

Solicitei designação de sessão virtual extraordinária para o dia 12 de agosto último, quando o ministro Alexandre de Moraes pediu vista, vindo a devolvê-la para continuidade do julgamento a partir de 26 de agosto, com término em 2 de setembro de 2022. Manifestou-se Sua Excelência no sentido de não ser referendada a cautelar, ao argumento de que o Pleno teria, ao julgar a ação penal, examinado e afastado as alegações veiculadas nesta revisão criminal.

É o relatório, complementado após a apresentação do voto-vista.

15/08/2022

PLENÁRIO

## REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA REVISÃO CRIMINAL Nº 5.508 / RONDÔNIA

### VOTO

**O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES (RELATOR):** Trata-se de revisão criminal, mediante a qual IVO NARCISO CASSOL busca, em sede liminar, a suspensão, até o julgamento de mérito desta ação, da inelegibilidade decorrente de sua condenação penal, nos termos do art. 1º, I, "e", da Lei Complementar n. 64/1990.

Deferi o pedido de tutela de urgência por entender relevantes as alegações apresentadas pelo autor revisional e presente o *periculum in mora* apto a autorizar a concessão da tutela de urgência, ainda que em parte. Na oportunidade, fiz ver:

É que a ocorrência do perigo de dano, no caso, é irreparável, uma vez que o prazo para definição dos nomes dos candidatos do Partido Progressista ocorrerá no próximo dia 05 de agosto de 2022 e, assim, se os efeitos da inelegibilidade da condenação penal em análise não forem suspensos, poderá o requerente ficar fora da disputa eleitoral de outubro/2022, embora, se verifique ter havido o cumprimento integral da pena imposta, com a extinção da punibilidade em 14/12/2020.

Pois bem.

Quando submeti ao referendo do Colegiado a decisão cautelar formalizada na RvC 5.487, ressaltai que "a revisão criminal surge como instrumento de correção de possíveis injustiças no curso do processo penal". Anotei, ademais:

Em que pese toda a persecução criminal seja permeada por garantias fundamentais ao acusado em observância ao Estado Democrático de Direito, a segurança jurídica resultante do trânsito em julgado da sentença penal condenatória não pode sobrepor-se a um possível saneamento de um indesejado erro judiciário. Tanto é assim que a revisão criminal pode ser requerida em qualquer tempo, desde que não haja reiteração de pedido, salvo se fundado em novas provas (CPP, art. 622, *caput* e parágrafo único).

No mesmo sentido, conclui BENTO DE FARIA ao afirmar que "O instituto da revisão é, assim, justificado, não por sentimentalismo mórbido, mas por evidentes e poderosas razões de justiça, sem ofensa às necessidades da disciplina social" (*Código de Processo Penal*. 2. ed., Rio de Janeiro: Record, 1960. v. II, p. 343).

Ora, não se discute, aqui, se o julgamento da ação penal está correto, porquanto o argumento veiculado nesta revisão criminal jamais foi examinado pelo Pleno, frise-se, nem na ação penal cuja condenação se impugna, nem em qualquer outro feito.

Vale destacar que a articulação de prescrição está centralizada em debate inteiramente diverso do travado na ação penal e nos vários declaratórios que sobrevieram ao julgamento de mérito.

Na ação penal, discutiu-se se a interrupção da prescrição se opera na data da sessão de julgamento ou com a publicação do acórdão condenatório. A questão suscitada nesta revisão criminal é inteiramente diversa e, reitero, inédita aos olhos do Plenário deste Tribunal. Evocando entendimento da Segunda Turma, ao apreciar, em 24 de fevereiro de 2021, o HC 197.018 AgR, Relator o ministro Ricardo Lewandowski, debate-se se, em caso de provimento de embargos de declaração com efeitos modificativos a ocasionarem redução da pena, e com reflexos inclusive sobre o prazo prescricional, o marco interruptivo deve residir na data da primeira sessão ou na data do julgamento dos declaratórios que, então, integram e aperfeiçoam o pronunciamento condenatório.

A ênfase na distinção ostenta relevo maior porquanto em diversas oportunidades, na análise da questão de ordem suscitada na AP 565/RO, se argumentou, de forma, *data maxima venia*, incorreta, que o fundamento que levou ao implemento da cautelar fora exaustivamente apreciado no julgamento da ação penal.

O tema da prescrição não poderia sequer ter sido examinado sob tal ótica, já que a tese foi encampada pela Segunda Turma apenas em 24 de fevereiro de 2021, mais de 7 anos após a condenação do requerente desta revisão criminal.

Não bastasse isso, a divergência inaugurada pelo eminente ministro Alexandre de Moraes está alicerçada na mesma – e equivocada – premissa, tendo Sua Excelência afirmado que “os fundamentos invocados pela Defesa do requerente (alegação de ocorrência de prescrição) já foram objeto de apreciação, de maneira sucessiva, pelo Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL”.

Repiso que a (nova) articulação de prescrição da pretensão punitiva diz respeito à fixação do marco interruptivo ante provimento de declaratórios, com repercussão não apenas sobre a pena definitiva, mas também sobre o lapso prescricional. Não cuida da controvérsia anteriormente resolvida na ação penal.

Em outras palavras, *não se trata de acórdão integrativo, mas modificativo*, inclusive do lapso prescricional.

Sobre o tema, em 24 de fevereiro de 2021, ao apreciar o HC 197.018 AgR, Relator o ministro Ricardo Lewandowski, a Segunda Turma, por maioria, negando provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público Federal, assentou que “o marco interruptivo do prazo prescricional deixou de ser a data de publicação da sentença, passando a ser o dia do julgamento dos embargos”. Confira-se a ementa:

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. PENAL. PRESCRIÇÃO. MARCO INTERRUPTIVO. JULGAMENTO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COM EFEITOS INTEGRATIVOS À SENTENÇA CONDENATÓRIA. COMPLEMENTAÇÃO DO TÍTULO CONDENATÓRIO PARA TORNÁ-LO EXEQUÍVEL. JULGAMENTO DOS EMBARGOS COMO MARCO TEMPORAL DA PRESCRIÇÃO. DECURSO DO PRAZO PRESCRICIONAL ENTRE A DATA DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E A DO JULGAMENTO DOS SEGUNDOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS. PRESCRIÇÃO RECONHECIDA. AGRAVO REGIMENTAL DO *PARQUET* A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – Em razão de dois embargos declaratórios opostos pela defesa, o último deles acolhidos em 4/12/2015, o Magistrado de primeiro grau agregou fundamentação ao entendimento previamente consolidado e reduziu a reprimenda do paciente para 4 anos, 4 meses e 9 dias de reclusão, a serem cumpridos em regime semiaberto, integrando, assim, a sentença condenatória e, em consequência, interrompendo o transcurso do prazo para a apelação.

II – Entre a decisão que recebeu a denúncia (7/11/2007) e o julgamento dos últimos embargos de declaração, os quais tornaram definitiva a sentença condenatória (4/12/2015), há o transcurso de período superior a 8 anos, o que, nos termos do art. 109, IV, do Código Penal, acarreta no reconhecimento da prescrição antes de transitar em julgado a sentença.

III – Agravo regimental a que se nega provimento.

Acompanharam o eminente Relator a ministra Cármen Lúcia e o ministro Gilmar Mendes.

Divergi, à época, entendendo que os embargos de declaração integrativos não tinham força para interrupção da prescrição. Não é, de qualquer sorte, esse o caso aqui.

Nestes autos, os embargos de declaração, *mais do que integrativos, modificaram a pena imposta de 4 (quatro) anos, 8 (oito) meses e 26 (vinte e seis) dias, reduzindo-a para 4 (quatro) anos de detenção.*

Ora, os embargos implicaram a modificação da condenação e a redução da pena. Assim, acabaram por alterar também o lapso prescricional, reduzindo-o de 12 (doze) anos (CP, art. 109, III), para 8 (oito) anos (CP, art. 109, IV). É dizer, o julgamento dos embargos, em 14 de dezembro de 2017, integrou e aperfeiçoou o acórdão condenatório. Ocorrendo, portanto, o transcurso de período superior a 8 (oito) anos (CP, art. 109, IV), considerado o recebimento da denúncia em 17 de agosto de 2005, ter-se-ia a prescrição da pretensão punitiva.

Nesse diapasão, GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ delinea que:

[...] como a decisão que julga os embargos de declaração passa a incorporar sentença ou acórdão esclarecido, explicado ou completado, formando com este um conjunto uniforme e incidível, é de concluir que *antes do julgamento dos embargos de declaração não há uma decisão integral apta a produzir efeitos*. (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual de recursos penais*. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 338 – grifei)

Diante dos argumentos trazidos pelo autor revisional, é certo que, além da modificação da pena imposta ao recorrente, alterou-se também o lapso temporal da prescrição, o que revela indiscutível relevância em sua fundamentação.

Além disso, é evidente o perigo de dano irreparável, como firmado na decisão ora submetida ao crivo do Colegiado, em vista da data-limite para definição de candidatos ao pleito eleitoral de 2022. Ressalto, no ponto, que o *periculum in mora* surgiu em razão de o autor ter resolvido exercer o direito político de candidatar-se para as eleições que se avizinham. Tal direito, destaque-se, lhe está sendo obstado por efeito da condenação questionada nesta revisão criminal – fundamentadamente, como acima se demonstrou –, valendo-se, para tanto, *frise-se uma vez mais*, de fato que ainda não foi apreciado por esta Corte no processo objeto da presente revisão.

Ante o exposto, voto pelo referendo da medida cautelar concedida, a fim de que sejam suspensos, até o julgamento definitivo desta revisão criminal, os efeitos do título condenatório formalizado na AP 565.

É como voto.

**PLENÁRIO  
EXTRATO DE ATA**

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA REVISÃO CRIMINAL Nº 5.508**

**PROCED.: RONDÔNIA**

**RELATOR: MIN. NUNES MARQUES**

**REQTE.(S): IVO NARCISO CASSOL**

**ADV.(A/S): FRANCISCO AQUILAU DE PAULA (1-B/RO) E OUTRO(A/S)**

**REQDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

**PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**

**Decisão:** Após o voto do Ministro Nunes Marques (Relator), que propunha o referendo da medida cautelar concedida, a fim de que sejam suspensos, até o julgamento definitivo desta revisão criminal, os efeitos do título condenatório formalizado na AP 565, pediu vista dos autos o Ministro Alexandre de Moraes. Plenário, Sessão Virtual Extraordinária de 12.8.2022 (00h00) a 12.8.2022 (23h59).

**Composição:** Ministros Luiz Fux (Presidente), Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques e André Mendonça.

**CARMEN LILIAN OLIVEIRA DE SOUZA**

Assessora-Chefe do Plenário



**05/09/2022**  
**PLENÁRIO**

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA REVISÃO CRIMINAL Nº 5.508 / RONDÔNIA**

**RELATOR: MIN. NUNES MARQUES**

**REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. ALEXANDRE DE MORAES**

**REQTE.(S): IVO NARCISO CASSOL**

**ADV.(A/S): FRANCISCO AQUILAU DE PAULA E OUTRO(A/S)**

**REQDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

**PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**

### **VOTO VOGAL**

#### **A Senhora Ministra Rosa Weber:**

1. Trata-se de pedido de tutela de urgência, aforado por IVO CASSOL em caráter incidental à presente revisão criminal, com o objetivo de obter a suspensão dos “efeitos de inelegibilidade decorrentes da condenação penal” a ele imposta pelo Plenário desta Suprema Corte, nos autos da AP 565/RO (eDoc. 20), até o julgamento de mérito desta ação revisional.

Alega o autor, em síntese, que a probabilidade do direito perseguido repousaria, basicamente, em dois fundamentos: (i) ocorrência de prescrição da pretensão punitiva, seja porque o marco interruptivo do curso prescricional somente se verificaria na data da publicação do acórdão condenatório – e não no dia da sessão de julgamento –, seja pelo fato de que “o marco interruptivo da prescrição deve ser postergado para a data em que a condenação do réu é estabilizada – tornada definitiva – nos casos em que há modificação da pena em sede de embargos declaratórios” (eDoc. 20, fl. 09); e (ii) ausência de correlação objetiva entre a denúncia e o acórdão condenatório. O *periculum in mora*, por sua vez, estaria consubstanciado na proximidade do pleito eleitoral, considerando-se que o “requerente é pré-candidato ao Governo do estado de Rondônia pelo Progressistas (PP) e a convenção do Partido para definição de candidatos ocorrerá no próximo dia 05 de agosto de 2022”, além de finalizar em 15.8.2022 a data para o registro de candidaturas.

Ao manifestar-se sobre a ação revisional interposta, o então Vice-Procurador-Geral da República, Dr. HUMBERTO JACQUES DE MEDEIROS, pugnou pelo seu não conhecimento, em promoção assim ementada (eDoc. 19 – destaques do texto original):

*“Revisão Criminal, Condenação. Crime de fraude à licitação. Questão de ordem. Prescrição. Inocorrência. O acórdão condenatório sempre interrompe a prescrição. Jurisprudência do STF. Fatos processuais regulares. Inconformismo e rejuízo.”*

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que o acórdão condenatório sempre interrompe a prescrição, nos termos do inciso IV do artigo 117, do Código Penal. A formação de um decreto condenatório vigoroso, forte e sólido não encontra desfazimento em questionamento de decisão judicial suficientemente embasada no interesse público para uma quebra de sigilo de contrato firmado entre a empresa do condenado e instituição financeira e fomentado por dinheiro público.

Hipótese de *não conhecimento* da revisão criminal.”

No dia 04.8.2022, o Ministro NUNES MARQUES, Relator do feito, deferiu a providência cautelar requestada, para o fim de *“suspender os efeitos remanescentes da condenação penal, até o julgamento da presente Revisão Criminal”* (eDoc. 26). Eis os fundamentos do *decisum* ora submetido ao referendo deste colegiado (destaques do texto original):

*“Tal o contexto, entendo existir relevância nas argumentações acima transcritas, bem como que está presente o ‘periculum in mora’ que autoriza a concessão do pedido liminar, ainda que em parte.*

*É que a ocorrência do perigo de dano, no caso, é irreparável, uma vez que o prazo para definição dos nomes dos candidatos do Partido Progressista ocorrerá no próximo dia 05 de agosto de 2022 e, assim, se os efeitos da inelegibilidade da condenação penal em análise não forem suspensos, poderá o requerente ficar fora da disputa eleitoral de outubro/2022, embora, se verifique ter havido o cumprimento integral da pena imposta, com a extinção da punibilidade em 14/12/2020.*

*Ante o exposto, concedo o pedido cautelar (...).”*

Irresignada, a Vice-Chefe do Ministério Público da União, Dra. LINDÔRA MARIA ARAÚJO, interpôs recurso de agravo regimental, com pedido de reconsideração, em face do provimento cautelar acima transcrito. Colho, no que sobreleva, excertos do pronunciamento ministerial (eDoc. 29 – destaques do texto original):

*“No que se refere à prescrição da pretensão punitiva, não há fundamento que ampare a pretensão do requerente, uma vez que a matéria fora amplamente debatida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.*

A alegação de prescrição foi expressamente decidida tanto no acórdão condenatório como nos acórdãos que julgaram os embargos de declaração. Por oportuno, transcreve-se o voto da Ministra Cármen Lúcia, relatora original da Ação Penal:

(...)

Diante desse cenário a concessão da liminar para suspender os efeitos da condenação, em razão do marco interruptivo do prazo prescricional, consiste, em verdade, *em rediscussão daquilo que já foi analisado, com profundidade, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal*. O que não é admissível em sede de Revisão Criminal, tampouco na concessão de pedido cautelar.

Com relação ao segundo fundamento do pleito, referente ao reconhecimento de flagrante erro de tipificação, o requerente aduziu que *'restou despercebido pelos e. Ministros julgadores que, a partir do reconhecimento de ausência de ajuste prévio entre as empresas investigadas nos autos, o tipo penal em que o requerente poderia ser enquadrado não seria mais o art. 90 da Lei nº 8.666/93, mas, sim, o art. 89 daquele diploma'*.

(...)

Quanto ao ponto, o quadro probatório produzido durante a instrução criminal é extremamente robusto. (...).

O objetivo da Revisão Criminal, como se sabe, *é assegurar a correção de um erro judiciário*, o que não ocorre quando sobre a prova haja uma interpretação aceitável e ponderada, hipótese evidenciada nos autos da Ação Penal nº 565/AM.

Outrossim, o requerente não fez prova da existência de ato praticado por essa Corte Suprema, no julgamento da Ação Penal, que pudesse fazer ver a ocorrência de um julgamento manifestamente contrário à prova dos autos.

Pelo contrário, o argumento do requerente, de que *'A partir da alteração típica (decorrente da constatação inequívoca de que não houve conluio) deveria ter sido realizada a emendatio libelli, conforme determina o art. 383, do Código de Processo Penal'*, evidencia que o presente pleito cautelar objetiva nova valoração das provas já analisadas por essa Corte Constitucional."

No presente julgamento, o Min. NUNES MARQUES apresentou voto escrito pelo referendo de sua decisão monocrática, na forma da seguinte ementa:

“MEDIDA CAUTELAR. REVISÃO CRIMINAL. SUSPENSÃO DOS EFEITOS DO TÍTULO CONDENATÓRIO FORMALIZADO NA AP 565. PERIGO DE DANO. INELEGIBILIDADE. PROBABILIDADE DO DIREITO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DOSIMETRIA. PRESCRIÇÃO. CONTRARIEDADE A TEXTO EXPRESSO DE LEI. PRESCRIÇÃO.

1. A modificação, com redução, da pena imposta ao autor revisional alterou o lapso prescricional, tornando definitivo o acórdão condenatório e, assim, implicando o reconhecimento da prescrição antes do trânsito em julgado da sentença, circunstância que demonstra relevância nos argumentos do pedido de implemento da medida cautelar e excepcionalidade autorizadora do manejo da revisão criminal.

2. Está caracterizada, objetivamente, situação a revelar o *periculum in mora*, em vista da proximidade das eleições e do óbice decorrente da condenação da qual emerge a pecha da inelegibilidade.

3. Medida cautelar referendada, suspendendo-se, até o julgamento definitivo desta revisão criminal, os efeitos do título condenatório formalizado na AP 565.”

O Ministro ALEXANDRE DE MORAES, por sua vez, pediu vista dos autos na data de 15.8.2022 e, ao devolvê-los para a continuidade deste julgamento virtual, apresentou voto no qual abre divergência do Relator, para não referendar a medida cautelar concedida no presente feito, ante a ausência de *fumus boni iuris*.

Sendo esse o contexto, passo ao exame da matéria ora sob julgamento.

2. A garantia da coisa julgada constitui direito de estatura constitucional (CF/88, artigo 5º, inciso XXXVI), que somente pode ser relativizada nas *hipóteses taxativas* previstas no artigo 621 do Código de Processo Penal (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 14ª edição, rev. Atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1236; FERNANDES, Antonio Scarance; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016), assim descritas na legislação:

“Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

*III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena."*

As hipóteses legais foram reproduzidas no artigo 263 do Regimento Interno deste Supremo Tribunal (com *status* de lei ordinária, porquanto editado com base em poder normativo primário conferido ao Tribunal pela Emenda Constitucional nº 1 de 1969, art. 120), em redação bastante semelhante à do Código de Processo Penal.

O aludido regime normativo está a apontar que a revisão criminal tem lugar em *situações excepcionais*, eleitas taxativamente pelo legislador como graves o suficiente para justificar a flexibilização do valor segurança jurídica, concretizado pela garantia da coisa julgada.

Nesse contexto, recai sobre o requerente o *ônus de alegar e comprovar ao menos uma das hipóteses legais* que justificam a desconstituição do julgado coberto pelo manto da coisa julgada, não mais produzindo efeitos a presunção de inocência, assegurada que é até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, proferida no processo de conhecimento (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 981).

Em se tratando de *pedido liminar*, soma-se a este ônus a necessidade de comprovação da evidência do direito pleiteado e da presença dos requisitos relacionados ao risco da demora na prestação jurisdicional.

3. Dito isso, anoto que não vislumbro, no caso concreto – na linha do voto divergente apresentado pelo Min. ALEXANDRE DE MORAES, a quem acompanho, nesta assentada –, os elementos conformadores da probabilidade do direito alegado. Antes, diviso, na espécie, aparente impropriedade no manejo do instrumento revisional, cujo teor apresenta, a meu sentir, remota perspectiva de transpor o filtro de admissibilidade.

Com efeito, embora a parte autora tenha apoiado sua pretensão, formalmente, em uma das causas de pedir taxativamente inscritas no art. 621 do CPP, na realidade ela busca, nesta sede processual, rediscutir tese jurídica sobre o marco interruptivo do prazo prescricional – *e atenho-me, aqui, ao argumento acolhido pela decisão monocrática ora submetida ao referendo do Plenário* –, buscando sobrepor seu próprio entendimento ao desta Suprema Corte – *e que fora esposado seja no julgamento de mérito da AP 565, seja nos repetidos embargos de declaração insistentemente opostos pelo condenado* –, finalidade para qual não se presta a via eleita.

Ora, como se sabe, a existência de mero desacordo hermenêutico sobre o exato sentido de determinada norma penal não é o suficiente para a abertura da instância revisional fundada na alegação de *error juris* (CPP, art. 621, I). Antes, mostra-se imprescindível apontar que o decreto condenatório divorciara-se, de modo flagrante, do "texto expresso da lei" (MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, vol. IV, rev. e atual. por Eduardo Reale Ferrari e Guilherme Madeira Dezem, Campinas/SP: Millennium Editora, 2009, p. 311), ônus processual do qual o requerente não se desincumbiu, na espécie ora em exame.

Na realidade, como anteriormente assinalado, busca o postulante promover, nesta estreita via processual, o rejugamento de matéria já exaustivamente examinada por esta Suprema Corte não apenas no julgamento de mérito da AP 565, mas também no exame dos sucessivos embargos opostos ao acórdão condenatório. Essa pretensão defensiva, porque estranha às balizas legais, não autoriza a instauração do processo revisional perseguido. Cito, no particular, precedente firmado por esta Casa no julgamento plenário da RvC 5475:

“REVISÃO CRIMINAL. MATÉRIA PENAL. HIPÓTESES DE CABIMENTO TAXATIVAS. PRETENSÃO DE REAVALIAÇÃO DE ASPECTOS DISCRICIONÁRIOS DA DOSIMETRIA DA PENA. EVENTUAL CONTROVÉRSIA RAZOÁVEL ACERCA DA VALORAÇÃO DE PROVAS E/OU DO DIREITO. INADEQUAÇÃO DA MEDIDA. REVISÃO CRIMINAL NÃO CONHECIDA.

1. Preliminarmente, o Tribunal Pleno, por maioria, rejeitou questão de ordem suscitada no que toca à eventual incompatibilidade, no caso concreto, de que o Relator do acórdão impugnado, proferido na Ação Penal 935/AM, funcione, nestes autos, como Revisor.

2. A revisão criminal, instrumento processual posto à disposição do condenado, tem como finalidade precípua conciliar, de um lado, a exigência de juridicidade da prestação jurisdicional e, de outro, a necessária segurança jurídica decorrente dos pronunciamentos emanados do Estado-Juiz, mediante observância de hipóteses de cabimento taxativamente previstas no ordenamento jurídico e que traduzam situações efetivamente graves que, em tese, possam autorizar a excepcional desconstituição da coisa julgada material.

3. Assim, *a revisão criminal*, que não tem feitiço recursal, *não se presta a*, fora de sua destinação normativa, *submeter a matéria subjacente ao crivo do Tribunal Pleno por razões derivadas exclusivamente do inconformismo defensivo ou de razões afetas ao suposto desacerto da razoável valoração da prova e/ou do direito.*

4. No caso específico de ações penais originárias de competência de órgão fracionário desta Suprema Corte, a medida revisional também não funciona como ferramenta processual apta a inaugurar a jurisdição do colegiado maior como forma de contornar o não preenchimento dos requisitos impostos pela jurisprudência do STF ao cabimento dos embargos infringentes.

(...)

7. *O título condenatório que acolhe interpretação possível e razoável em prejuízo do acusado não consubstancia vulneração a texto expreso*

*de lei, sendo que a solução de controvérsias ponderadas acerca da interpretação de normas jurídicas não se insere no escopo taxativo de abertura da via revisional.*

8. Hipótese concreta em que a dosimetria da pena, embora contrarie os interesses do postulante, não desvela mácula sob a perspectiva da legalidade, cingindo-se a irresignação defensiva ao campo do acerto ou desacerto na fixação da censura penal, especialidade que conta com discricionariedade judicial insuscetível de reexame em sede de revisão criminal.

9. *Revisão criminal não conhecida.*" (RvC 5.475/AM, Rel. Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, Dje de 15.4.2020 - destaques nossos)

Nessa linha, como bem destacado pelo Plenário desta Corte, em acórdão da lavra do saudoso Ministro TEORI ZAVASCKI, *"A ação revisional não é instrumento viável para mera reiteração de teses jurídicas já vencidas na jurisdição ordinária, nem para simples revisão da matéria probatória"* (RvC 5.437/RO, Rel. Min. TEORI ZAVACKI, Tribunal Pleno, Dje de 18.3.2015).

De todo modo, ainda que ultrapassado o estágio preambular de admissibilidade da demanda, a verdade é que se mostra insubsistente, a meu juízo, o argumento segundo o qual estaria extinta a punibilidade do condenado em virtude do transcurso do prazo prescricional, tornando, assim, a pretensão punitiva do Estado destituída de exequibilidade.

Inicialmente, reitero que este Tribunal já afastou, em mais de uma oportunidade, a premissa defensiva segundo a qual o marco interruptivo da prescrição é *"a data de publicação do acórdão condenatório"* e não o dia da sessão de julgamento. Reproduzo, no ponto, didática síntese dos pronunciamentos desta Corte a propósito do tema, feita pelo Ministro ALEXANDRE DE MORAES, em seu judicioso voto (destaques do texto original):

"(...)

*AP 565/RO* (Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Pleno, j. 08/08/2013, Dje de 23/05/2014): acórdão que condenou, por maioria, o requerente IVO NARCISO CASSOL à pena de 04 (quatro) anos, 08 (oito) meses e 26 (vinte e seis) dias de detenção, regime semiaberto.

*AP 565-ED/RO* (Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Pleno, j. 18/09/2014, Dje de 04/12/2014): *acórdão que, por unanimidade, não conheceu dos Embargos de Declaração, mas afastou, nas suas razões de decidir, a alegação de prescrição, entendendo que o marco interruptivo seria a data da sessão de julgamento.*

*AP 565-ED-ED/RO* (Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Redator p/ acórdão Min. DIAS TOFFOLI, j. 14/12/2017, DJe de 12/04/2018): acórdão em que, verificado empate em conhecer dos Embargos de Declaração e os rejeitar, reduziu a pena do embargante ERODI ANÔNIO MATT, para 04 (quatro) anos de detenção, regime aberto, com efeito extensivo para os demais corréus, dentre eles IVO NARCISO CASSOL, ora requerente.

*AP 565-ED-segundos-ED/RO* (Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Redator p/ acórdão Min. DIAS TOFFOLI, j. 14/12/2017, DJe de 12/04/2018): acórdão em que, verificado empate em conhecer dos Embargos de Declaração e os rejeitar, reduziu a pena do embargante IVO NARCISO CASSOL, para 04 (quatro) anos de detenção, regime aberto.

*AP 565-ED-terceiros-ED/RO* (Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Redator p/ acórdão Min. DIAS TOFFOLI, j. 14/12/2017, DJe de 12/04/2018): acórdão em que, verificado empate em conhecer dos Embargos de Declaração e os rejeitar, reduziu a pena do embargante SALOMÃO DA SILVEIRA, para 04 (quatro) anos de detenção, regime aberto.

*AP 565-ED-segundos-ED-ED/RO* (Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Pleno, j. 20/06/2018, DJe de 22/08/2019): *acórdão que, por maioria, conheceu em parte dos Embargos de Declaração, e na parte conhecida corrigiu erro material. Enfrentou-se, novamente, a questão da ocorrência da prescrição, no sentido de que “o marco interruptivo do prazo prescricional previsto no artigo 117, IV, do Código Penal, mesmo com a redação que lhe conferiu a Lei n. 11.596/2007, é o da data da sessão de julgamento”. Determinando, ainda, pela maioria do Tribunal, a certificação do trânsito em julgado, independentemente da publicação do acórdão, para fins de início do cumprimento da pena.*

*AP 565-ED-terceiros-ED-ED/RO* (Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Pleno, j. 20/06/2018, DJe de 15/08/2019): *acórdão que, por maioria, conheceu em parte dos Embargos de Declaração, e na parte conhecida corrigiu erro material. Enfrentou-se, novamente, a questão da ocorrência da prescrição, no sentido de que “o marco interruptivo do prazo prescricional previsto no artigo 117, IV, do Código Penal, mesmo com a redação que lhe conferiu a Lei n. 11.596/2007, é o da data da sessão de julgamento”. Determinando, ainda, pela maioria do Tribunal, a certificação do trânsito em julgado, independentemente da publicação do acórdão, para fins de início do cumprimento da pena.*

*AP 565-ED-ED-ED/RO* (Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Pleno, j. 20/06/2018, DJe de 15/08/2019): *acórdão que, por maioria, conheceu em parte dos Embargos de Declaração, e na parte conhecida corrigiu erro material. Enfrentou-se, novamente, a questão da ocorrência da prescrição, no*



*sentido de que “o marco interruptivo do prazo prescricional previsto no artigo 117, IV, do Código Penal, mesmo com a redação que lhe conferiu a Lei n. 11.596/2007, é o da data da sessão de julgamento”. Determinando, ainda, pela maioria do Tribunal, a certificação do trânsito em julgado, independentemente da publicação do acórdão, para fins de início do cumprimento da pena.*

Como visto, os julgamentos acima citados esvaziam, por si sós, a alegada plausibilidade do direito invocado pelo requerente, cujo embasamento jurídico, no particular, já foi examinado e peremptoriamente rejeitado por este Tribunal.

Em acréscimo, entendo que também não prospera – pedindo vênias, no ponto, ao entendimento contrário externado pelo Ministro Relator –, a tese segundo a qual “o marco interruptivo da prescrição deve ser postergado para a data em que a condenação do réu é estabilizada – tornada definitiva – nos casos em que há modificação da pena em sede de embargos declaratórios” (eDoc. 20, fl. 09).

Ora, o art. 117, IV, é textual ao prescrever que a publicação do acórdão condenatório *recorrível* sempre interrompe o curso do prazo prescricional. Veja-se:

“Art. 117 - O curso da prescrição interrompe-se: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

(...)

IV - pela publicação da sentença ou acórdãos condenatórios recorríveis; (Redação dada pela Lei nº 11.596, de 2007)”

Irrelevante, portanto, se, contra o acórdão condenatório meramente *recorrível*, vêm a ser opostos embargos de declaração, ainda que posteriormente providos, no todo ou em parte, pelo órgão judiciário competente. Essa nova decisão, a rigor – desde que mantida a condenação penal veiculada no aresto embargado –, poderá caracterizar novo marco interruptivo da prescrição, nos exatos termos do art. 117, IV, do CP.

Essa percepção do tema harmoniza-se, por igual, com a jurisprudência desta Corte. Nessa linha, rememoro que, ao julgar o HC 176.473, o Plenário deste Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte tese: “Nos termos do inciso IV do artigo 117 do Código Penal, o Acórdão condenatório sempre interrompe a prescrição, inclusive quando confirmatório da sentença de 1º grau, seja mantendo, reduzindo ou aumentando a pena anteriormente imposta”. Eis a ementa do julgado em referência:

**“HABEAS CORPUS. ALEGADA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. INOCORRÊNCIA. INTERRUÇÃO DA PRESCRIÇÃO PELO ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA.**

1. A prescrição é o perecimento da pretensão punitiva ou da pretensão executória pela inércia do próprio Estado; prendendo-se à noção de perda do direito de punir por sua negligência, ineficiência ou incompetência em determinado lapso de tempo.

2. O Código Penal não faz distinção entre acórdão condenatório inicial ou confirmatório da decisão para fins de interrupção da prescrição. O acórdão que confirma a sentença condenatória, justamente por revelar pleno exercício da jurisdição penal, é marco interruptivo do prazo prescricional, nos termos do art. 117, IV, do Código Penal.

3. *Habeas Corpus* indeferido, com a seguinte TESE: *Nos termos do inciso IV do artigo 117 do Código Penal, o Acórdão condenatório sempre interrompe a prescrição, inclusive quando confirmatório da sentença de 1º grau, seja mantendo, reduzindo ou aumentando a pena anteriormente imposta.*" (HC 176.473/RO, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, j. em 27.4.2020, DJe de 10.9.2020)

Ou seja, a tese acima transcrita, recentemente consolidada pelo Colegiado Maior desta Suprema Corte, sufraga a compreensão segundo a qual o acórdão firmado no julgamento dos embargos de declaração, desde que ratifique o édito condenatório contido no aresto embargado, *"seja mantendo, reduzindo ou aumentando a pena anteriormente imposta"*, constitui nova causa interruptiva do curso prescricional.

Daí a advertência, inteiramente procedente, formulada nestes autos pelo Ministério Público Federal (eDoc. 19, fl. 10):

*"(...) não houve a transposição do marco interruptivo do prazo prescricional para publicação do acórdão que deu provimento aos embargos de declaração, como alega o requerente, tampouco ao que fora rejeitado, com correção de ofício de erro material e, sim, novo marco interruptivo, uma vez que o artigo 117, IV, do Código Penal, não faz distinção entre o acórdão condenatório ou o confirmatório da decisão para fins de interrupção da prescrição."*

Hoje, porém, a matéria encontra-se expressamente regulada no Código Penal, presente a minirreforma legislativa promovida pela Lei 13.964/2019, que incluiu, no art. 116 do CP, o inciso III, assim redigido: *"Art. 116 - Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre: (...) III - na pendência de embargos de declaração ou de recursos aos Tribunais Superiores, quando inadmissíveis"* (destaquei). O novel dispositivo, embora inaplicável à espécie, ante o princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa (CF, art. 5º, XL) – consabido que a disciplina legal da prescrição traduz norma de direito penal substancial –, não invalida o raciocínio acima exposto, no que diz com os fatos ocorridos antes da entrada em vigor da assim cognominada *Lei Anticrime*.

O que não faz sentido, a meu juízo, é a tentativa do requerente de buscar desconstituir, em virtude da oposição de embargos de declaração – *ainda que posteriormente providos, sem a dissolução do título penal condenatório* –, o marco interruptivo do curso prescricional já verificado na data da prolação do acórdão condenatório recorrível, como, aliás, expressamente preceitua o inciso IV do artigo 117 do Código Penal.

Em se tratando, *a prescrição*, de instituto teleologicamente voltado a consolidar situações jurídicas cristalizadas pela *inércia estatal*, entendo, com o devido respeito às posições contrárias, ser inviável interpretação que pretenda afastar (ou protrair no tempo) a interrupção da prescrição punitiva em hipótese na qual o Estado desincumbe-se de seu dever-poder de prestar tempestiva jurisdição.

Até porque, com a edição do acórdão condenatório, pelo Poder Judiciário, (re) afirmou-se o interesse do Estado na repressão penal do autor do fato delituoso, o que desautoriza a pretensão defensiva de trasladar a causa interruptiva do art. 117, IV, do CP, para o posterior julgamento dos embargos aclaratórios, tudo com o propósito de suprimir, retroativamente, a punibilidade do reeducando e assim paralisar os efeitos remanescentes da condenação penal.

4. De resto, o instituto da prescrição retroativa pela pena em concreto traduz instrumento despenalizador já bastante controverso no ambiente doutrinário.<sup>1</sup> Não cabe a este Tribunal potencializá-lo a ponto de inserir, via interpretação – segundo penso – *contra legem*, um novo ingrediente de fragilidade em nosso já deficitário sistema de justiça criminal, por si só incapaz de responder a seu desígnio de proteção dos bens jurídicos mais caros à vida em sociedade.

Deveras, se é certo, de um lado, que a Justiça Penal atua como mecanismo de contenção do arbítrio estatal (v.g., Inq 3.995/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 17.10.2018), não é menos exato, de outro, que ela também possui um indispensável papel na salvaguarda dos direitos fundamentais. Esse último aspecto, vale dizer – embora ainda pouco explorado entre os processualistas penais brasileiros – é amplamente reconhecido no domínio dos sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos (FISCHER, Douglas *et al.* *As obrigações processuais penais positivas: segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*. 3ª ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022, p. 17-24).

Nessa linha, a doutrina estrangeira especializada costuma atribuir à Justiça Criminal, figurativamente, o *duplo papel* de servir de *escudo* e de *espada* dos direitos humanos (TULKENS, Françoise. The paradoxical relationship between criminal law and human rights. *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 9, Issue 3, July 2011, Pages 577–595).

<sup>1</sup> Há quem aponte incompatibilidade das normas que disciplinam a prescrição retroativa, no direito pátrio, com outros “vetores constitucionais e sistêmicos” (FISCHER, Douglas *et al.* *As obrigações processuais penais positivas: segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*. 3ª ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022, p. 147, nota 482).

Não por outro motivo a jurisprudência das Cortes supranacionais tem diagnosticado e censurado quadros de inefetividade na administração da justiça criminal doméstica, inclusive *em razão do reconhecimento da prescrição*, quando concretamente aplicada para neutralizar a resposta penal do Estado-membro em hipóteses de agressão interna aos direitos convencionais. Cite-se, como expressão dessa realidade, os precedentes firmados pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, em *Alikaj and others v. Italy*, nº 47357/08 e *Cestaro v. Italy*, nº 6884/11, bem assim, no âmbito da Corte Interamericana, o *Caso Nicolle y otros Vs. Guatemala*, de 22.11.2004, série C, nº 117, § 130 e o *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*, de 08.7.2004, nota 116, párr. 150 y 235:

*"130. En cuanto a esta obligación estatal de investigar y sancionar, la Corte há establecido que:*

*[...] son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos."* (CIDH, *Caso Nicolle y otros Vs. Guatemala*, de 22.11.2004, série C, nº 117)

*"148. Lo anterior ha configurado una situación de grave impunidad. Al respecto, la Corte entiende como impunidad la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derecho protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares.*

*(...)*

*150. En cuanto a la posible prescripción en la causa pendiente a nivel de derecho interno, la Corte recuerda lo que señaló en el caso Bulacio vs. Argentina, en el sentido de que son inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos (...)." (CIDH, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*, de 08.7.2004)*

Embora os precedentes acima citados refram-se a hipóteses de atentados contra direitos humanos – e, nesse aspecto, não se confundam com o contexto fático dos presentes autos –, a verdade é que a consagração da tese defendida pela parte autora, nesta ação revisional, repercutirá em todo o sistema de justiça criminal brasileiro, a resultar na ampliação generalizada (e pela via interpretativa) das situações de descontinuidade da atividade persecutória do Estado em razão da prescrição – esta já tão generosamente estatuída em nosso ordenamento jurídico –, ressalva feita, unicamente, às estreitas situações de imprescritibilidade previstas no art. 5º, XLII e XLIV, da Carta Política de 1988.

A doutrina garantista, vale refletir, não se encerra nos deveres de abstenção estatal nem nos direitos e garantias individuais dos imputados – estes de inequívoca relevância e amplamente reconhecidos na prática processual desta Suprema Corte, frise-se –, senão que abarca, de igual maneira, os deveres de proteção dos demais bens jurídicos assegurados constitucionalmente (FISCHER, Douglar. *O que é garantismo integral?* Disponível em <<https://revistadpers.emnuvens.com.br/defensoria/article/download/77/66>>. Acessado em 29.8.2022, às 16h50min), a exigir uma ação positiva dos órgãos públicos que passa, em larga medida, pela edificação de um sistema de justiça penal normativamente aparelhado e dotado de efetividade empírica.

5. Parece-me inviável, assim, por todas as razões expostas – e rogando respeitosa vênias, mais uma vez, às compreensões em sentido diverso –, cancelar a abordagem hermenêutica acolhida no provimento cautelar sob referendo. Entendimento contrário, ademais, resultaria na criação, por esta Suprema Corte, de uma condição resolutive de eficácia da cláusula inscrita no art. 117, IV, do CP, cujo preceito estabeleceu marco interruptivo da prescrição efetivamente verificado durante o processo penal de conhecimento do reeducando, ora requerente.

Não vislumbro, pois, neste juízo perfunctório de cognição sumária, provimento jurisdicional em franca contrariedade à lei penal ou à evidência dos autos, consideradas as hipóteses taxativamente previstas na legislação como justificantes da rescisão de *decisum* coberto pelo manto da coisa julgada.

Portanto, não tendo sido demonstrado, *icto oculi*, qualquer erro judiciário no acórdão rescindendo, de forma a projetar a evidência de futuro êxito da revisão criminal em causa, acompanho a divergência inaugurada pelo Ministro ALEXANDRE DE MORAES e deixo de referendar a providência acauteladora concedida nos presentes autos.

*É como voto.*

05/09/2022

PLENÁRIO

## REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA REVISÃO CRIMINAL Nº 5.508 / RONDÔNIA

### VOTO

**O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES:** Trata-se de referendo à Medida Cautelar ajuizada nos autos da Revisão Criminal 5.508/RO, com pedido de liminar, proposta por IVO NARCISO CASSOL, tendo em vista a sua condenação na AP 565/RO (Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJe de 23/5/2014).

Em linhas gerais, na decisão de 4/8/2022, o Min. NUNES MARQUES entendeu estarem presentes os requisitos autorizadores para a concessão da medida cautelar pelos seguintes fundamentos:

“Tal o contexto, entendo existir relevância nas argumentações acima transcritas, bem como que está presente o *‘periculum in mora’* que autoriza a concessão do pedido liminar, ainda que em parte.

É que a ocorrência do perigo de dano, no caso, é irreparável, uma vez que o prazo para definição dos nomes dos candidatos do Partido Progressista ocorrerá no próximo dia 05 de agosto de 2022 e, assim, se os efeitos da inelegibilidade da condenação penal em análise não forem suspensos, poderá o requerente ficar fora da disputa eleitoral de outubro/2022, embora, se verifique ter havido o cumprimento integral da pena imposta, com a extinção da punibilidade em 14/12/2020.

Ante o exposto, concedo o pedido cautelar a fim de suspender os efeitos remanescentes da condenação penal, até o julgamento da presente Revisão Criminal”.

A Procuradoria-Geral da República interpôs Agravo Regimental com Pedido de Reconsideração contra a referida decisão, no sentido do não conhecimento da Revisão Criminal. Sobre a questão envolvendo a prescrição, o *Parquet* destacou que:

“No que se refere à prescrição da pretensão punitiva, não há fundamento que ampare a pretensão do requerente, uma vez que a matéria fora amplamente debatida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. A alegação de prescrição foi expressamente decidida tanto no acórdão condenatório como nos acórdãos que julgaram os embargos de declaração [...] Posteriormente, no julgamento dos embargos de declaração nos embargos de

declaração nos segundos embargos de declaração, a Suprema Corte destacou a pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o marco interruptivo do prazo prescricional, previsto no artigo 117, IV, do Código Penal, mesmo com a redação que lhe conferiu a Lei 11.596/2007, é o da data da sessão de julgamento”.

Na Sessão Plenária de 10/8/2022, a Min. CÁRMEN LÚCIA, Relatora da Execução Penal do requerente (oriunda da AP 565/RO), trouxe ao Plenário uma Questão de Ordem apontando que os fundamentos invocados pelo Relator, Min. NUNES MARQUES, na decisão proferida na Medida Cautelar na RvC 5.508/RO, já teriam sido analisados pelo Plenário da CORTE nos autos da AP 565/RO e nos posteriores e sucessivos Embargos Declaratórios.

Assim, o Plenário conheceu da questão de ordem levantada pela Min. CÁRMEN LÚCIA na AP 565 e resolveu-a no sentido de considerar hígido o julgado condenatório proferido em relação aos corréus condenados nesta ação penal, mantendo-se o que definido relativamente à prescrição e, conseqüentemente, também o curso da execução daqueles que ainda não a tenham cumprido em sua integridade, vencidos os Ministros NUNES MARQUES, ANDRÉ MENDONÇA e, parcialmente, o Min. RICARDO LEWANDOWSKI.

Nestes autos, o Relator, Min. NUNES MARQUES, vota pelo referendo de sua decisão monocrática, nos termos da seguinte ementa:

MEDIDA CAUTELAR. REVISÃO CRIMINAL. SUSPENSÃO DOS EFEITOS DO TÍTULO CONDENATÓRIO FORMALIZADO NA AP 565. PERIGO DE DANO. INELEGIBILIDADE. PROBABILIDADE DO DIREITO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DOSIMETRIA. PRESCRIÇÃO. CONTRARIEDADE A TEXTO EXPRESSO DE LEI. PRESCRIÇÃO.

1. A modificação, com redução, da pena imposta ao autor revisional alterou o lapso prescricional, tornando definitivo o acórdão condenatório e, assim, implicando o reconhecimento da prescrição antes do trânsito em julgado da sentença, circunstância que demonstra relevância nos argumentos do pedido de implemento da medida cautelar e excepcionalidade autorizadora do manejo da revisão criminal.

2. Está caracterizada, objetivamente, situação a revelar o *periculum in mora*, em vista da proximidade das eleições e do óbice decorrente da condenação da qual emerge a pecha da inelegibilidade.

3. Medida cautelar referendada, suspendendo-se, até o julgamento definitivo desta revisão criminal, os efeitos do título condenatório formalizado na AP 565.

É o breve relato. DECIDO.

A Revisão Criminal, por conta da sua natureza excepcional, somente deve ser utilizada quando preenchidos os requisitos legais para o seu conhecimento, afinal, do contrário estar-se-ia utilizando a referida ação de impugnação como verdadeiro substitutivo de um recurso. A esse respeito, ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO e ANTONIO SCARANCA FERNANDES (*Recursos no Processo Penal*, 6ª ed., Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 237), apontam que:

Só em casos excepcionais, taxativamente arrolados pelo legislador, prevê o ordenamento jurídico a possibilidade de desconstituir-se a coisa julgada por intermédio da ação de revisão criminal e da ação rescisória para o juízo cível. Isso ocorre quando a sentença se reveste de vícios extremamente graves, que aconselham a prevalência do valor “justiça” sobre o valor “certeza”.

No balanceamento dos valores em jogo, o legislador previu expressamente, no art. 621 CPP (e no art. 485 CPC), os casos de rescindibilidade da sentença passada em julgado. Porém, diante da relevância do instituto da coisa julgada, tais casos devem ter aplicação estrita.

E como lembrado pelo Min. EDSON FACHIN na RvC 5.450/DF (DJe de 31/10/2017), a ação revisional que objetiva a desconstituição parcial do provimento condenatório produzido pela CORTE na AP 470/DF, *“não atua como ferramenta processual destinada a propiciar tão somente um novo julgamento, como se instrumento fosse de veiculação de pretensão recursal. Possui, destarte, pressupostos de cabimento próprios que não coincidem com a simples finalidade de nova avaliação do édito condenatório”*.

Sendo assim, a excepcionalidade da admissão do pleito revisional deve sempre ser observada, ainda mais por esta SUPREMA CORTE, com o objetivo de se garantir o respeito à coisa julgada e a segurança jurídica das decisões judiciais. Não podemos ingressar, novamente, em exame do quadro processual fora das hipóteses legais, pois a Revisão Criminal não se coaduna com mero inconformismo da parte. A propósito, o saudoso Min. TEORI ZAVASCKI já alertava que:

*A ação revisional não é instrumento viável para mera reiteração de teses jurídicas já vencidas na jurisdição ordinária, nem para simples revisão da matéria probatória. A procedência da ação, nas hipóteses*



indicadas, tem por pressuposto necessário e indispensável, quanto à matéria de direito, a constatação de ofensa “ao texto expresso da lei penal”, ou, quanto à matéria de fato, o desprezo “à evidência dos autos”. (RvC 5.437/RO, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJe de 18/03/2015).

A doutrina, por sua vez, entende de modo igual acerca do seu cabimento excepcional: EUGÊNIO PACELLI e DOUGLAS FISCHER (*Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*, 6ª ed., Editora Atlas, 2014, p. 1.287); RENATO BRASILEIRO DE LIMA (*Código de Processo Penal Comentado*, Editora JusPODIVM, 2016, p. 1.469-1.471); AURY LOPES JR. (*Direito Processual Penal*, 12ª Edição, Editora Saraiva, 2015, p. 1.094); JULIO FABRINI MIRABETE (*Código de Processo Penal Interpretado*, 11ª ed., Editora Atlas, 2003, p. 1.607); RENATO MARCÃO (*Código de Processo Penal Comentado*, Editora Saraiva, 2016, p. 1.326- 1.327); GUILHERME DE SOUZA NUCCI (*Código de Processo Penal Comentado*, 18ª ed., Editora Forense, 2019, p. 1.449-1.450).

Deste modo, em tese, é inadmissível o cabimento da presente ação revisional para questionar controvérsias sobre o acerto ou o desacerto do julgado, especialmente quando não comprovado que a condenação é contrária ao texto expresso da lei ou à evidência dos autos, ou mesmo quando, após a sentença, não tiverem sido descobertas novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determinasse ou autorizasse a diminuição especial da pena.

Feitas essas considerações introdutórias sobre o âmbito de cognição de toda e qualquer Revisão Criminal, passo ao exame da controvérsia posta nesta Medida Cautelar.

Senhor Presidente, a princípio e sem pretender ingressar na análise de mérito desta ação revisional, entendo que não estão presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* ensejadores da concessão de medida cautelar.

Isso porque o Plenário desta SUPREMA CORTE, em diversas ocasiões, foi provocado a se manifestar sobre as questões alegadas pela Defesa e analisadas na decisão monocrática do eminente Min. NUNES MARQUES, no decorrer do trâmite da AP 565/RO, de onde se origina a condenação aqui discutida. O Colegiado, inclusive, afastou as alegações de ocorrência da prescrição em mais de uma oportunidade, nos seguintes termos:

AP 565/RO (Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Pleno, j. 08/08/2013, DJe de 23/05/2014): acórdão que condenou, por maioria, o requerente IVO NARCISO CASSOL à pena de 04 (quatro) anos, 08 (oito) meses e 26 (vinte e seis) dias de detenção, regime semiaberto.

AP 565-ED/RO (Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Pleno, j. 18/09/2014, DJe de 04/12/2014): acórdão que, por unanimidade, não conheceu dos Embargos de Declaração, mas afastou, nas suas razões de decidir, a

*alegação de prescrição, entendendo que o marco interruptivo seria a data da sessão de julgamento.*

*AP 565-ED-ED/RO (Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Redator p/ acórdão Min. DIAS TOFFOLI, j. 14/12/2017, DJe de 12/04/2018): acórdão em que, verificado empate em conhecer dos Embargos de Declaração e os rejeitar, reduziu a pena do embargante ERODI ANÔNIO MATT, para 04 (quatro) anos de detenção, regime aberto, com efeito extensivo para os demais corréus, dentre eles IVO NARCISO CASSOL, ora requerente.*

*AP 565-ED-segundos-ED/RO (Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Redator p/ acórdão Min. DIAS TOFFOLI, j. 14/12/2017, DJe de 12/04/2018): acórdão em que, verificado empate em conhecer dos Embargos de Declaração e os rejeitar, reduziu a pena do embargante IVO NARCISO CASSOL, para 04 (quatro) anos de detenção, regime aberto.*

*AP 565-ED-terceiros-ED/RO (Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Redator p/ acórdão Min. DIAS TOFFOLI, j. 14/12/2017, DJe de 12/04/2018): acórdão em que, verificado empate em conhecer dos Embargos de Declaração e os rejeitar, reduziu a pena do embargante SALOMÃO DA SILVEIRA, para 04 (quatro) anos de detenção, regime aberto.*

*AP 565-ED-segundos-ED-ED/RO (Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Pleno, j. 20/06/2018, DJe de 22/08/2019): acórdão que, por maioria, conheceu em parte dos Embargos de Declaração, e na parte conhecida corrigiu erro material. Enfrentou-se, novamente, a questão da ocorrência da prescrição, no sentido de que “o marco interruptivo do prazo prescricional previsto no artigo 117, IV, do Código Penal, mesmo com a redação que lhe conferiu a Lei n. 11.596/2007, é o da data da sessão de julgamento”. Determinando, ainda, pela maioria do Tribunal, a certificação do trânsito em julgado, independentemente da publicação do acórdão, para fins de início do cumprimento da pena.*

*AP 565-ED-terceiros-ED-ED/RO (Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Pleno, j. 20/06/2018, DJe de 15/08/2019): acórdão que, por maioria, conheceu em parte dos Embargos de Declaração, e na parte conhecida corrigiu erro material. Enfrentou-se, novamente, a questão da ocorrência da prescrição, no sentido de que “o marco interruptivo do prazo prescricional previsto no artigo 117, IV, do Código Penal, mesmo com a redação que lhe conferiu a Lei n. 11.596/2007, é o da data da sessão de julgamento”. Determinando, ainda, pela maioria do Tribunal, a certificação do trânsito em julgado, independentemente da publicação do acórdão, para fins de início do cumprimento da pena.*

*AP 565-ED-ED-ED/RO (Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Pleno, j. 20/06/2018, DJe de 15/08/2019): acórdão que, por maioria, conheceu em parte dos*

*Embargos de Declaração, e na parte conhecida corrigiu erro material. Enfrentou-se, novamente, a questão da ocorrência da prescrição, no sentido de que “o marco interruptivo do prazo prescricional previsto no artigo 117, IV, do Código Penal, mesmo com a redação que lhe conferiu a Lei n. 11.596/2007, é o da data da sessão de julgamento”. Determinando, ainda, pela maioria do Tribunal, a certificação do trânsito em julgado, independentemente da publicação do acórdão, para fins de início do cumprimento da pena.*

Como se vê, os fundamentos invocados pela Defesa do requerente (alegação de ocorrência da prescrição) já foram objeto de apreciação, de maneira sucessiva, pelo Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. E, embora não se possa prever o resultado do julgamento desta ação revisional distribuída ao Min. NUNES MARQUES, entendo que a análise prévia realizada pelo Plenário desta SUPREMA CORTE nos autos da AP 565/RO, e sucessivos embargos declaratórios, serve de fundamento idôneo para afastar o requisito do *fumus boni iuris* da medida cautelar.

*Sendo assim, pelo meu voto, NÃO REFERENDO A MEDIDA CAUTELAR CONCEDIDA na Revisão Criminal 5.508/RO.*

É como voto.

**05/09/2022**

**PLENÁRIO**

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA REVISÃO CRIMINAL Nº 5.508 / RONDÔNIA**

**RELATOR: MIN. NUNES MARQUES**

**REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. ALEXANDRE DE MORAES**

**REQTE.(S): IVO NARCISO CASSOL**

**ADV.(A/S): FRANCISCO AQUILAU DE PAULA E OUTRO(A/S)**

**REQDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

**PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**

**VOTO**

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO:**

1. Acompanho a divergência inaugurada pelo Ministro Alexandre de Moraes, pedindo todas as vênias ao eminente relator. Sem prejuízo de continuar refletindo sobre as teses veiculadas na petição inicial, não se me afiguram preenchidos os pressupostos autorizadores da cautelar requerida, inclusive no tocante à alegada extinção da punibilidade pela prescrição.

2. Conforme reiterados pronunciamentos do Plenário do Supremo Tribunal Federal, a prescrição pressupõe a inércia do Estado. No caso de que se trata, a sessão pública que resultou na condenação do requerente fez cessar o estado de inércia estatal, para os fins do art. 117, IV, do CP. Como regra geral, portanto, o superveniente aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, por meio de embargos declaratórios, não tem a força de modificar o marco interruptivo da prescrição.

3. Diante do exposto, acompanho a divergência inaugurada pelo Ministro Alexandre de Moraes.

**PLENÁRIO**

**EXTRATO DE ATA**

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA REVISÃO CRIMINAL Nº 5.508**

**PROCED.: RONDÔNIA**

**RELATOR: MIN. NUNES MARQUES**

**REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. ALEXANDRE DE MORAES**

**REQTE.(S): IVO NARCISO CASSOL**

**ADV.(A/S): FRANCISCO AQUILAU DE PAULA (1-B/RO) E OUTRO(A/S)**

**REQDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

**PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**

**Decisão:** Após o voto do Ministro Nunes Marques (Relator), que propunha o referendo da medida cautelar concedida, a fim de que sejam suspensos, até o julgamento definitivo desta revisão criminal, os efeitos do título condenatório formalizado na AP 565, pediu vista dos autos o Ministro Alexandre de Moraes. Plenário, Sessão Virtual Extraordinária de 12.8.2022 (00h00) a 12.8.2022 (23h59).

**Decisão:** O Tribunal, por maioria, não referendou a medida cautelar concedida na Revisão Criminal 5.508/RO, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, Redator para o acórdão, vencido o Ministro Nunes Marques, Relator. Plenário, Sessão Virtual de 26.8.2022 a 2.9.2022.

**Composição:** Ministros Luiz Fux (Presidente), Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques e André Mendonça.

Carmen Lilian Oliveira de Souza

Assessora-Chefe do Plenário





**RECURSO EXTRAORDINÁRIO  
Nº 1.186.735 / RIO DE JANEIRO**

**RELATOR: MIN. LUIZ FUX**

**RECTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**RECTE.(S): ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**RECTE.(S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**RECDO.(A/S): OS MESMOS**

**EMENTA**

RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE ESTADUAL. DIREITO CONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVO. LEI 6.901/2014 DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. ARTIGO 37, IX, DA CRFB/88. NORMA DE REPRODUÇÃO OBRIGATÓRIA. ARTIGO 77, XI, DA CONSTITUIÇÃO FLUMINENSE. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO. REPERCUSSÃO GERAL DO TEMA JÁ RECONHECIDA. TEMA 612. REQUISITOS DE TEMPORARIEDADE E EXCEPCIONALIDADE. PREVISÃO GENÉRICA E ABRANGENTE. INCONSTITUCIONALIDADE DE PREVISÃO EXEMPLIFICATIVA E GENÉRICA DE HIPÓTESES QUE ENSEJAM A CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. PROVIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. DESPROVIMENTO DOS RECURSOS INTERPOSTOS PELO ESTADO DO RIO DE JANEIRO E PELA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA LOCAL.

1. *“Nos termos do art. 37, IX, da Constituição Federal, para que se considere válida a contratação temporária de servidores públicos, é preciso que: a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja predeterminado; c) a necessidade seja temporária; d) o interesse público seja excepcional; e) a contratação*

*seja indispensável, sendo vedada para os serviços ordinários permanentes do Estado que estejam sob o espectro das contingências normais da Administração"* (RE 658.026, rel. min. Dias Toffoli, Tema 612 da Repercussão Geral, Tribunal Pleno, DJe de 31/10/2014).

2. *In casu*, o acórdão recorrido assentou a inconstitucionalidade das alíneas "b", "c", "d", "e", "f" e "h" do inciso VIII do § 1º do artigo 2º da Lei impugnada, mercê de se tratar de serviços ordinários e permanentes do Estado, o que inviabiliza a contratação temporária, em consonância com os parâmetros fixados por esta Corte (artigo 37, IX, da CRFB/88).

3. Ao representar previsão genérica e exemplificativa, exsurge inconstitucional a expressão "*especialmente*" do inciso VIII do § 1º do artigo 2º do ato normativo questionado, por ofensa ao artigo 37, IX, da CRFB/88 (reproduzido no artigo 77, XI, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro), que exige que as hipóteses excepcionais, temporárias e específicas de contratação temporária sejam previstas em lei.

4. Recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MP/RJ) PROVIDO. Recursos extraordinários interpostos pelo Estado do Rio de Janeiro e pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (ALERJ) DESPROVIDOS.



## ACÓRDÃO

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata de julgamento virtual de 14 a 24/4/2023, por maioria, *deu provimento* ao recurso extraordinário manejado pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MP/RJ), com fulcro no artigo 932, V, do Código de Processo Civil de 2015 c/c o artigo 21, § 2º, do RISTF, para declarar a inconstitucionalidade da expressão “especialmente”, prevista no artigo 2º, § 1º, inciso VIII, *in fine*, da Lei 6.901/2014, do Estado do Rio de Janeiro, por incompatibilidade com o artigo 37, IX, da CRFB/88, e *negou provimento* aos recursos extraordinários interpostos pelo Estado do Rio de Janeiro, bem como pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (ALERJ), com fundamento no artigo 932, IV, do Código de Processo Civil de 2015 c/c o artigo 21, § 1º, do RISTF, nos termos do voto do Relator, vencido parcialmente o Ministro Roberto Barroso, que além de dar provimento ao recurso extraordinário do Ministério Público, também dava parcial provimento aos recursos do Estado e da Assembleia Legislativa.

Brasília, 25 de abril de 2023.

MINISTRO LUIZ FUX - RELATOR

*Documento assinado digitalmente*

03/10/2019

PLENÁRIO

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.186.735 / RIO DE JANEIRO**

**RELATOR: MIN. LUIZ FUX**

**RECTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**RECTE.(S): ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**RECTE.(S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**RECDO.(A/S): OS MESMOS**

### RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Trata-se de recursos extraordinários, manejados (i) pela *Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro* (ALERJ); (ii) pelo *Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* (MP/RJ); e (iii) pelo *Estado do Rio de Janeiro e seu Procurador-Geral do Estado*, todos com arrimo na alínea “a” do permissivo constitucional, em face do acórdão proferido pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ/RJ), que, no julgamento de Representação de Inconstitucionalidade estadual, emitiu decisão assim ementada, *in verbis*:

Representação de inconstitucionalidade ajuizada contra dispositivos da Lei Estadual nº 6.901/2014, que trata da contratação de pessoal por prazo determinado. Alegada ofensa ao artigo 77, II e XI da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Parte da norma impugnada que emprega fórmulas genéricas e inespecíficas, sem descrever situações concretas passíveis de excepcionar a regra constitucional de ingresso no serviço público por concurso. Incisos IV e V, do § 1º, do artigo 2º que consideram possível a contratação temporária “em decorrência de afastamento ou licença de servidores ocupantes de cargos permanentes” e quando ocorrer “número de servidores efetivos insuficiente para a continuidade dos serviços públicos essenciais”. A insuficiência de pessoal é corriqueira e previsível, cabendo ao administrador planejar-se para ampliar o efetivo de servidores permanentes, por intermédio de concurso público (artigos 37, II, da Constituição Federal e 77, II, da Carta Estadual). As atividades de “realização de campanhas de saúde pública”; “defesa do meio ambiente”; “auxiliares no

sistema penitenciário”; “assistência à infância e adolescência”; e “tecnologia da informação, de comunicação e de revisão de processos de trabalho” (artigo 2º, §1º, VIII, alíneas “b” a “f”, “h” e “i”) dizem respeito a serviços ordinários e permanentes do estado, o que inviabiliza a contratação temporária. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. As hipóteses de “defesa agropecuária e ambiental, para atendimento de situações de iminente risco à saúde animal, vegetal ou humana” e de “temporadas artísticas de música ou dança” (artigo 2º, §1º, VIII, alíneas “a” e “g”) são compatíveis com o texto constitucional, pois traduzem situações de interesse público tipicamente transitórias. Procedência parcial do pedido, com modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade (Artigo 108, § 2º do Regimento Interno).

Os embargos de declaração opostos pelo Ministério Público/RJ foram rejeitados (Vol. 8, fls. 1-4).

Nas razões de seu apelo extremo, a *Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro* (ALERJ) alega violação ao artigo 37, II e IX, da CRFB/88, sob o argumento de que a norma parcialmente declarada inconstitucional seria, em verdade, totalmente compatível com a Carta Magna. Em sentido convergente, a recorrente sustenta que a expressão “*ou que não justifique a criação ou provimento de cargos*” está em harmonia com o texto constitucional na medida em que, com base nesse, seria possível contratar servidores temporários, em situações excepcionais. Ademais, o Poder Legislativo fluminense acredita que as expressões “*de emergência*” e “*e realização de campanhas de saúde pública*” são igualmente legítimas, baseando-se, também, na tese de que tais casos estariam abarcados pelas referidas hipóteses excepcionais e que não se amoldariam a quaisquer dos serviços permanentes e ordinariamente prestados pelo Estado. Nesse sentido, requer o provimento do recurso para reduzir o alcance da declaração de inconstitucionalidade promovida pelo acórdão de origem, suscitando a constitucionalidade dos incisos IV e V do §1º do artigo 2º e as alíneas “b”, “c”, “d”, “e”, e “g” do inciso VIII do mesmo artigo da Lei Estadual 6.901/2014.

Em sentido semelhante, em suas razões, o *Estado do Rio de Janeiro* argumenta que subsiste violação aos artigos 5º, LIV, e 37, *caput* e incisos II e IX, da CRFB/88, para defender a constitucionalidade da lei declarada parcialmente inconstitucional pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça/RJ, carreando fundamentação no sentido de que a decisão impugnada teria se afastado do entendimento deste Supremo Tribunal Federal. Nesse diapasão, o Estado fluminense aduz que a expressão declarada inconstitucional pelo Tribunal local “*que não justifique a criação ou provimento de cargos*”, prevista na parte final do artigo 2º, *caput*, reflete a moldura genérica e abstrata, que ampara a indicação do caso concreto, quando da edição de um decreto específico. Sustenta que a indeterminabilidade inerente aos conceitos jurídicos impede descrição exaustiva de todas as situações passíveis de contratação por tempo determinado,

dada a própria excepcionalidade que enseja esse tipo de contratação. Ao final, requer, subsidiariamente, a modulação dos efeitos da decisão, para conferir efeitos prospectivos ao acórdão pelo prazo de 12 (doze) meses, a contar do trânsito em julgado da decisão, *“de sorte a se evitar um indesejável vácuo normativo até que seja editada uma nova lei estadual para a disciplina da matéria”*.

O recorrente alega que a expressão *“e de emergência”*, prevista na parte final do inciso I do Parágrafo 1º do artigo 2º, não reflete situação de disciplina genérica. Ao revés, para o Estado do Rio de Janeiro, a expressão poderia ser definida como uma *“situação anormal”* cuja excepcionalidade estaria adstrita aos rumos trazidos pelo interesse público. Na sequência, sustenta que a expressão *“e realização de campanhas de saúde pública”* (parte final do inciso II do parágrafo 1º do artigo 2º) estaria de acordo com o entendimento desta Corte na medida em que esse admitiria a contratação temporária, mesmo nas atividades de caráter permanente. Em relação à hipótese de contratação temporária nos casos de *“grandes eventos”*, o recorrente alega que a expressão em foco possui densidade normativa suficiente para delimitar o alcance da norma.

O ente estatal defende que a hipótese do inciso V do parágrafo 1º do artigo 2º, declarada inconstitucional pelo Tribunal local, enquadra-se perfeitamente no permissivo constitucional. Assim, também pugna pelo provimento de seu recurso, para que se afirme a constitucionalidade das alíneas *“b”*, *“c”*, *“d”*, *“e”*, *“f”*, *“h”* e *“i”* do inciso VIII do parágrafo 1º do artigo 2º, declaradas inconstitucionais pelo Tribunal *a quo*. Por fim, requer a reforma da decisão impugnada no ponto em que se declarou a inconstitucionalidade por arrastamento de dispositivos da Lei 6.901/2014.

De modo diverso, o *Parquet estadual (MP/RJ)*, em suas razões recursais, preliminarmente traz à tona argumento relativo à existência de repercussão geral sobre o presente caso. Já no mérito, aponta violação ao artigo 37, *caput* e incisos II e IX, da Constituição Federal (Vol. 11). Defende a ampliação do alcance da declaração de inconstitucionalidade promovida pelo acórdão de origem, argumentando que a expressão *“especialmente”*, contida no artigo 2º, § 1º, VIII da Lei Estadual 6.901/2014, também deve ser declarada inconstitucional. Isso porque a mencionada expressão denota um caráter exemplificativo em situação que, em verdade, é taxativa. Assim, a manutenção de sua validade poderia permitir a perigosa inclusão de outras situações indefinidas, além das especificadas em lei, de modo que a utilização do referido termo teria o condão de permitir a contratação temporária de servidores, sem a observância de concurso público, sempre que presentes tais situações de *“sazonalidade”* ou de *“emergência”*, o que poderia comprometer a criação de cargos de provimento efetivo. Em suma, para o MP/RJ, a expressão constante da norma não atenderia ao pressuposto da *“excepcionalidade do interesse público”*, exigido pela Constituição para a contratação de servidores em caráter temporário, pelo que se afastaria ilegitimamente das exigências constitucionalmente estabelecidas.

Foram apresentadas contrarrazões pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (Vol. 18), bem como pelo Estado do Rio de Janeiro e seu Procurador-Geral do Estado (Vol. 17).

O Tribunal *a quo* proferiu juízo positivo de admissibilidade a todos os recursos.

Iniciado o julgamento virtual, os Ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio, pediu destaque o Min. Roberto Barroso.

É o relatório.

03/10/2019

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.186.735 / RIO DE JANEIRO

### VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Senhor Presidente, eminentes pares, ilustre representante do Ministério Público, senhores advogados, a controvérsia posta em debate cinge-se ao exame de conformidade entre: *de um lado, (a)* o acórdão proferido pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça/RJ, que, em sede de Representação de Inconstitucionalidade, declarou inconstitucionais dispositivos da Lei 6.901/2014, do Estado do Rio de Janeiro, que *"dispõe sobre a contratação de pessoal por prazo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público"*; e *de outro, (b)* a jurisprudência consolidada por este Pretório Excelso e os mandamentos constitucionais acerca da contratação por tempo determinado de servidores públicos, para atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público, consolidados no inciso IX do artigo 37 da CRFB/88.

*Ab initio*, cumpre ressaltar que o artigo 125, § 2º, da Carta Magna autoriza os Estados a instituir representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos locais em face da Constituição estadual. Tal fato, conforme leciona o min. Gilmar Mendes em sede doutrinária, não deve *"levar à ideia de que o controle de constitucionalidade da lei estadual ou municipal em face da Constituição estadual não se mostra apto a suscitar questão federal que deva, eventualmente, ser dirimida pelo Supremo Tribunal Federal"* (Curso de Direito Constitucional. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1433).

Nesse diapasão, ponto nodal do exame de admissibilidade do presente recurso diz respeito à identificação das normas questionadas em face do paradigma de controle. Isto é, a natureza das normas analisadas da Constituição Estadual em relação à Constituição Federal: se (i) de *reprodução obrigatória* ou se (ii) de *reprodução facultativa*, por parte da Constituição do Estado-membro. Enquadrando-se o presente caso na primeira hipótese, cabe recurso extraordinário (102, III, *a* ou *c*, CRFB/88). Caso contrário, em se tratando da segunda hipótese, o acórdão da Representação de Inconstitucionalidade apresenta-se, em regra, como decisão de natureza não recorrível ao Supremo Tribunal Federal (v.g. RE 592.612 AgR/SP, rel. min. DIAS TOFFOLI, j. 25/6/2013).

À guisa de exemplo, cito os seguintes julgados, *verbis*:

CONSTITUCIONAL. REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. GOVERNADOR DO DISTRITO FEDERAL. LEGITIMIDADE RECURSAL. DESCABIMENTO DE RECURSO ESPECIAL. CONSEQUENTE INADMISSIBILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MATÉRIA PROCESSUAL AUTÔNOMA. DECISÃO

AGRAVADA MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. As premissas do julgado foram fixadas com fundamento na Lei Orgânica distrital e na Constituição Federal, para concluir pelo vício invencível que acompanha o recurso extraordinário, porquanto interposto de recurso sem previsão legal. 2. Deveras, a tese sustentada pelo relator, quanto ao § 2º do art. 125 da Constituição Federal, encontra apoio na jurisprudência desta Corte. Manifestação acerca da previsão de competência dos Tribunais de Justiça, inclusive do Distrito Federal, para exercer controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo local em face da Constituição estadual, [*in casu*, Lei Orgânica distrital] e limite de atuação do Ente federado. Precedentes. 3. No que diz respeito ao fundamento de ausência de amparo legal para recurso especial em representação por inconstitucionalidade, este Tribunal já firmou a natureza objetiva das ações do controle concentrado com regramento processual próprio e autônomo. Precedentes. 4. *No que guarda pertinência com a possibilidade de recurso extraordinário em sede de ADI estadual, esta Corte tem precedentes que admitem a interposição, mas apenas nas hipóteses de decisões dos Tribunais locais em que há alegação de ofensa, pela legislação ou ato normativo estadual ou municipal, a preceito da Constituição estadual que reproduza norma constitucional federal de observância obrigatória pelos Estados. Precedentes.* 5. *Com base nas regras de interpretação sistemática e teleológica é intuitivo e razoável concluir-se pelo não cabimento de recurso especial na hipótese de ADI estadual por incompatibilidade de conformação entre o sistema recursal previsto no ordenamento jurídico para processos de natureza subjetiva com o modelo de controle abstrato de constitucionalidade das normas adotado pela Constituição da República. Na linha desse raciocínio e, por decorrência lógica, compatível se mostra a possibilidade de interposição de recurso extraordinário contra decisão em representação por inconstitucionalidade estadual, mas somente na hipótese de ofensa a norma constitucional federal de reprodução obrigatória pelos Estados, e com fundamento no art. 102, III, "a", da CF. É que, como compete ao Supremo Tribunal Federal a última palavra sobre o sentido normativo das regras constitucionais, não poderia haver submissão deste Tribunal ao pronunciamento de Tribunal hierarquicamente inferior, deixando, pois, de exercer a missão precípua de Guardião da Constituição.* 6. Se não bastassem esses fundamentos, o Ministro Eros Grau deduz das normas atinentes à matéria em discussão, um silogismo demonstrativo para concluir pela manifesta inadmissibilidade do recurso extraordinário. Em outras palavras, o controle abstrato de constitucionalidade possui regras processuais próprias. Daí porque, esta Corte, em julgados relacionados ao

tema, afasta a incidência de legislação que, no cotejo de aparente conflito normativo, evidencia seu caráter geral. Precedentes. 7. *In casu*, a ação direta de inconstitucionalidade ajuizada perante o Tribunal de Justiça do DF, teve pedido de liminar deferido para suspender a eficácia da Lei distrital nº 2.872/2002, cuja validade formal e material fora contestada em face da Lei Orgânica. Contra este acórdão, foi interposto recurso especial. O Superior Tribunal de Justiça, acolhendo questão preliminar, negou-lhe conhecimento sob o fundamento, em síntese, de que o Governador do Distrito Federal não é parte legítima para, pessoalmente, interpor recurso nas representações por inconstitucionalidade, pois a legitimidade recursal, nesses casos, seria do ente federado, dada a natureza objetiva do processo. No recurso extraordinário, os ora agravantes alegam que a decisão do STJ, ao reconhecer a ilegitimidade recursal do Governador do Distrito Federal, teria ofendido o art. 103, V, da Constituição Federal. Inicialmente, o então relator, Min. Eros Grau, havida negado seguimento à impugnação, aplicando a Súmula 735 desta Corte, que dispõe não caber recurso de provimento liminar concedido ou indeferido. Reconsiderada a decisão pela propositura do primeiro agravo regimental, deu-se nova negativa de seguimento e, em face do segundo recurso, vieram-me conclusos os autos. 8. Agravo regimental desprovido. (RE 599633 AgR-AgR, rel. min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 25/4/2013, grifei)

No mesmo sentido, colaciono outros precedentes: RE 161.390, relator min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 31/5/1994, DJ de 27.10.1994; Rcl 596-AgR, relator min. Néri da Silveira, Tribunal Pleno, julgado em 30/5/1996, DJ de 14/11/1996; Rcl 10.500-AgR, relator min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 22/6/2011, DJe de 28/9/2011; RE 638.729-AgR, relator min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 10/4/2012, DJe de 22/5/2012; RE 246.903-AgR, relator min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 26/11/2013, DJe de 19/12/2013.

*In casu*, a norma inculpada no artigo 77, inciso XI, da Constituição fluminense referente à contratação temporária reproduz estritamente os comandos previstos no artigo 37, inciso IX, da CRFB/88. Em suma, trata-se de norma de reprodução obrigatória, vez que se trata de disposição normativa delimitada nacionalmente pelo constituinte originário, sobre a qual não se reserva ao constituinte derivado decorrente a faculdade de observá-lo, ou não, no âmbito estadual. Dessarte, o recurso é cognoscível também por essa ótica.

Demais disso, o requisito da repercussão geral encontra-se atendido, vez que a verificação do atendimento das exigências constitucionais relativas à configuração das situações excepcionais e temporárias que ensejam a contratação temporária está diretamente ligada aos comandos constitucionais do artigo 37, inciso IX, da



CRFB/88. Por oportuno, convém destacar que o próprio Supremo Tribunal Federal já reconheceu a existência da relevância jurídica e social do tema, atestando a existência de repercussão geral da matéria, quando da análise do Recurso Extraordinário 658.026/ MG (tema 612 da Repercussão Geral).

A bem da verdade, a própria análise realizada pela Corte Estadual acerca da constitucionalidade de cada um dos dispositivos impugnados pelo Ministério Público/RJ, no bojo da Representação de Inconstitucionalidade, procurou utilizar expressamente os parâmetros estipulados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 658.026, de relatoria do min. Dias Toffoli. Por essa razão, dispensa-se o prévio reconhecimento de repercussão geral da questão por manifestação dos Ministros desta Corte no âmbito do Plenário Virtual, eis que essa fase já foi cumprida em relação ao presente tema no âmbito do RE 658.026 (Tema 612). Portanto, reputam-se preenchidos os pressupostos de admissibilidade do apelo extremo, razão pela qual se passa desde já ao julgamento de mérito.

Para melhor delinear as premissas aptas a nortear o presente debate, cumpre ressaltar que na análise do tema 612 de Repercussão Geral, esta Corte fixou a seguinte tese: *“Nos termos do art. 37, IX, da Constituição Federal, para que se considere válida a contratação temporária de servidores públicos, é preciso que: a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja determinado; c) a necessidade seja temporária; d) o interesse público seja excepcional; e) a contratação seja indispensável, sendo vedada para os serviços ordinários permanentes do Estado que estejam sob o espectro das contingências normais da Administração”* (grifei). Com efeito, o julgamento representou reafirmação da jurisprudência do Supremo Tribunal, reproduzindo posicionamento jurisprudencial já anteriormente sedimentado, na linha do que exemplifica a ementa do acórdão proferido no julgamento da ADI 3.662, *verbis*:

CONSTITUCIONAL. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE SERVIDORES (ART. 37, IX, CF). LEI COMPLEMENTAR 12/1992 DO ESTADO DO MATO GROSSO. INCONSTITUCIONALIDADE. MODULAÇÃO DE EFEITOS. 1. A Constituição Federal é intransigente em relação ao princípio do concurso público como requisito para o provimento de cargos públicos (art. 37, II, da CF). A exceção prevista no inciso IX do art. 37 da CF deve ser interpretada restritivamente, cabendo ao legislador infraconstitucional a observância dos requisitos da reserva legal, da atualidade do excepcional interesse público justificador da contratação temporária e da temporariedade e precariedade dos vínculos contratuais. 2. A Lei Complementar 12/1992 do Estado do Mato Grosso valeu-se de termos vagos e indeterminados para deixar ao livre arbítrio do administrador a indicação da presença de excepcional interesse público sobre virtualmente qualquer atividade, admitindo ainda a prorrogação dos vínculos temporários por tempo indeterminado, em franca violação ao art. 37, IX, da CF.

3. Ação direta julgada procedente, para declarar inconstitucional o art. 264, inciso VI e § 1º, parte final, da Lei Complementar 4/90, ambos com redação conferida pela LC 12/92, com efeitos *ex nunc*, preservados os contratos em vigor que tenham sido celebrados exclusivamente com fundamento nos referidos dispositivos, por um prazo máximo de até 12 (doze) meses da publicação da ata deste julgamento.

(ADI 3662/MT, rel. min. Marco Aurélio. Plenário, DJe de 24/5/2018)

À luz dessas premissas, destaca-se que no caso concreto, o acórdão recorrido examinou a constitucionalidade da Lei Estadual 6.901/2014, que dispõe sobre a contratação de pessoal por prazo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público, em face do artigo 77, *caput*, incisos I e XI, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Ao analisar o mencionado diploma normativo estadual, o Tribunal local assentou a inconstitucionalidade de determinados dispositivos da Lei Estadual 6.901/2014, considerando incompatíveis com a Constituição local – e, paralelamente, com a Constituição da República – as alíneas “b”, “c”, “d”, “e”, “f” e “h” do inciso VIII do §1º do artigo 2º da mencionada Lei, sob o fundamento de que dizem “*respeito a serviços ordinários e permanentes do estado, o que inviabiliza a contratação temporária*” (excerto da ementa do acórdão recorrido). Por outro lado, julgou compatível com o texto constitucional as hipóteses de dispensa de concurso público contidas nas alíneas “a”, “g” e “i”, do artigo 2º, § 1º, VIII, “*pois traduzem situações de interesse público tipicamente transitórias*”, que dispõem respectivamente, *in verbis*:

Art. 2º - Para os efeitos desta Lei, considera-se necessidade temporária de excepcional interesse público aquela que, tendo duração determinada ou previsível, não possa ser satisfeita pela Administração Pública com os recursos de pessoal disponíveis no momento de sua ocorrência

§ 1º Caracterizam-se como de necessidade temporária de excepcional interesse público as seguintes hipóteses:

(...)

VIII - carência de pessoal para o desempenho de atividades sazonais ou emergenciais que não justifiquem a criação ou o provimento de cargos, *especialmente*:

a) as relacionadas à defesa agropecuária e ambiental, para atendimento de situações de iminente risco à saúde animal, vegetal ou humana;

(...)

- g) as que tenham por objeto a realização de temporadas artísticas de música ou dança;
- i) as relacionadas às demandas de formação profissional específica, decorrentes de necessidades regionais do Estado, por meio das instituições estaduais de educação profissional e tecnológica, respeitados os limites e as condições fixadas por Decreto do Executivo. (Grifei)

Ao contrário do que se pretende sustentar nos recursos manejados pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro - ALERJ e do Estado do Rio de Janeiro, o acórdão ora impugnado, ao rechaçar interpretações abertas e indefinidas acerca das hipóteses de contratação temporária sem concurso público, firmou entendimento em sentido consonante aos parâmetros fixados pelo Supremo Tribunal Federal, notadamente no que diz respeito à tese fixada no julgamento do RE 658.026, rel. min. Dias Toffoli, sob o tema 612 da Repercussão Geral. Por essa razão, a pretensão desses recorrentes não merece provimento, eis que, quanto ao ponto, o acórdão recorrido coloca-se consonante com a interpretação conferida por esta Corte ao inciso IX do artigo 37 da CRFB/88, que é reproduzido, de forma obrigatória, pelo inciso XI do artigo 77 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

Sobre o ponto, por terem validade nacional e vincularem os Poderes Públicos locais, as normas constitucionais de reprodução obrigatória pelos Estados-membros podem ser utilizadas como parâmetro pelas Cortes estaduais no controle concentrado de constitucionalidade independentemente de terem sido reproduzidas, de forma expressa, nas Constituições estaduais, visto que aquelas normas de reprodução integram também o ordenamento constitucional local, ainda que não expressamente previstas. Nesse mesmo sentido, assim se manifestou o ministro Roberto Barroso (Rcl 6.344-ED, Primeira Turma, DJe de 7/8/2017, sem grifos no original), em voto de cujo teor se extrai o seguinte excerto:

[...] o Supremo Tribunal Federal firmou sua orientação no sentido de que o controle de constitucionalidade por via de ação direta, quando exercido pelos Tribunais de Justiça, deve limitar-se a examinar a validade das leis estaduais/municipais à luz da Constituição do Estado. No controle abstrato, apenas esta Corte pode usar como parâmetro a Carta Federal (CF/88, art. 102, I e § 1º; Lei nº 9.882/99, art. 1º, parágrafo único, I). Nessa linha, vejam-se, dentre outros: RE 421.256/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; ADI 347/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa; ADI 508/MG, Rel. Min. Sydney Sanches.

*Nada impede, porém, que o Tribunal de Justiça baseie suas conclusões em norma constitucional federal que seja de reprodução obrigatória*

*pelos Estados-membros. Assim se qualificam as disposições da Carta da República que, por pré-ordenarem diretamente a organização dos Estados-membros, do Distrito Federal e/ou dos Municípios, ingressam automaticamente nas ordens jurídicas parciais editadas por esses entes federativos. Essa entrada pode ocorrer, seja pela repetição textual do texto federal, seja pelo silêncio dos constituintes locais afinal, se sua incorporação é compulsória, não há qualquer discricionariedade na sua incorporação pelo ordenamento local.* Confiram-se, nesse sentido: RE 598.016 AgR/MA, Rel. Min. Eros Grau; SL 10 AgR/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa; Pet 2.788 AgR/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso).

Também a Segunda Turma desta Corte já se pronunciou em sentido semelhante, ao afirmar, em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada no âmbito estadual contra lei municipal, que a omissão da Constituição estadual não impede o julgamento do ato normativo impugnado em confronto com dispositivo da Constituição da República que constitua norma de reprodução obrigatória. Nesse sentido, destaca-se a ementa do acórdão, *in litteris*:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL CONTESTADA EM FACE DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. NORMA DE REPETIÇÃO OBRIGATÓRIA. OMISSÃO DA CONSTITUIÇÃO MARANHENSE. A omissão da Constituição Estadual não constitui óbice a que o Tribunal de Justiça local julgue a ação direta de inconstitucionalidade contra Lei municipal que cria cargos em comissão em confronto com o artigo 37, V, da Constituição do Brasil, norma de reprodução obrigatória. Agravo regimental provido. (RE 598.016-AgR, rel. min. Eros Grau, Segunda Turma, DJe de 13/11/2009)

Deveras, se de um lado o princípio federativo assegura a atribuição constitucional de plexos de autonomia aos entes federativos, de modo a que cada um exerça suas respectivas capacidades de auto-organização, autogoverno e autoadministração (cf. ARABI, Abhner Youssif Mota. Distorções federalistas na matriz tributária brasileira. *In: Migalhas*. 12 maio 2017. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/MatrixTributaria/112,MI258672,101048-Distorcoes+federalistas+na+matriz+tributaria+brasileira>>); de outro, exige-se que determinadas matérias recebam tratamento uniforme por todos os entes federativos, de maneira a que sejam disciplinadas nas Constituições estaduais de forma simétrica ao que disposto na Constituição da República.

Aqui exsurge a controversa questão do multicidado *principio da simetria*. Trata-se de uma limitação à capacidade de auto-organização dos Estados-membros em nome de uma unidade constitucional mínima da República, vinculando o

tratamento de algumas temáticas ao que previsto na CRFB/1988, em busca do próprio equilíbrio federativo e da harmonia entre os entes. Sobre o tema, assim dispõe Raul Machado Horta:

A precedência da Constituição Federal sobre a do Estado Membro é exigência lógica da organização federal, e essa precedência, que confere validade ao sistema federal, imprime a força de matriz originária ao constituinte federal e faz do constituinte estadual um segmento derivado daquele.

A precedência lógico-jurídica do constituinte federal na organização originária da Federação torna a Constituição Federal a sede de normas centrais que vão conferir homogeneidade aos ordenamentos parciais constitutivos do Estado Federal, seja no plano constitucional, no domínio das Constituições Estaduais, seja na área subordinada da legislação ordinária.

(HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 69)

A conclusão é também ratificada pela doutrina especializada no tema, ao afirmar que:

[a]s principais questões relacionadas ao parâmetro de constitucionalidade estadual decorrem da posição hierárquico-normativa deste no sistema de fontes do Estado federal brasileiro, no qual a Constituição Estadual está acima das leis e atos normativos estaduais e municipais aos quais serve de parâmetro, mas, assim como estes, encontra-se abaixo da Constituição Federal, o que, tanto como ocorre com estas leis e atos, mantém-na, pelo menos em tese, em permanente situação de sujeição. (LEONCY, Léo Ferreira. *Controle de constitucionalidade estadual: as normas de observância obrigatória e a defesa abstrata da Constituição do Estado-membro*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 81)

Sob esses mesmos fundamentos – a incompatibilidade de previsões abertas, genéricas e indefinidas para a contratação temporária de servidores –, exsurge inconstitucional a expressão “*especialmente*” (supradestacada), constante do inciso VIII do § 1º do artigo 2º do ato normativo questionado, como bem aponta o Ministério Público do Rio de Janeiro em seu recurso. Com efeito, ao reconhecer a constitucionalidade de determinadas alíneas previstas no artigo 2º, § 1º, VIII, da referida lei, a Corte local reputou constitucional, consecutivamente, a integralidade dos dispositivos do próprio inciso VIII.

Nesse ponto, constata-se que a decisão impugnada, ao permitir a utilização do termo “*especialmente*” no inciso VIII, *in fine*, permite interpretações indefinidas acerca da contratação temporária sem concurso público, em sentido diametralmente oposto aos preceitos constitucionais sobre a matéria. É que tal expressão denota um rol exemplificativo e essa ausência de hipóteses cerradas não se coaduna com o caráter de excepcionalidade de atendimento do interesse público, como previsto no artigo 37, inciso IX, da CRFB/88, bem como como a necessidade de que essas hipóteses – excepcionais, temporárias e específicas – sejam previstas *em lei*.

Destarte, resta evidente que (i) ao permitir interpretações abertas e indefinidas acerca das hipóteses de contratação temporária sem concurso público; e (ii) ao deixar de elencar, de forma precisa, os casos excepcionais que autorizam tal contratação; a utilização do termo *especialmente* no inciso VIII, *in fine*, contraria o artigo 37, IX, da CRFB/88, bem como os parâmetros fixados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 658.026, rel. min. Dias Toffoli, tema 612 da Repercussão Geral. Assim, o verbete ressoa inconstitucional, ensejando o provimento do recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Por fim, o pedido de modulação deduzido pelo Estado do Rio de Janeiro não merece acolhimento. Destaque-se que o acórdão recorrido já empreendeu a modulação ao conferir efeitos *ex nunc* à decisão, a contar de seu trânsito em julgado. Deveras, o argumento formulado no sentido de que a não ampliação da modulação pelo prazo de 12 (doze) meses geraria “*um indesejável vácuo normativo*” não leva à conclusão que o Estado deseja, eis que a lei impugnada não foi declarada inconstitucional em sua inteireza, mas apenas seus excertos que contrariavam o texto constitucional. Dessa forma, não há que se falar em vácuo normativo, eis que a norma estadual persiste válida na parte não declarada inconstitucional, pelo que inexistem razões suficientes de segurança jurídica ou de interesse social que justifiquem a requerida ampliação da modulação.

*Ex positis*, PROVEJO o recurso extraordinário manejado pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MP/RJ), com fulcro no artigo 932, V, do Código de Processo Civil de 2015 c/c o artigo 21, § 2º, do RISTF, para *declarar a inconstitucionalidade da expressão “especialmente”, prevista no artigo 2º, §1º, inciso VIII, in fine, da Lei 6.901/2014, do Estado do Rio de Janeiro, por incompatibilidade com o artigo 37, IX, da CRFB/88*. Ademais, DESPROVEJO os recursos extraordinários interpostos pelo Estado do Rio de Janeiro, bem como pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (ALERJ), com fundamento no artigo 932, IV, do Código de Processo Civil de 2015 c/c o artigo 21, § 1º, do RISTF.

É como voto.

**PLENÁRIO  
EXTRATO DE ATA**

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.186.735**

**PROCED.: RIO DE JANEIRO**

**RELATOR: MIN. LUIZ FUX**

**RECTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**RECTE.(S): ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**RECTE.(S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**ADV.(A/S): PROCURADOR-GERAL DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**RECDO.(A/S): OS MESMOS**

**Decisão:** Após o voto do Ministro Luiz Fux (Relator), que dava provimento ao recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e negava provimento aos recursos extraordinários interpostos pelo Estado do Rio de Janeiro e pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, pediu vista dos autos o Ministro Roberto Barroso. Não participou, justificadamente, deste julgamento, a Ministra Cármen Lúcia. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Ricardo Lewandowski. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 03.10.2019.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello, e, participando de compromisso na Assembleia Legislativa do Estado do Ceará, em Fortaleza, o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Augusto Brandão de Aras.

Carmen Lilian Oliveira de Souza

Assessora-Chefe do Plenário

25/04/2023

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.186.735 / RIO DE JANEIRO

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO:

#### EMENTA

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRATAÇÃO DE PESSOAL POR NECESSIDADE TEMPORÁRIA DE ESPECIAL INTERESSE PÚBLICO.

1. Recurso extraordinário contra acórdão no qual foi declarada a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei nº 6.901/2014, do Estado do Rio de Janeiro, que dispõe sobre a contratação de pessoal por prazo determinado para atender à necessidade temporária de especial interesse público.

2. *Inconstitucionalidade do art. 2º, caput, parte final, e seu § 1º, incisos I, parte final, III, IV e VIII, parte final e alínea e.* Os dispositivos que, ao estabelecerem as hipóteses de contratação de pessoal por prazo determinado, se valem de expressões com alta dose de abstração, inviabilizam a identificação da existência de interesse público excepcional apto a justificar a medida. Assim, violam o art. 37, II e IX, da CRFB e destoam da tese fixada por esta Corte para o Tema nº 612 da repercussão geral (RE 658.026, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 09.04.2014).

3. Por outro lado, esta Corte já reconheceu que “[a] natureza permanente de algumas atividades públicas – como as desenvolvidas nas áreas da saúde, educação e segurança pública – não afasta, de plano, a autorização constitucional para contratar servidores destinados a suprir demanda eventual ou passageira” (ADI 3.247, Rel.ª Min.ª Cármen Lúcia, j. em 26.03.2014).

4. *Interpretação conforme do art. 2º, § 1º, incisos II, parte final, V e VIII, alíneas b, c, d, f, e h.* Em atenção aos princípios da supremacia da Constituição e da presunção de constitucionalidade das leis, não se deve invalidar os dispositivos que autorizam a contratação temporária para funções de natureza permanente, mas sim atribuir-lhes interpretação conforme a Constituição, a fim de explicitar que a medida será válida quando se subsumir a uma das hipóteses legais e, cumulativamente, atender aos requisitos



do art. 37, IX, da CRFB, na forma da tese firmada pelo STF no julgamento do Tema nº 612 de repercussão geral.

5. Recurso extraordinário do Ministério Público provido e recursos extraordinários do Estado e da Assembleia Legislativa parcialmente providos, a fim de reformar parcialmente o acórdão para dar interpretação conforme ao art. 2º, § 1º, II, parte final, V e VIII, *b, c, d, f, e, h*, da Lei nº 6.901/2014, do Estado do Rio de Janeiro, e, conseqüentemente, declarar a constitucionalidade do art. 2º, §§ 3º, 4º, 5º e 10; art. 3º, § 3º; e art. 5º, § 3º, do mesmo diploma legal. Tese: *“É constitucional a contratação de pessoal por prazo determinado para atividades permanentes do Estado, contanto que sua realização seja indispensável para suprir necessidade temporária e interesse público excepcional”*.

1. Trata-se de recursos extraordinários interpostos pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, pelo Estado do Rio de Janeiro e pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro contra acórdão prolatado em sede de representação de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral de Justiça. Em tal decisão, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro declarou a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei estadual nº 6.901/2014, que dispõe sobre a contratação de pessoal por prazo determinado para atender à necessidade temporária de especial interesse público, mais especificamente: (i) da expressão “ou que não justifique a criação ou provimento de cargos”, constante da parte final do art. 2º, *caput*; (ii) da expressão “e de emergência”, constante da parte final do art. 2º, § 1º, I; (iii) da expressão “e realização de campanhas de saúde pública”, constante da parte final do art. 2º, § 1º, II; (iv) do art. 2º, § 1º, III, IV e V; (v) do art. 2º, § 1º, VIII, *b, c, d, e, f e h*; e, por arrastamento, (vi) do art. 2º, §§ 3º, 4º, 5º e 10; (vii) do art. 3º, § 3º e (viii) do art. 5º, § 3º.

2. O Ministério Público requer (i) a reforma parcial do acórdão, para que se declare a inconstitucionalidade da expressão “especialmente”, constante do art. 2º, § 1º, VIII, parte final, da Lei Estadual nº 6.901/2014; e, subsidiariamente, (ii) a anulação do acórdão, por vício de fundamentação na apreciação de embargos de declaração. O Estado e a Assembleia Legislativa requerem a reforma do acórdão para declarar a constitucionalidade integral da Lei Estadual nº 6.901/2014. Subsidiariamente, o Estado também requer que a declaração de inconstitucionalidade só produza efeitos 12 (doze) meses após o trânsito em julgado; ou, de forma eventual, que sejam preservados os efeitos dos contratos temporários firmados.

3. Na sessão realizada em 03.10.2019, o Min. Luiz Fux, relator, apresentou voto em que negou provimento aos recursos do Estado e Assembleia Legislativa e deu provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público. Em seguida, pedi vista dos autos para melhor examinar a questão.

4. Coloco-me de acordo com o relator quanto à manutenção da declaração de inconstitucionalidade, feita pelo tribunal recorrido, da expressão “ou que não justifique a criação ou provimento de cargos”, constante da parte final do art. 2º, *caput*; da expressão “e de emergência”, constante da parte final do art. 2º, § 1º, I; e do art. 2º, § 1º, III, IV e VIII, *e*, da Lei estadual nº 6.901/2014. Também o acompanhamento no que diz respeito à declaração de inconstitucionalidade da expressão “especialmente”, constante da parte final do art. 2º, § 1º, VIII, do mesmo diploma legal. De fato, ao estabelecerem as hipóteses de contratação de pessoal por prazo determinado, esses dispositivos se valem de expressões com alta dose de abstração, que inviabilizam a identificação da existência de interesse público excepcional apto a justificar a medida. Consequentemente, violam o art. 37, II e IX, da CRFB e destoam de tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em sede de repercussão geral, a seguir transcrita:

Nos termos do art. 37, IX, da Constituição Federal, para que se considere válida a contratação temporária de servidores públicos, é preciso que: a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja predeterminado; c) a necessidade seja temporária; d) o interesse público seja excepcional; e) a contratação seja indispensável, sendo vedada para os serviços ordinários permanentes do Estado que estejam sob o espectro das contingências normais da Administração.

(RE 658.026, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 09.04.2014, paradigma do Tema nº 612).

5. Peço vênia a S. Exa., contudo, para divergir parcialmente, de modo a afastar a declaração de inconstitucionalidade da expressão “e realização de campanhas de saúde pública”, constante da parte final do art. 2º, § 1º, II, bem como do art. 2º, §1º, V e VIII, *b, c, d, f, e h*, da Lei estadual nº 6.901/2014 e, ao mesmo tempo, atribuir a esses dispositivos interpretação conforme a Constituição. Confirmam-se o texto dessas normas, com destaque para as partes impugnadas na representação:

Art. 2º (...)

§ 1º Caracterizam-se como de necessidade temporária de excepcional interesse público as seguintes hipóteses: (...)

II - combate a surtos endêmicos *e realização de campanhas de saúde pública*; (...)

V - *número de servidores efetivos insuficiente para a continuidade dos serviços públicos essenciais, desde que não haja candidatos aprovados em concurso público aptos à nomeação, ficando a duração dos contratos limitada ao provimento dos cargos mediante concurso público*; (...)

VIII - carência de pessoal para o desempenho de atividades sazonais ou emergenciais que não justifiquem a criação ou o provimento de cargos, especialmente: (...)

b) *as desenvolvidas no âmbito dos projetos específicos de defesa do meio ambiente;*

c) *as decorrentes de aumento desproporcional da demanda por serviços auxiliares no sistema penitenciário;*

d) *as decorrentes de aumento desproporcional dos serviços de assistência à infância e adolescência e atendimento socioeducativo aos adolescentes em conflito com a lei; (...)*

f) *as que tenham por objeto serviços especializados de tecnologia da informação, de comunicação e de revisão de processos de trabalho, que se caracterizem como projetos específicos criados por prazo determinado; e (...)*

h) *as relacionadas às demandas decorrentes da expansão das instituições estaduais de educação profissional e tecnológica, respeitados os limites e as condições fixadas por Decreto do Executivo; (...)*

§ 3º - *Para os fins do inciso V do § 1º deste artigo, consideram-se serviços públicos essenciais aqueles que, assim declarados por Decreto do Executivo, sejam desenvolvidos nas áreas de saúde, defesa civil, educação, segurança pública, sistema penitenciário, assistência à infância e à adolescência, atendimento socioeducativo aos adolescentes em conflito com a lei, assistência social e direitos humanos e meio ambiente.*

§ 4º - *É vedada a contratação temporária prevista no inciso V do §1º deste artigo para os casos de afastamento voluntário incentivado.*

§5º - *No caso do inciso V do § 1º deste artigo, serão adotadas, após a contratação, as providências necessárias à realização do concurso público para provimento dos cargos, ressalvada a hipótese em que a contratação se der para suprir carência decorrente de pendência de processo admissional.*

(...)

§ 10 - *As contratações a que se referem as alíneas “e” e “f” do inciso VIII do §1º deste artigo serão vinculadas exclusivamente a projeto determinado, vedado o aproveitamento dos contratados para qualquer outro fim.*

(grifo acrescentado)

Art. 3º. (...)

§ 3º - *Para as situações de urgência, perigo público iminente e nas hipóteses dos incisos IV e V do §1º do artigo 2º, assim reconhecidas por Decreto do Executivo, poderá ser autorizada a realização de processo seletivo simplificado com base em simples análise curricular.* (grifo acrescentado)

Art. 5º. (...)

§3º - *Excetuam-se do prazo previsto no caput as contratações referidas nas alíneas “e” e “f” do inciso VIII do §1º do artigo 2º, que poderão vigorar pelo prazo de duração dos respectivos projetos e serviços.*

6. Nesse ponto, a reforma do acórdão se faz necessária por três razões.

7. *Em primeiro lugar*, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ao afastar peremptoriamente a contratação por prazo determinado em caso de “serviços ordinários e permanentes do Estado”, destoou da jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal. Em verdade, a contratação de pessoal temporária pode ser realizada para atender a atividades permanentes do Estado, desde que a *necessidade* seja temporária e excepcional. É que a “natureza permanente de algumas atividades públicas – como as desenvolvidas nas áreas da saúde, educação e segurança pública – não afasta, de plano, a autorização constitucional para contratar servidores destinados a suprir demanda eventual ou passageira” (ADI 3247, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Cármen Lúcia, j. em 26.03.2014).

8. *Em segundo lugar*, tais normas, diferentemente das outras disposições invalidadas da Lei Estadual nº 6.901/2014, elencam situações fáticas específicas em que se autoriza a contratação de pessoal por tempo determinado. Especificamente quanto ao inciso V do art. 2º, que autoriza a contratação temporária quando o “número de servidores efetivos [for] insuficiente para a continuidade dos serviços públicos essenciais”, veja-se que seu conteúdo é densificado pelo § 3º desse mesmo dispositivo, que indica de forma expressa e taxativa os serviços públicos considerados essenciais. Vê-se, portanto, que tais dispositivos possuem concreitude suficiente para permitir a identificação adequada das hipóteses em que o legislador estadual autorizou a contratação temporária, alinhando-se à tese fixada por esta Corte no julgamento do Tema nº 612 da repercussão geral.

9. *Em terceiro lugar*, não se pode desconsiderar as consequências práticas de eventual declaração de inconstitucionalidade. É que tais dispositivos são indispensáveis para que a contratação de pessoal temporária seja realizada e, por consequência, para que seja assegurada a continuidade de atividades públicas indispensáveis à efetividade de direitos fundamentais.

10. Imagine-se, por exemplo, que, num determinado dia, milhares de pessoas pratiquem crimes contra o Estado Democrático de Direito no Estado do Rio de Janeiro, sejam privadas de liberdade e asoberbem os estabelecimentos penitenciários e socioeducativos. É possível, ainda, que um sistema de tecnologia da informação seja

afetado por um incidente de segurança com dados pessoais de grandes proporções e o Estado não tenha pessoal suficiente para adotar imediatamente as medidas reparadoras. Imagine-se, também, que haja vontade política e recursos orçamentários para expandir instituições de educação profissional e tecnológica, mas que o Estado deixe de fazê-lo naquele momento por ausência temporária de pessoal. Em tais casos, a declaração de inconstitucionalidade dos referidos dispositivos inviabilizaria a contratação por prazo determinado, em prejuízo à segurança pública, à dignidade das pessoas privadas de liberdade, ao direito fundamental à proteção de dados pessoais e à expansão da rede de ensino.

11. Nada obstante, é preciso coibir desvios e excessos, o que deve ser feito neste julgamento. No entanto, em atenção aos princípios da supremacia da Constituição e da presunção de constitucionalidade das leis, a solução adotada não deve ser a invalidação do art. 2º, § 1º, II, parte final, V e VIII, *b, c, d, f, h*, da Lei Estadual nº 6.901/2014, mas sim a atribuição de interpretação conforme a Constituição a esses dispositivos, a fim de explicitar que a contratação de pessoal por tempo determinado será constitucional quando se subsumir a uma das hipóteses legais e, cumulativamente, atender aos requisitos do art. 37, IX, da CRFB, na forma da tese firmada pelo STF no julgamento do Tema nº 612 de repercussão geral. Assim, caso sobrevenha necessidade permanente de admissão de pessoal, a validade das contratações temporárias estará restrita ao período exigido para a adoção de providências que visem atendê-la de forma definitiva. Dessa forma, ela pressupõe que não haja candidatos aprovados em concurso público à disposição; que a entidade contratante efetivamente realize o concurso público; e que a contratação temporária perdure somente pelo tempo necessário para concluí-lo.

12. Diante do exposto, *dou provimento integral* ao recurso extraordinário do Ministério Público, para declarar a inconstitucionalidade da expressão “especialmente”, constante da parte final do art. 2º, § 1º, VIII, da Lei nº 6.901/2014, do Estado do Rio de Janeiro, e *provimento parcial* aos recursos extraordinários do Estado e da Assembleia Legislativa, para, reformando o acórdão recorrido, atribuir interpretação conforme a Constituição ao art. 2º, § 1º, II, parte final, V e VIII, *“b”, “c”, “d”, “f”, e “h”*, do mesmo diploma legal, de modo a explicitar que a contratação de pessoal por tempo determinado, nessas hipóteses, será constitucional quando se subsumir a uma das hipóteses legais e, cumulativamente, atender aos requisitos do art. 37, IX, da CRFB, na forma da tese firmada pelo STF no julgamento do RE 658.026 (Tema nº 612). Por consequência, reconheço a validade do art. 2º, §§ 3º, 4º, 5º e 10; art. 3º, § 3º; e art. 5º, § 3º, da Lei Estadual nº 6.901/2014, que haviam sido declarados inconstitucionais por arrastamento no acórdão recorrido.

13. Proponho a fixação da seguinte tese de julgamento: “É constitucional a contratação de pessoal por prazo determinado para atividades permanentes do Estado, contanto que sua realização seja indispensável para suprir necessidade temporária e interesse público excepcional”.

14. É como voto.

Extrato de Ata - 25/04/2023

PLENÁRIO  
EXTRATO DE ATA

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.186.735**

**PROCED.: RIO DE JANEIRO**

**RELATOR: MIN. LUIZ FUX**

**RECTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**RECTE.(S): ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**RECTE.(S): ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**RECDO.(A/S): OS MESMOS**

**Decisão:** Após o voto do Ministro Luiz Fux (Relator), que dava provimento ao recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e negava provimento aos recursos extraordinários interpostos pelo Estado do Rio de Janeiro e pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, pediu vista dos autos o Ministro Roberto Barroso. Não participou, justificadamente, deste julgamento, a Ministra Cármen Lúcia. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Ricardo Lewandowski. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 03.10.2019.

**Decisão:** O Tribunal, por maioria, deu provimento ao recurso extraordinário manejado pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MP/RJ), com fulcro no artigo 932, V, do Código de Processo Civil de 2015 c/c o artigo 21, § 2º, do RISTF, para declarar a inconstitucionalidade da expressão “especialmente”, prevista no artigo 2º, § 1º, inciso VIII, *in fine*, da Lei 6.901/2014, do Estado do Rio de Janeiro, por incompatibilidade com o artigo 37, IX, da CRFB/88, e negou provimento aos recursos extraordinários interpostos pelo Estado do Rio de Janeiro, bem como pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (ALERJ), com fundamento no artigo 932, IV, do Código de Processo Civil de 2015 c/c o artigo 21, § 1º, do RISTF, nos termos do voto do Relator, vencido parcialmente o Ministro Roberto Barroso, que além de dar provimento ao recurso extraordinário do Ministério Público, também dava parcial provimento aos recursos do Estado e da Assembleia Legislativa. Plenário, Sessão Virtual de 14.4.2023 a 24.4.2023.

**Composição:** Ministros Rosa Weber (Presidente), Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques e André Mendonça.

Carmen Lilian Oliveira de Souza

Assessora-Chefe do Plenário

Superior Tribunal de Justiça

• • •

Jurisprudência Criminal

• • •

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO  
REGIMENTAL NO RECURSO EM *HABEAS CORPUS*  
Nº 155947 / DISTRITO FEDERAL (2021/0340730-3)**

**RELATOR: MINISTRO MESSOD AZULAY NETO**

**EMBARGANTE: D. B.**

**EMBARGANTE: J. C. G. M. DOS S.**

**EMBARGANTE: A. M. DOS S.**

**ADVOGADOS: TIAGO BOITA LAUDE - DF019278**

**JOSIANA GONZAGA DE CARVALHO - DF041428**

**FABRÍCIO DORNAS CARATA - DF056678**

**EMBARGADO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

**EMENTA**

PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. INQUÉRITO POLICIAL. TRANCAMENTO. SUPERVENIÊNCIA DE DENÚNCIA. RECEBIMENTO DA EXORDIAL. PREJUDICALIDADE. PERDA DO OBJETO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO *PREJUDICADOS*.

I - De acordo com as informações fornecidas pelo d. Juízo de origem, constata-se que “a Autoridade Policial apresentou o relatório final do inquérito, no dia 23.02.2022, momento em que indiciou os recorrentes pelos seguintes delitos: artigo 2º da Lei 12.850/2013 (Lei de Organizações Criminosas), artigos 312, 317 e 333 do Código Penal, artigo 1º da 9.613/1998 (Lavagem de capitais). Ademais, no dia 06.10.2022, o Ministério Público Federal ofereceu denúncia em desfavor dos recorrentes e demais 6 (seis) outros investigados [...]. No dia 1º.02.2023, este Juízo rejeitou a denúncia quantos ao crime de lavagem de capitais e a recebeu em relação aos demais delitos”.

II - Diante da situação superveniente (o recebimento da denúncia na origem), resta prejudicada a atual ação constitucional (de trancamento do inquérito policial por excesso de prazo e ausência de justa causa). Precedente.

III - Nesse contexto, tendo a r. decisão de recebimento da denúncia na origem constituído *novo título*, em especial, que trata sobre a justa causa para a ação penal, forçoso reconhecer a prejudicialidade do presente recurso em razão da nova realidade fática e processual dos autos de origem, bem como pela *perda superveniente de seu objeto*.

Embargos de declaração *julgados prejudicados*.



## **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 08/08/2023 a 14/08/2023, por unanimidade, julgar prejudicado o recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 14 de agosto de 2023.

**MINISTRO MESSOD AZULAY NETO**

Relator

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 155947 / DISTRITO FEDERAL (2021/0340730-3)**

**RELATOR: MINISTRO MESSOD AZULAY NETO**

**EMBARGANTE: D. B.**

**EMBARGANTE: J. C. G. M. DOS S.**

**EMBARGANTE: A. M. DOS S.**

**ADVOGADOS: TIAGO BOITA LAUDE - DF019278**

**JOSIANA GONZAGA DE CARVALHO - DF041428**

**FABRÍCIO DORNAS CARATA - DF056678**

**EMBARGADO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

**EMENTA**

PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. INQUÉRITO POLICIAL. TRANCAMENTO. SUPERVENIÊNCIA DE DENÚNCIA. RECEBIMENTO DA EXORDIAL. PREJUDICALIDADE. PERDA DO OBJETO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO *PREJUDICADOS*.

I - De acordo com as informações fornecidas pelo d. Juízo de origem, constata-se que *“a Autoridade Policial apresentou o relatório final do inquérito, no dia 23.02.2022, momento em que indiciou os recorrentes pelos seguintes delitos: artigo 2º da Lei 12.850/2013 (Lei de Organizações Criminosas), artigos 312, 317 e 333 do Código Penal, artigo 1º da 9.613/1998 (Lavagem de capitais). Ademais, no dia 06.10.2022, o Ministério Público Federal ofereceu denúncia em desfavor dos recorrentes e demais 6 (seis) outros investigados [...]. No dia 1º.02.2023, este Juízo rejeitou a denúncia quantos ao crime de lavagem de capitais e a recebeu em relação aos demais delitos”*.

II - Diante da situação superveniente (o recebimento da denúncia na origem), resta prejudicada a atual ação constitucional (de trancamento do inquérito policial por excesso de prazo e ausência de justa causa). Precedente.

III - Nesse contexto, tendo a r. decisão de recebimento da denúncia na origem constituído *novo título*, em especial, que trata sobre a justa causa para a ação penal, forçoso reconhecer a prejudicialidade do presente recurso em razão da nova realidade fática e processual dos autos de origem, bem como pela *perda superveniente de seu objeto*.

*Embargos de declaração julgados prejudicados.*

## RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos por *D. B., J. C. G. M. dos S. e A. M. dos S.* contra v. acórdão da *Quinta Turma* (fls. 3.110 e 3.115-3.119), que *negou provimento* ao agravo regimental interposto em face da decisão proferida pelo em. Min. João Otávio de Noronha (fls. 3.055-3.059), que *negou provimento* ao presente recurso em *habeas corpus*.

Em suas razões (fls. 3.124-3.135), os embargantes alegam que “o v. Acórdão embargado é omissivo quanto ao pedido de reforma da decisão no que, embora tenham sido realizadas diversas diligências (quebra de sigilo bancário, busca e apreensão e outras medidas cautelares), até a presente data não houve o indiciamento formal do ora embargante” (fl. 3.126).

Sustentam, ainda, que “a decisão recorrida, data maxima venia, não fundamenta a legalidade de um Inquérito Policial, o qual se arrasta por um longo período nada razoável, sem que o ora embargante tenha dado causa à demora excessiva das investigações” (fl. 3.126).

Ao final, pugnam pelo acolhimento dos aclaratórios “para suprir a omissão apontada e reformar o julgado, dando provimento ao Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*” (fl. 3.133).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela *rejeição* dos embargos (fls. 3.137-3.139).

Solicitadas informações (fl. 3.147), foram recebidas e acostadas às fls. 3.153- 3.170. É o relatório.

## VOTO

O presente feito encontra-se *prejudicado*.

De acordo com as informações fornecidas pelo d. Juízo de origem, constata-se que “a Autoridade Policial apresentou o relatório final do inquérito, no dia 23.02.2022, momento em que indiciou os recorrentes pelos seguintes delitos: artigo 2º da Lei 12.850/2013 (Lei de Organizações Criminosas), artigos 312, 317 e 333 do Código Penal, artigo 1º da 9.613/1998 (Lavagem de capitais). Ademais, no dia 06.10.2022, o Ministério Público Federal ofereceu denúncia em desfavor dos recorrentes e demais 6 (seis) outros investigados [...]. No dia 1º.02.2023, este Juízo rejeitou a denúncia quantos ao crime de lavagem de capitais e a recebeu em relação aos demais delitos” (fl. 3.155 - grifei).

Dessarte, diante da situação superveniente (o recebimento da denúncia na origem), resta prejudicada a atual ação constitucional (de trancamento do inquérito policial por excesso de prazo e ausência de justa causa).

Nesse sentido:

*“PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL. SUPERVENIÊNCIA DO PROCESSO PENAL. PERDA DO OBJETO. AGRAVO NÃO PROVIDO.*

*1. Em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, apurou-se que houve superveniente denúncia, seu recebimento, a condenação em primeira instância e o julgamento do recurso de apelação pelo Tribunal a quo. Nesse contexto, exsurge prejudicado, por falta de objeto, o pleito de trancamento do inquérito penal, tendo em vista que eventual nulidade do inquérito não acarretará a nulidade da ação penal superveniente, cuja fase procedimental é bastante avançada, porquanto encerrada a cognição fático-probatória.*

*2. Agravo regimental desprovido” (AgRg no RHC n. 74.574/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 26/3/2020).*

Nesse contexto, tendo a r. decisão de recebimento da denúncia na origem constituído *novo título*, em especial, que trata sobre a *justa causa* para a ação penal, forçoso reconhecer a prejudicialidade do presente recurso em razão da nova realidade fática e processual dos autos de origem, bem como pela *perda superveniente de seu objeto*.

Ante todo o exposto, voto por *julgar prejudicado os presentes embargos de declaração*.

É o voto.

**TERMO DE JULGAMENTO  
QUINTA TURMA**

**EDcl no AgRg no RHC nº 155.947 / DF**

**Número Registro: 2021/0340730-3**

**PROCESSO ELETRÔNICO**

**MATÉRIA CRIMINAL**

**Número de Origem: 1000050-96.2019.4.01.4100 10000509620194014100  
10033469220204014100 10200970420214010000 20200017396 2512016 5672012**

**Sessão Virtual de 08/08/2023 a 14/08/2023**

**SEGREDO DE JUSTIÇA**

**Relator dos EDcl no AgRg**

**Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO**

**Presidente da Sessão**

**Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO**

**Secretário**

**Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

**AUTUAÇÃO**

**RECORRENTE: D. B.**

**RECORRENTE: J. C. G. M. DOS S.**

**RECORRENTE: A. M. DOS S.**

**ADVOGADOS: TIAGO BOITA LAUDE - DF019278**

**JOSIANA GONZAGA DE CARVALHO - DF041428**

**FABRÍCIO DORNAS CARATA - DF056678**

**LUIZ CARLOS DA SILVA NETO - DF058804**

**RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

**ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL – INVESTIGAÇÃO PENAL – TRANCAMENTO**

## **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO**

**EMBARGANTE: D. B.**

**EMBARGANTE: J. C. G. M. DOS S.**

**EMBARGANTE: A. M. DOS S.**

**ADVOGADOS: TIAGO BOITA LAUDE - DF019278**

**JOSIANA GONZAGA DE CARVALHO - DF041428**

**FABRÍCIO DORNAS CARATA - DF056678**

**EMBARGADO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

### **TERMO**

A QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 08/08/2023 a 14/08/2023, por unanimidade, decidiu julgar prejudicado o recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 15 de agosto de 2023.



**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO  
ESPECIAL Nº 1.766.149 / RIO DE JANEIRO  
(2014/0175543-6)**

**RELATORA: MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**

**EMBARGANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

**EMBARGANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**EMBARGADO: CARLOS CÉSAR GOMES**

**ADVOGADOS: CARLOS MAGNO SOARES DE CARVALHO - RJ073969**

**PAULO LAGE BARBOZA DE OLIVEIRA - RJ099422**

**MARILDA DE PAULA SILVEIRA E OUTRO(S) - DF033954**

**HEFFRÉN NASCIMENTO DA SILVA - DF059173**

**EMENTA**

ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ALEGADA IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO, EM RECURSO ESPECIAL, DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE DAS SANÇÕES IMPOSTAS. ACÓRDÃO PARADIGMA QUE NÃO EXAMINOU O MÉRITO DA CONTROVÉRSIA, APLICANDO A SÚMULA 7/STJ. REVISÃO DE APLICAÇÃO DE REGRA TÉCNICA DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ART. 1.043, I E III, DO CPC/2015. ABRANGÊNCIA DA SANÇÃO DE PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA. CARGO OCUPADO NO MOMENTO DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO CONDENATÓRIA. PRECEDENTE DA PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA, INTERPOSTOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, PARCIALMENTE CONHECIDOS, E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDOS. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA, INTERPOSTOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, CONHECIDOS E PROVIDOS.

I. Embargos de Divergência interpostos contra acórdão da Primeira Turma do STJ publicado na vigência do CPC/2015.

II. Na origem, o ora embargado, ex-Presidente da Câmara de Vereadores de Teresópolis/RJ, foi condenado pela prática de ato de improbidade administrativa, consubstanciado na contratação de parentes de Vereadores para ocuparem cargos comissionados, em situação de nepotismo, sem a devida e prévia autorização legislativa, criando os cargos. A sentença julgou procedente o pedido, aplicando, ao réu, as sanções de ressarcimento do dano causado ao Erário – correspondente ao total das remunerações percebidas pelos parentes dos Vereadores que foram nomeados para ocupar cargos em comissão, em situação de nepotismo, por concluir que não cumpriam eles jornada de trabalho –, perda da função pública que estiver exercendo por ocasião do trânsito em julgado da decisão condenatória e suspensão de direitos políticos, pelo prazo de cinco anos. A sentença foi mantida, pelo Tribunal de origem, com fundamento nos arts. 10, XII, e 11 da Lei 8.429/92. No acórdão ora embargado, a Primeira Turma do STJ, por maioria, conheceu, em parte, do Recurso Especial interposto pelo réu, e, nessa extensão, deu-lhe parcial provimento, “para estabelecer que a perda de função pública do recorrente fique limitada ao cargo de vereador ou suplência, bem como para substituir a reparação do dano que lhe foi imposta por multa de 3 vezes o valor da remuneração percebida à época dos fatos”, concluindo, em “relação à obrigação de reparar o dano causado ao erário, correspondente ao total das remunerações percebidas pelos parentes dos vereadores que foram nomeados indevidamente para ocupar cargos em comissão, (...) que tal imposição afigura-se indevida – considerando que o serviço público foi desenvolvido –, sob pena de configurar enriquecimento ilícito por parte da Administração”.

III. O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro interpõe Embargos de Divergência, insurgindo-se quanto ao exame do mérito, pelo acórdão embargado, da matéria relativa à proporcionalidade e razoabilidade da sanção de ressarcimento ao Erário, pelo réu, das remunerações percebidas pelos parentes de Vereadores que foram nomeados para exercer cargo em comissão, em situação de nepotismo. Sustenta que o acórdão embargado, ao assim decidir, divergiu do entendimento adotado pela Segunda Turma do STJ, no julgamento do AgRg no REsp 1.500.812/SE (Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe de 28/05/2015), segundo o qual “a análise da pretensão recursal no sentido de que sanções aplicadas não observaram os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, com a consequente reversão do entendimento manifestado pelo Tribunal de origem,



exige o reexame de matéria fático-probatória dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ”. O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e o Ministério Público Federal insurgem-se, ainda, nos respectivos Embargos de Divergência, contra o acórdão embargado, no ponto em que limitou a perda do cargo público àquele que servira de instrumento à prática do ato ímprobo, apontando, como paradigmas, acórdãos de mérito.

IV. O art. 1.043, I e III, do CPC/2015 exige, para o cabimento de Embargos de Divergência, que os acórdãos confrontados, embargado e paradigma, sejam de mérito. A previsão do art. 1.043, III, do CPC/2015, na forma da jurisprudência, “na esteira dos princípios da instrumentalidade das formas e da primazia da resolução de mérito (art. 4º, CPC), vem afirmar o cabimento de embargos de divergência contra julgados que, por um equívoco de técnica de julgamento, a despeito de terem examinado o mérito da controvérsia, não conhecem de recurso ou pedido, quando o resultado de julgamento mais adequado seria o da improcedência” (STJ, AgRg nos EREsp 1.393.786/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, DJe de 02/12/2016).

V. Assim, à luz do CPC/2015, permanece válida a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não cabem Embargos de Divergência com a finalidade de discutir regra técnica de admissibilidade de Recurso Especial ou eventual equívoco quanto ao exame dos requisitos de admissibilidade do apelo nobre, tais como aqueles referentes à deficiência de fundamentação, ausência de prequestionamento, ao reexame de provas – tal como ocorre, no caso –, à comprovação do dissídio jurisprudencial. Nesse sentido: STJ, AgInt nos EAREsp 1.268.264/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, CORTE ESPECIAL, DJe de 07/12/2020; AgRg nos EREsp 1.393.786/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, DJe de 02/12/2016; AgInt nos EREsp 1.551.941/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 03/03/2017.

VI. Com efeito, “é pacífico o entendimento desta Corte Superior de que os embargos de divergência não se prestam para reverter os critérios de admissibilidade do recurso especial. Precedentes. A Lei nº 13.256/2016, ao revogar o inciso II do artigo 1.043 do Código de Processo Civil de 2015, aboliu expressamente a possibilidade do cabimento de embargos de divergência para discussão em torno do juízo de admissibilidade do recurso especial” (STJ, AgInt

nos EREsp 1.114.692/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, SEGUNDA SEÇÃO, DJe de 13/03/2017).

VII. Nesse contexto, os Embargos de Divergência, interpostos pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, não merecem conhecimento, no ponto em que defendem a impossibilidade de revisão, em Recurso Especial, da proporcionalidade e razoabilidade de sanções impostas por ato de improbidade administrativa, por entender aplicável o óbice da Súmula 7/STJ, tal como ocorrera no julgado, sobre o assunto, indicado como paradigma, que – diversamente do acórdão ora embargado – não apreciou o mérito da controvérsia. Descabidos, porém, no ponto, Embargos de Divergência, para discussão de regra técnica de admissibilidade de Recurso Especial, como se pretende, *in casu*.

VIII. A controvérsia então existente entre as Turmas que compõem a Primeira Seção do STJ – sobre a abrangência da sanção de perda da função pública, em ações por improbidade administrativa – foi dirimida, em 09/09/2020, com o julgamento dos EREsp 1.701.967/RS (Rel. p/ acórdão Ministro FRANCISCO FALCÃO, DJe de 02/02/2021). Na ocasião, prevaleceu o entendimento adotado pela Segunda Turma, no sentido de que "a sanção de perda da função pública visa a extirpar da Administração Pública aquele que exibiu inidoneidade (ou inabilitação) moral e desvio ético para o exercício da função pública, abrangendo qualquer atividade que o agente esteja exercendo ao tempo da condenação irrecorrível (REsp n. 924.439/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma. DJ de 19/8/2009)" (STJ, EREsp 1.701.967/RS, Rel. p/ acórdão Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 02/02/2021).

IX. Embargos de Divergência, interpostos pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, parcialmente conhecidos, e, nessa extensão, providos. Embargos de Divergência, interpostos pelo Ministério Público Federal, conhecidos e providos.

## 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 Primeira Seção, por unanimidade, deu provimento aos embargos de divergência do MPF e conhecer parcialmente dos embargos de divergência do MPRJ e, nessa extensão, dar-lhes provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região), Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Dr. HEFFRÉN NASCIMENTO DA SILVA, pela parte EMBARGADA: CARLOS CÉSAR GOMES.

Brasília (DF), 12 de maio de 2021 (data do julgamento).

**MINISTRA ASSUETE MAGALHÃES**

Relatora

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
PRIMEIRA SEÇÃO**

**Número Registro: 2014/0175543-6**

**PROCESSO ELETRÔNICO**

**EREsp 1.766.149 / RJ**

**Números Origem: 00109948420098190061 109948420098190061 1812006  
20090610110404 201424557534**

**PAUTA: 24/03/2021**

**JULGADO: 14/04/2021**

**Relatora**

**Exma. Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES**

**Presidente da Sessão**

**Exmo. Sr. Ministro BENEDITO GONÇALVES**

**Subprocuradora-Geral da República**

**Exma. Sra. Dra. MARIA CAETANA CINTRA SANTOS**

**Secretária**

**Bela. MARIANA COUTINHO MOLINA**

**AUTUAÇÃO**

**EMBARGANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

**EMBARGANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**EMBARGADO: CARLOS CÉSAR GOMES**

**ADVOGADOS: CARLOS MAGNO SOARES DE CARVALHO - RJ073969**

**PAULO LAGE BARBOZA DE OLIVEIRA - RJ099422**

**MARILDA DE PAULA SILVEIRA E OUTRO(S) - DF033954**

**HEFFRÉN NASCIMENTO DA SILVA - DF059173**

**ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO  
– ATOS ADMINISTRATIVOS – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

### **CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Retirado de Pauta por falta de tempo hábil para julgamento.

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.766.149 / RJ  
(2014/0175543-6)**

**RELATÓRIO**

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de dois Embargos de Divergência em Recurso Especial, interpostos pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (fls. 1.114/1.172e) e pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (fls. 1.043/1.083e), em que se insurgem contra acórdão da Primeira Turma (Relator p/ acórdão Ministro GURGEL DE FARIA, DJe de 04/02/2019), assim ementado:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. LITISCONSÓRCIO PASSIVO. DESNECESSIDADE. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. EXAME. VIA IMPRÓPRIA. ATO CONFIGURADO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7 DO STJ. INCIDÊNCIA. *PERDA DO CARGO. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA.*

1. O Plenário do STJ decidiu que ‘aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça’ (Enunciado Administrativo n. 2).

2. Consoante jurisprudência pacificada no STJ, não há litisconsórcio passivo necessário entre o agente público e os terceiros beneficiados com o ato ímprobo.

3. A via do recurso especial é imprópria para a alegação de violação de dispositivo constitucional.

4. Conforme pacífico entendimento jurisprudencial desta Corte Superior, improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo, sendo ‘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 8.429/1992, ou, pelo menos, evitada de culpa grave nas do artigo 10’ (AIA 30/AM, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe 28/09/2011).

5. Hipótese em que, em face das premissas fáticas assentadas no acórdão objurgado, que reconheceu o enquadramento do recorrente nos atos de improbidade administrativa (arts. 10, XII, e 11 da Lei n. 8.429/1992), com a indicação expressa do elemento subjetivo (dolo), a modificação do entendimento firmado pelas instâncias ordinárias demandaria indubitavelmente o reexame

de todo o material cognitivo produzido nos autos, desiderato incompatível com a via especial, a teor da Súmula 7 do STJ.

6. *A teor do entendimento majoritário da Primeira Turma do STJ, a sanção da perda do cargo público, prevista entre aquelas do art. 12 da Lei n. 8.429/1992, não está relacionada ao cargo ocupado pelo agente ímprobo ao tempo do trânsito em julgado da sentença condenatória, mas sim àquele (cargo) que serviu de instrumento para a prática da conduta ilícita.*

7. *A obrigação de reparar o dano causado ao erário, correspondente ao total das remunerações percebidas pelos parentes dos vereadores que foram nomeados indevidamente para ocupar cargos em comissão, constitui enriquecimento ilícito por parte da Administração, considerando que o serviço público foi desenvolvido.*

8. *Fixação da multa civil em 3 (três) vezes o valor da remuneração percebida pelo recorrente à época dos fatos.*

9. *Recurso especial parcialmente provido, na parte conhecida” (fls. 1.010/1.011e).*

Opostos Embargos de Declaração, pelo réu, foram eles rejeitados (fls. 1.185/1.189e).

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO insurge-se quanto ao exame de mérito, pelo acórdão embargado, da matéria relativa à proporcionalidade e razoabilidade da sanção de ressarcimento ao Erário, pelo réu, das remunerações percebidas pelo parentes de Vereadores que foram nomeados para exercer cargo em comissão, em situação de nepotismo, porquanto o acórdão de 2º Grau concluíra que “a ocupação dos cargos era não somente indevida, como causava prejuízo aos cofres públicos, considerando-se que não havia a correlata e suficiente contraprestação laboral, fato reconhecido pelos próprios envolvidos” (fl. 1.123e). Sustenta que o acórdão embargado não poderia reexaminar fatos, para concluir que “o serviço público foi desenvolvido” e substituir a reparação do dano, que havia sido imposta com fundamento no art. 10 da Lei 8.429/92, por multa de 3 (três) vezes o valor da remuneração percebida, pelo réu, à época dos fatos.

Insurge-se, ainda, quanto à limitação, pelo acórdão embargado, da sanção de perda do cargo público àquele que servira de instrumento à prática do ato ímprobo, reformando, assim, o acórdão de 2º Grau, que, mantendo a sentença, determinara a “perda da função pública que [o réu] estiver exercendo por ocasião do trânsito em julgado, na forma do art. 20 da Lei 8.429/92” (fls. 402e e 516e).

Sustenta o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO que o acórdão embargado, quanto às duas questões, divergiu do entendimento adotado pela Segunda Turma do STJ, em dois acórdãos paradigma, respectivamente, no julgamento do (a) AgRg no REsp 1.500.812/SE (Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJE

de 28/05/2015), segundo o qual “a análise da pretensão recursal no sentido de que sanções aplicadas não observaram os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, com a conseqüente reversão do entendimento manifestado pelo Tribunal de origem, exige o reexame de matéria fático-probatória dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ” (fls. 1.117/1.118e); e (b) AgInt no REsp 1.701.967/RS (Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe de 19/02/2019), segundo o qual “a sanção de perda da função pública visa a extirpar da Administração Pública aquele que exibiu inidoneidade (ou inabilitação) moral e desvio ético para o exercício da função pública, abrangendo qualquer atividade que o agente esteja exercendo ao tempo da condenação irreversível” (fl. 1.118e).

Ao final, postula “sejam admitidos, conhecidos e providos os presentes embargos, unificando a aplicação da lei federal *para adotar-se os entendimentos exarados nos acórdãos paradigmas, de forma a manter a condenação do embargado a reparar o dano causado ao erário, a ser apurado em liquidação do julgado e à perda da função pública que estiver exercendo no momento do trânsito em julgado da ação, nos exatos termos da sentença de piso, confirmada em sede de recurso de apelação*” (fls. 1.131/1.132e).

Já o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL insurge-se também quanto à abrangência da sanção de perda do cargo público imposta pela prática de ato de improbidade administrativa, que foi limitada, pelo acórdão embargado, ao cargo que serviria de instrumento à prática do ato ímprobo. Aponta como paradigma o REsp 924.439/RJ (Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 19/08/2009), sustentando que, “enquanto a douta 1ª Turma desse e. STJ, capitaneada pelo voto-condutor do Exmo. Ministro Gurgel de Faria, consignou que a sanção de perda da função pública incide apenas sobre a função exercida pelo agente público à época em que praticou o ato de improbidade administrativa reconhecido na sentença judicial, o acórdão paradigma (REsp 924.439/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 19/08/2009) vai no sentido de que a referida penalidade abrange qualquer atividade que o agente esteja exercendo ao tempo do trânsito em julgado da decisão condenatória” (fl. 1.047e).

Ao final, requer “que os presentes embargos sejam admitidos, conhecidos e providos, para que prevaleça a posição adotada pela Segunda Turma desse E. Superior Tribunal de Justiça, na forma do acórdão paradigma” (fl. 1.054e).

Ambos os Embargos de Divergência foram admitidos (fls. 1.255/1.257e e 1.343/1.344e).

CARLOS CÉSAR GOMES apresentou impugnação aos Embargos de Divergência (fls. 1.272/1.284e e 1.350/1.369e).

É o relatório.



**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.766.149 / RJ  
(2014/0175543-6)**

**RELATORA: MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**

**EMBARGANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

**EMBARGANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**EMBARGADO: CARLOS CÉSAR GOMES**

**ADVOGADOS: CARLOS MAGNO SOARES DE CARVALHO - RJ073969**

**PAULO LAGE BARBOZA DE OLIVEIRA - RJ099422**

**MARILDA DE PAULA SILVEIRA E OUTRO(S) - DF033954**

**HEFFRÉN NASCIMENTO DA SILVA - DF059173**

### **EMENTA**

ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ALEGADA IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO, EM RECURSO ESPECIAL, DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE DAS SANÇÕES IMPOSTAS. ACÓRDÃO PARADIGMA QUE NÃO EXAMINOU O MÉRITO DA CONTROVÉRSIA, APLICANDO A SÚMULA 7/STJ. REVISÃO DE APLICAÇÃO DE REGRA TÉCNICA DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ART. 1.043, I E III, DO CPC/2015. ABRANGÊNCIA DA SANÇÃO DE PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA. CARGO OCUPADO NO MOMENTO DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO CONDENATÓRIA. PRECEDENTE DA PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA, INTERPOSTOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, PARCIALMENTE CONHECIDOS, E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDOS. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA, INTERPOSTOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, CONHECIDOS E PROVIDOS.

I. Embargos de Divergência interpostos contra acórdão da Primeira Turma do STJ publicado na vigência do CPC/2015.

II. Na origem, o ora embargado, ex-Presidente da Câmara de Vereadores de Teresópolis/RJ, foi condenado pela prática de ato de improbidade administrativa, consubstanciado na contratação de parentes de Vereadores para ocuparem cargos comissionados, em situação de nepotismo, sem a devida e prévia autorização legislativa, criando os cargos. A sentença julgou procedente o pedido, aplicando, ao réu, as sanções de ressarcimento do dano causado ao Erário – correspondente ao total das remunerações

percebidas pelos parentes dos Vereadores que foram nomeados para ocupar cargos em comissão, em situação de nepotismo, por concluir que não cumpriam eles jornada de trabalho –, perda da função pública que estiver exercendo por ocasião do trânsito em julgado da decisão condenatória e suspensão de direitos políticos, pelo prazo de cinco anos. A sentença foi mantida, pelo Tribunal de origem, com fundamento nos arts. 10, XII, e 11 da Lei 8.429/92. No acórdão ora embargado, a Primeira Turma do STJ, por maioria, conheceu, em parte, do Recurso Especial interposto pelo réu, e, nessa extensão, deu-lhe parcial provimento, “para estabelecer que a perda de função pública do recorrente fique limitada ao cargo de vereador ou suplência, bem como para substituir a reparação do dano que lhe foi imposta por multa de 3 vezes o valor da remuneração percebida à época dos fatos”, concluindo, em “relação à obrigação de reparar o dano causado ao erário, correspondente ao total das remunerações percebidas pelos parentes dos vereadores que foram nomeados indevidamente para ocupar cargos em comissão, (...) que tal imposição afigura-se indevida – considerando que o serviço público foi desenvolvido –, sob pena de configurar enriquecimento ilícito por parte da Administração”.

III. O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro interpõe Embargos de Divergência, insurgindo-se quanto ao exame do mérito, pelo acórdão embargado, da matéria relativa à proporcionalidade e razoabilidade da sanção de ressarcimento ao Erário, pelo réu, das remunerações percebidas pelos parentes de Vereadores que foram nomeados para exercer cargo em comissão, em situação de nepotismo. Sustenta que o acórdão embargado, ao assim decidir, divergiu do entendimento adotado pela Segunda Turma do STJ, no julgamento do AgRg no REsp 1.500.812/SE (Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe de 28/05/2015), segundo o qual “a análise da pretensão recursal no sentido de que sanções aplicadas não observaram os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, com a consequente reversão do entendimento manifestado pelo Tribunal de origem, exige o reexame de matéria fático-probatória dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ”. O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e o Ministério Público Federal insurgem-se, ainda, nos respectivos Embargos de Divergência, contra o acórdão embargado, no ponto em que limitou a perda do cargo público àquele que servira de instrumento à prática do ato ímprobo, apontando, como paradigmas, acórdãos de mérito.

IV. O art. 1.043, I e III, do CPC/2015 exige, para o cabimento de Embargos de Divergência, que os acórdãos confrontados, embargado e paradigma, sejam de mérito. A previsão do art.

1.043, III, do CPC/2015, na forma da jurisprudência, “na esteira dos princípios da instrumentalidade das formas e da primazia da resolução de mérito (art. 4º, CPC), vem afirmar o cabimento de embargos de divergência contra julgados que, por um equívoco de técnica de julgamento, a despeito de terem examinado o mérito da controvérsia, não conhecem de recurso ou pedido, quando o resultado de julgamento mais adequado seria o da improcedência” (STJ, AgRg nos EREsp 1.393.786/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, DJe de 02/12/2016).

V. Assim, à luz do CPC/2015, permanece válida a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não cabem Embargos de Divergência com a finalidade de discutir regra técnica de admissibilidade de Recurso Especial ou eventual equívoco quanto ao exame dos requisitos de admissibilidade do apelo nobre, tais como aqueles referentes à deficiência de fundamentação, ausência de prequestionamento, ao reexame de provas – tal como ocorre, no caso –, à comprovação do dissídio jurisprudencial. Nesse sentido: STJ, AgInt nos EAREsp 1.268.264/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, CORTE ESPECIAL, DJe de 07/12/2020; AgRg nos EREsp 1.393.786/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, DJe de 02/12/2016; AgInt nos EREsp 1.551.941/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 03/03/2017.

VI. Com efeito, “é pacífico o entendimento desta Corte Superior de que os embargos de divergência não se prestam para reverter os critérios de admissibilidade do recurso especial. Precedentes. A Lei nº 13.256/2016, ao revogar o inciso II do artigo 1.043 do Código de Processo Civil de 2015, aboliu expressamente a possibilidade do cabimento de embargos de divergência para discussão em torno do juízo de admissibilidade do recurso especial” (STJ, AgInt nos EREsp 1.114.692/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, SEGUNDA SEÇÃO, DJe de 13/03/2017).

VII. Nesse contexto, os Embargos de Divergência, interpostos pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, não merecem conhecimento, no ponto em que defendem a impossibilidade de revisão, em Recurso Especial, da proporcionalidade e razoabilidade de sanções impostas por ato de improbidade administrativa, por entender aplicável o óbice da Súmula 7/STJ, tal como ocorrera no julgado, sobre o assunto, indicado como paradigma, que – diversamente do acórdão ora embargado – não apreciou o mérito da controvérsia. Descabidos, porém, no ponto, Embargos de Divergência, para discussão de regra técnica de admissibilidade de Recurso Especial, como se pretende, *in casu*.

VIII. A controvérsia então existente entre as Turmas que compõem a Primeira Seção do STJ – sobre a abrangência da sanção de perda da função pública, em ações por improbidade administrativa – foi dirimida, em 09/09/2020, com o julgamento dos EREsp 1.701.967/RS (Rel. p/ acórdão Ministro FRANCISCO FALCÃO, DJe de 02/02/2021). Na ocasião, prevaleceu o entendimento adotado pela Segunda Turma, no sentido de que "a sanção de perda da função pública visa a extirpar da Administração Pública aquele que exibiu inidoneidade (ou inabilitação) moral e desvio ético para o exercício da função pública, abrangendo qualquer atividade que o agente esteja exercendo ao tempo da condenação irrecurável (REsp n. 924.439/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma. DJ de 19/8/2009)" (STJ, EREsp 1.701.967/RS, Rel. p/ acórdão Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 02/02/2021).

IX. Embargos de Divergência, interpostos pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, parcialmente conhecidos, e, nessa extensão, providos. Embargos de Divergência, interpostos pelo Ministério Público Federal, conhecidos e providos.

## VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): De acordo com os autos, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, primeiro embargante, ajuizou Ação Civil Pública, postulando a condenação de CARLOS CÉSAR GOMES, ora embargado, pela prática de ato de improbidade administrativa. Nos termos da inicial, o embargado, na condição de Presidente da Câmara de Vereadores de Teresópolis/RJ, contratou parentes de Vereadores para ocuparem cargos comissionados, em situação de nepotismo, sem a devida e prévia autorização legislativa, criando os cargos.

A sentença julgou procedente o pedido. Concluiu que os servidores assim contratados não cumpriam jornada de trabalho (fl. 393e), pelo que se configurava a hipótese do art. 10, *caput* e XII, da Lei 8.429/92, que absorvia, no caso, a hipótese do art. 11 da aludida Lei 8.429/92 (fl. 396e), aplicando ao réu as seguintes penas:

*“(...) ao réu CARLOS CÉSAR GOMES, incurso no art. 10, XII, da Lei nº 8.429/92, as seguintes sanções, previstas no art. 12, II, da mesma Lei 8.429/92: (a) obrigação de reparar o dano causado ao erário, dano este que corresponde ao total das remunerações percebidas pelos parentes de vereadores que foram nomeados para ocupar cargos em comissão, configurando nepotismo, nomeados pelo réu durante o período em que exerceu a presidência da Câmara Municipal (anos de 2005-2006), o que deverá ser apurado em liquidação de sentença, devendo os valores serem corrigidos monetariamente a partir da data de cada pagamento efetuado pelo erário, com juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês a partir da data da citação nestes autos; (b) perda da função pública que estiver exercendo por ocasião do trânsito em julgado, na forma do art. 20 da Lei 8.429/92; (c) suspensão dos direitos políticos, a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória (na forma do art. 20 da Lei 8.429/92), pelo prazo de 5 (cinco) anos, prazo mínimo previsto no inciso III do art 12 da Lei 8.429/92, por não vislumbrar necessidade de fixação desta sanção em prazo superior ao mínimo legal. Conforme exposto na fundamentação supra, deixo de impor as demais sanções (perda de valores acrescidos ao patrimônio, circunstância inócua; multa civil; proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios), por impertinentes, tendo em vista a especificidade do caso concreto” (fl. 402e).*

Interposta Apelação, pelo réu, fora ela improvida, pelo Tribunal de origem, em acórdão publicado em 20/03/2014, que concluiu que o ato praticado pelo réu configuraria as hipóteses dos arts. 10, XII, e 11 da Lei 8.429/92, em acórdão assim ementado:

*“Apelação cível. Ação de improbidade administrativa. Município de Teresópolis. Causa de pedir baseada na contratação de parentes de vereadores pelo Presidente da Câmara Municipal para ocupação de cargos comissionados. Favorecimento voluntário e consciente dos vínculos de parentesco para o exercício da função pública, como decorrência de pressão política. Afronta aos artigos 10 e 11 da Lei n.º 8.429/92, bem como ao artigo 37, caput da Constituição Federal. Juízo que não fica adstrito à tipificação indicada na peça inicial, e sim aos fatos invocados como causa de pedir. Dano ao erário que se apresenta como consectário lógico da conduta ímproba praticada pelo réu. Desnecessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário. Ausência de nulidades a sanar. Elemento subjetivo configurado. Nepotismo que não exige lei formal para coibir sua prática, tendo em vista que a proibição decorre diretamente dos princípios regentes da administração pública. Precedente do STF em repercussão geral. Penalidades de reconstituição do patrimônio lesado, de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos por cinco (05) anos corretamente impostas. Apelo improvido” (fl. 508e).*

Colhe-se, do acórdão recorrido, o seguinte excerto:

*“8. Inicialmente, não há que se falar em nulidade do julgado recorrido, que se mostra irretocável em todos os seus aspectos, cuja fundamentação, inclusive, dispensa maiores razões deste órgão julgador sobre o tema, que se viu exaurido de forma competente.*

*9. Tal como ocorre com o disposto no artigo 383 do Código de Processo Penal, nada obsta que o Juízo, nas ações de improbidade, dê ao fato definição jurídica diversa daquela que conste da peça inicial, mesmo que, em razão disso, tenha que aplicar penalidade mais grave. Por evidente, o réu se defende dos fatos narrados, e não da classificação jurídica conferida pelo Parquet, não havendo que se falar em surpresa para o réu, ou mesmo cerceamento de seu direito de defesa, que restou pleno.*

*10. As provas que foram produzidas nos autos, afinal, descobriram fatos novos, de que a ocupação dos cargos era não somente indevida, como causava prejuízo aos cofres públicos, considerando-se que não havia a correlata e suficiente contraprestação laboral, fato reconhecido pelos próprios envolvidos (fls.150/154). Em razão desse dinamismo procedimental, deve o magistrado dar correta aplicação aos ditames da Lei n.º 8.429/92, não ficando adstrito à tipificação indicada na peça inicial.*

(...)

12. *Quanto ao entendimento de que seria essencial a formação de litisconsórcio passivo necessário do réu com os vereadores e seus parentes indevidamente nomeados, há de se ressaltar que a presente ação civil pública visa apenas a punição do agente público responsável pelas nomeações, e nada mais. Poderia o Ministério Público optar pela formação de um litisconsórcio passivo facultativo, mas assim não o quis, o que não impede que exercite o seu direito de ação no momento oportuno, em face de quem julgar conveniente.*

13. *No mérito, depreende-se das próprias razões recursais, que o parentesco entre ocupantes de cargos comissionados na Câmara Legislativa do Município de Teresópolis e os vereadores eleitos não restou impugnada.*

(...)

15. *Isto porque, os atos de improbidade descritos no artigo 10 da legislação de regência, ao contrário do que pretende o apelante, contentam-se com o elemento subjetivo culpa, sendo certo, inclusive, que no presente caso o réu tinha plena ciência dos graus de parentesco das pessoas por ele nomeadas com os demais integrantes da Casa Legislativa, o que configura indiscutível dolo em seu atuar.*

(...)

17. *No caso dos autos, é evidente que o réu favoreceu voluntaria e conscientemente os vínculos de parentesco para o exercício da função pública, por mera 'pressão política', conforme reconheceu em seu depoimento pessoal de fls.155/158, o que traduz flagrante afronta aos princípios regentes da administração pública, sobretudo os da impessoalidade, moralidade administrativa e da supremacia do interesse público, além de caracterizar prejuízo ao erário.*

(...)

19. *O réu, na qualidade de Presidente da Câmara Municipal, sendo o responsável direto por realizar a nomeação em tais cargos comissionados, por certo não poderia privilegiar parentes seus ou de seus pares, no intuito de burlar o mandamento constitucional.*

20. *E frise-se, por oportuno, que há muito o Supremo Tribunal Federal pacificou o tema, entendendo que o nepotismo não exige lei formal para coibir sua prática, pois a proibição decorre diretamente dos princípios contidos no artigo 37 da Constituição Federal.*

21. *O tema foi, inclusive, alvo de repercussão geral na Corte Suprema, que assim decidiu:*

(...)

22. Logo, deve-se concluir que além de ilegal, o ato que visava fim proibido pela Carta Magna, também é imoral, pois *o atuar consciente do agente político mostrou-se hábil a violar os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições públicas, além de permitir que terceiros enriquecessem indevidamente, a configurar os tipos previstos no artigo 11 e 10, XII, ambos da Lei 8.429/92.*

23. Quanto às penalidades passíveis de aplicação, considerando-se que a sanção deve guardar relação com o ilícito praticado, e que as diretrizes para individualizar as sanções baseiam-se na intensidade do elemento volitivo que as deflagrou, nas peculiaridades do sujeito ativo, bem como nos reflexos sociais de sua conduta, *entende-se cabível a condenação de reconstrução do patrimônio lesado, bem como a perda de função pública e a suspensão dos direitos políticos por cinco (05) anos, como previsto pela norma de regência.*

24. Assim sendo, *NEGA-SE PROVIMENTO AO APELO, mantendo-se integralmente a sentença recorrida*" (fls. 512/516e).

Opostos Embargos de Declaração, pelo réu, restaram eles rejeitados (fls. 1.185/1.189e).

Interposto Recurso Especial, não foi ele admitido, pelo Tribunal de origem (fls. 801/812e). Contra tal decisão, foi interposto o Agravo em Recurso Especial de fls. 843/863e. Na decisão de fl. 911e, o Ministro FELIX FISCHER, então Presidente do STJ, negou seguimento ao recurso, por entender intempestivo o Recurso Especial. Irresignado, o embargante interpôs Agravo Regimental, tendo a Ministra REGINA HELENA COSTA reconsiderado a decisão agravada (fl. 946e), e, posteriormente, conhecido do Agravo em Recurso Especial, para determinar sua conversão em Recurso Especial (fl. 996e).

A Relatora, Ministra REGINA HELENA COSTA, deferiu, parcialmente, em 09/08/2016, o pedido de tutela provisória de urgência, formulado pelo réu, "somente para determinar a suspensão dos efeitos da condenação do Requerente quanto à prática dos atos de improbidade administrativa do art. 10, da Lei n. 8.429/92, mantendo-se, por ora, aqueles relativos aos atos do art. 11, do mesmo diploma legal" (fl. 957e).

Posteriormente, no julgamento do Recurso Especial, revogou a tutela provisória de urgência deferida, conheceu parcialmente do Recurso Especial, e, nessa extensão, negou-lhe provimento, mantendo, integralmente, o acórdão recorrido.

Quanto à dosimetria das sanções impostas – matéria sobre a qual se instalou divergência, na Primeira Turma –, a Ministra REGINA HELENA COSTA examinou o assunto, no mérito, defendeu a manutenção das penas aplicadas ao réu, inclusive a de "perda da função pública que estiver exercendo por ocasião do trânsito em julgado, na forma do art. 20 da Lei 8.429/92", citando precedentes da Segunda Turma



sobre o assunto (fls. 402e e 1.033/1.037e), concluindo que “as penas aplicadas pelo juiz monocrático e mantidas pelo tribunal de origem mostram-se proporcionais aos atos ímprobos cometidos” (fl. 1.037e).

No acórdão ora embargado, a Primeira Turma do STJ, por maioria – vencida a Relatora, Ministra REGINA HELENA COSTA –, conheceu, em parte, do Recurso Especial, e, nessa extensão, deu-lhe parcial provimento, “para estabelecer que a perda de função pública do recorrente fique limitada ao cargo de vereador ou suplência, bem como para substituir a reparação do dano que lhe foi imposta por multa de 3 vezes o valor da remuneração percebida à época dos fatos”, concluindo, em “relação à obrigação de reparar o dano causado ao erário, correspondente ao total das remunerações percebidas pelos parentes dos vereadores que foram nomeados indevidamente para ocupar cargos em comissão, (...) que tal imposição afigura-se indevida – considerando que o serviço público foi desenvolvido –, sob pena de configurar enriquecimento ilícito por parte da Administração” (fl. 1.041e).

No que interessa ao julgamento dos presentes Embargos de Divergência, o voto condutor do acórdão ora embargado, publicado em 19/02/2019, de lavra do Ministro GURGEL DE FÁRIA, Relator para o acórdão, foi assim fundamentado:

“Analisando o voto da em. relatora, vale consignar que acompanho o entendimento externado por S. Exa. nos seguintes pontos: desnecessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário no bojo das ações de improbidade administrativa; impossibilidade de examinar suposta violação de dispositivo constitucional no âmbito do apelo nobre; inoportunidade de ofensa ao contraditório e à ampla defesa e de julgamento *extra petita*; configuração da prática do ato ímprobo previsto nos arts. 10, XII, e 11 da Lei n. 8.429/1992, consubstanciado na conduta vedada do nepotismo cruzado.

*Dirirjo, contudo, da Min. Regina Helena Costa, rogando-lhe todas as vênias, na questão referente à imposição do ressarcimento ao erário, bem assim à perda do cargo público.*

*Ressalte-se que, a teor do entendimento majoritário da Primeira Turma do STJ, a sanção da perda do cargo público prevista entre aquelas do art. 12 da Lei n. 8.429/1992 não está relacionada ao cargo ocupado pelo agente ímprobo ao tempo do trânsito em julgado da sentença condenatória, mas sim àquele (cargo) que serviu de instrumento para a prática da conduta ilícita.*

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PERDA DE FUNÇÃO PÚBLICA. SANÇÃO QUE NÃO

*ATINGE CARGO PÚBLICO DIVERSO DAQUELE OCUPADO PELO AGENTE PÚBLICO À ÉPOCA PRÁTICA DO ATO DE IMPROBIDADE.*

1. A questão controversa cinge-se a saber se a sanção de perda da função pública em razão de atos então praticados na condição de vereador e tesoureiro poderia atingir cargo público efetivo para o qual, por concurso público, o agente foi nomeado posteriormente aos fatos narrados na inicial da ação de improbidade administrativa.

2. *A Primeira Turma do STJ orienta-se no sentido de que as normas que descrevem infrações administrativas e cominam penalidades constituem matéria de legalidade estrita, não podendo sofrer interpretação extensiva, motivo pelo qual a sanção de perda da função pública do art. 12 da Lei n. 8.429/1992, ao tempo do trânsito em julgado da sentença condenatória, não pode atingir cargo público diverso ocupado pelo agente daquele que serviu de instrumento para a prática da conduta ilícita.* Precedentes: AgRg no AREsp 369.518/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 28/3/2017; EDcl no REsp 1.424.550/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 8/5/2017.

3. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1423452/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe 13/03/2018). (Grifos acrescidos).

*No caso, a implementação da perda do cargo poderá ser levada a efeito caso o recorrente venha a exercer outro mandato como vereador (no momento do trânsito em julgado), mas, se for outro o cargo por ele ocupado (no referido momento), não.*

*Com relação à obrigação de reparar o dano causado ao erário, correspondente ao total das remunerações percebidas pelos parentes dos vereadores que foram nomeados indevidamente para ocupar cargos em comissão, verifico que tal imposição afigura-se indevida – considerando que o serviço público foi desenvolvido –, sob pena de configurar enriquecimento ilícito por parte da Administração.* Nesse sentido: AgInt no REsp 1427906/SP, rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe 13/10/2017; REsp 1659553/RJ, rel. Min. HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 30/06/2017.

*Tal contexto autoriza a fixação da multa civil em 3 (três) vezes o valor da remuneração percebida pelo recorrente à época dos fatos, na condição de vereador.*

*Ante o exposto, CONHEÇO PARCIALMENTE do recurso especial e, nessa extensão, DOU-LHE PARCIAL PROVIMENTO, para estabelecer que a perda de função pública do recorrente fique limitada ao cargo de vereador ou suplência, bem como para substituir a reparação do dano que lhe foi imposta por multa de 3 vezes o valor da remuneração percebida à época dos fatos” (fls. 1.040/1.041e).*

Conforme relatado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO sustenta que o acórdão embargado, ao assim decidir, divergiu do entendimento adotado pela Segunda Turma do STJ no julgamento do AgRg no REsp 1.500.812/SE (Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe de 28/05/2015), segundo o qual “a análise da pretensão recursal no sentido de que sanções aplicadas não observaram os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, com a consequente reversão do entendimento manifestado pelo Tribunal de origem, exige o reexame de matéria fático-probatória dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ” (fls. 1.117/1.118e).

Defende que, “para pretensões recursais idênticas – revisão das sanções previstas no art. 12 da Lei 8429/92 – diversas foram as soluções conferidas, posto que o Superior Tribunal de Justiça ora admite o reexame dos fatos e ora acertadamente os proíbe, fiel ao seu papel constitucionalmente delimitado” (fl. 1.121e).

*Quanto ao ponto, os Embargos de Divergência não merecem conhecimento.*

Com efeito, o art. 1.043, I e III, do CPC/2015 exige, para o cabimento de Embargos de Divergência, que os acórdãos confrontados, embargado e paradigma, sejam de mérito (inciso I), ou que um seja acórdão de mérito e outro que não tenha conhecido do recurso, *embora tenha apreciado a controvérsia* (inciso III). A previsão do art. 1.043, III, do CPC/2015, na forma da jurisprudência, “na esteira dos princípios da instrumentalidade das formas e da primazia da resolução de mérito (art. 4º, CPC), vem afirmar o cabimento de embargos de divergência contra julgados que, por um equívoco de técnica de julgamento, a despeito de terem examinado o mérito da controvérsia, não conhecem de recurso ou pedido, quando o resultado de julgamento mais adequado seria o da improcedência” (STJ, AgRg nos EREsp 1.393.786/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, DJe de 02/12/2016).

Assim, à luz do CPC/2015, permanece válida a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não cabem Embargos de Divergência com a finalidade de discutir regra técnica de admissibilidade de Recurso Especial ou eventual equívoco quanto ao exame dos requisitos de admissibilidade do apelo nobre, tais como aqueles referentes à deficiência de fundamentação, à ausência de prequestionamento, ao reexame de provas – tal como ocorre, no caso –, à comprovação do dissídio jurisprudencial. Nesse sentido:

**“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. INDEFERIMENTO DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. SÚMULA 315/STJ. NÃO PROVIMENTO DO AGRAVO.**

1. Trata-se de Agravo Interno interposto contra *decisum* da Presidência do STJ que indeferiu liminarmente os Embargos de Divergência.

2. O Agravo Interno não merece prosperar, pois a ausência de argumentos hábeis para alterar os fundamentos da decisão ora agravada torna incólume o entendimento nela firmado. Portanto não há falar em reparo na decisão.

3. A parte embargante insurge-se contra o acórdão embargado em razão da divergência com os seguintes julgados: a) AREsp 1.115.936/SP, relatado pelo Ministro Sérgio Kukina; AREsp 1.313.161/SP, relatado pelo Ministro Marco Aurélio Bellizze; e REsp 1.091.966/DF, proferido pela Terceira Turma. Tais julgados reconheceram a ofensa ao art. 535 do CPC/73, em face da ausência de apreciação dos vícios processuais apontados em Embargos de Declaração, pelo Tribunal de origem, e determinaram o retorno dos autos à origem para novo julgamento; b) REsp 1.631.859/SP, proferido pela Terceira Turma, que determinou o retorno dos autos à origem para que fosse conferida à ação de usucapião a ‘necessária dilação probatória para comprovação da exclusividade de sua posse, bem como dos demais requisitos da usucapião extraordinária’.

4. *Mediante análise dos autos, verifica-se que o acórdão embargado concluiu pela impossibilidade de se analisar o mérito do Recurso Especial em razão da incidência das Súmulas 284/STF e 7/STJ. Tal situação impede, por si só, o conhecimento desta via de impugnação, pois não se admite a interposição de Embargos de Divergência na hipótese de não ter sido analisado o mérito do Recurso Especial, conforme a Súmula 315 do STJ: ‘Não cabem embargos de divergência no âmbito do agravo de instrumento que não admite recurso especial’.*

5. *Os Embargos de Divergência não são cabíveis para a análise de regras técnicas de admissibilidade do Recurso Especial, como ocorreu no caso em comento. In casu o recurso não foi apreciado no mérito, haja vista que seu escopo é uniformizar teses jurídicas divergentes em relação à matéria de mérito, de modo que, se este não for apreciado, afasta o cabimento da espécie recursal. (AgInt nos EREsp 1.539.626/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 28/2/2018, DJe 6/3/2018; AgInt nos EREsp 1.492.765/PR, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Seção, julgado em 13/12/2017, DJe 22/2/2018 e AgInt nos EAREsp 722.987/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, julgado em 13/12/2017, DJe 1/2/2018).*

(...)

8. Agravo Interno não provido” (STJ, AgInt nos EAREsp 1.268.264/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, CORTE ESPECIAL, DJe de 07/12/2020).

“PROCESSO PENAL E PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE ANÁLISE DE UMA DAS TESES DEFENSIVAS NÃO CONHECIDA ANTE A INEXISTÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS ACÓRDÃOS COMPARADOS E A FALTA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL ENVOLVIDO NO DISSENSO (SÚMULA 284/STF). ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 66 DO CÓDIGO PENAL CUJO EXAME ENCONTRA ÓBICE NA SÚMULA 7/STJ. IMPOSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO, NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA, ACERCA DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL (REGRA TÉCNICA DE CONHECIMENTO): CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL NÃO ABALADA PELA REGRA DO ART. 1.043, III, DO NOVO CPC (LEI 13.105/2015). INEXISTÊNCIA DE INTUITO PROTETÓRIO NO RECURSO.

1. A finalidade dos embargos de divergência é a uniformização da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, portanto não podem ser utilizados como nova via recursal, visando a corrigir equívoco ou controvérsia advinda do julgamento do próprio recurso especial. Dessa forma, não é cabível sua interposição para discutir o acerto ou desacerto na aplicação da regra técnica de conhecimento de recurso especial, como é o caso da correta realização de cotejo analítico, nas hipóteses em que o recurso especial encontra fundamento na alínea ‘c’ do art. 105 da CF.

2. Hipótese em que o acórdão embargado entendeu que, no tocante à suposta nulidade da sentença por ausência de análise de uma das teses da defesa, não existia similitude fática entre os acórdãos comparados e que, ainda que assim não fosse, as razões do especial não indicaram, com clareza, qual o dispositivo de lei federal acerca do qual entendem haver dissenso interpretativo, o que caracteriza falta de delimitação da controvérsia, atraindo a incidência da Súmula 284/STF. Já em relação à suposta ofensa ao art. 66 do Código Penal, a 6ª Turma desta Corte entendeu que, para aferir se a contribuição de um dos agravantes na apuração dos delitos fora suficiente para a configuração da atenuante do art. 66 do Código Penal, seria necessária a revisão dos fundamentos fáticos da conclusão da Corte Regional, providência vedada no recurso especial pela Súmula 7/STJ.

3. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que não se admitem embargos de divergência interpostos com o objetivo de discutir o acerto ou desacerto na aplicação de regra técnica de conhecimento de recurso especial, como é o caso dos enunciados de súmula 284/STF e 7/STJ, assim como da correta realização de cotejo analítico, nas hipóteses em que o recurso especial é aviado com arrimo na alínea 'c' do art. 105 da CF.

4. A modificação trazida pelo novo CPC em seu art. 1.043, inciso III, não ampliou a margem de cabimento do manejo dos embargos de divergência a ponto de dispensar a manifestação expressa dos acórdãos comparados sobre o mérito da controvérsia, sejam eles relacionados à aplicação de direito material ou de direito processual.

5. E não poderia ser de outra forma, já que constitui pressuposto lógico da existência de divergência que os interlocutores estejam tratando do mesmo assunto e que defendam soluções diferentes para o mesmo problema, ou, no mínimo, para situações postas em contextos fáticos e teóricos em tudo similares, de maneira que se possa defender a aplicação do brocardo jurídico *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositivo* (onde existe a mesma razão, aplica-se o mesmo direito).

6. Na realidade, a previsão do art. 1.043, III, do novo CPC, na esteira dos princípios da instrumentalidade das formas e da primazia da resolução de mérito (art. 4º, CPC), vem afirmar o cabimento de embargos de divergência contra julgados que, por um equívoco de técnica de julgamento, a despeito de terem examinado o mérito da controvérsia, não conhecem de recurso ou pedido, quando o resultado de julgamento mais adequado seria o da improcedência.

7. Daí, entretanto, não se pode deduzir que essa nova regra tornaria superado o entendimento jurisprudencial desta Corte segundo o qual 'não se admitem embargos de divergência interpostos com o objetivo de discutir o acerto ou desacerto na aplicação de regra técnica de conhecimento de recurso especial', máxime quando o recurso especial não tiver chegado a se pronunciar sobre o mérito da controvérsia, realizando, apenas, o juízo de admissibilidade do recurso especial.

8. Inexistência de intuito procrastinatório no manejo do agravo regimental pela defesa. Pedido do Ministério Público Federal de certificação do trânsito em julgado da condenação indeferido.

9. Agravo regimental a que se nega provimento" (STJ, AgRg nos EREsp 1.393.786/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, DJe de 02/12/2016).

**“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. FATO SUPERVENIENTE. RECONHECIMENTO. DISCUSSÃO SOBRE REGRA TÉCNICA DE CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA.**

*1. A impossibilidade de se analisar a correta aplicação de regra técnica de admissibilidade do recurso especial em embargos de divergência, no caso presente, decorre da ausência de similitude fática entre o acórdão embargado e o paradigma.*

2. No acórdão embargado, o afastamento do óbice das Súmulas n. 5 e 7 do STJ fundamentou-se na existência de fatos supervenientes que permitiram, por aplicação do art. 462 do CPC/1973, a apreciação das teses recursais referentes à ilegitimidade passiva do banco HSBC, à incidência dos juros moratórios no período de liquidação extrajudicial do banco Bamerindus e à ilegitimidade passiva do banco HSBC.

*3. Em relação à divergência com o aresto do AgRg no AREsp n. 40.574/PR, o recurso não mereceu conhecimento. Ainda que a matéria de fundo fosse a mesma, no referido paradigma, a Quarta Turma não analisou o mérito da controvérsia, inadmitindo o especial com base na Súmula n. 7/STJ.*

4. Além disso, tal paradigma (AgRg no AREsp n. 40.574/PR) envolve caso diverso, não fazendo menção a eventuais fatos supervenientes.

5. Quanto ao REsp n. 1.338.793/MS, o voto vencedor também não examinou a existência de circunstâncias posteriores ao julgamento da lide. Apenas concluiu que o Tribunal *a quo* teria aplicado indevidamente a teoria da aparência para reconhecer a legitimidade passiva do banco HSBC, não cabendo ao STJ, além de refutar a teoria da aparência, examinar a existência de sucessão universal do banco Bamerindus pelo banco HSBC. Tal análise, naquele contexto, exigiria uma apreciação aprofundada de todas as provas e cláusulas contratuais em que se assentava objeto da demanda, sobretudo do ‘contrato de compra e venda de ativos, assunção de direitos e obrigações e outras avenças’.

6. Constatou-se assim a diferença fático-processual entre os julgados confrontados, sendo que as exigências relativas à demonstração da divergência jurisprudencial não foram modificadas pelo CPC/2015, nos termos de seu art. 1.043, § 4º.

7. Os embargos de divergência têm por finalidade uniformizar a jurisprudência do próprio Superior Tribunal de Justiça, quando se verificarem idênticas situações fáticas nos julgados, mas tenha se dado diferente interpretação na legislação aplicável ao caso, não

se prestando para avaliar possível justiça ou injustiça do *decisum* (...)’ (AgInt nos EREsp 1.322.449/RJ, Relator Ministro FRANCISCO FALCÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 15/8/2018, DJe 28/8/2018).

12. Agravo interno a que se nega provimento” (STJ, AgInt nos EREsp 1.441.102/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, SEGUNDA SEÇÃO, DJe de 07/06/2019).

Nesse contexto, os *Embargos de Divergência, interpostos pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, não merecem conhecimento, no ponto em que defendem a impossibilidade de revisão, em Recurso Especial, da proporcionalidade e razoabilidade de sanções impostas por ato de improbidade administrativa, por entender aplicável o óbice da Súmula 7/STJ, tal como ocorrera no julgado, sobre o assunto, indicado como paradigma*, que – diversamente do acórdão ora embargado – não apreciou o mérito da controvérsia. Descabidos, porém, no ponto, Embargos de Divergência, para discussão de regra técnica de admissibilidade de Recurso Especial, como se pretende, *in casu*.

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO sustenta, também, apontando outro paradigma, que o acórdão embargado divergiu do entendimento adotado pela Segunda Turma do STJ no julgamento do AgInt no REsp 1.701.967/RS (Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe de 19/02/2019), segundo o qual “*a sanção de perda da função pública visa a extirpar da Administração Pública aquele que exibiu inidoneidade (ou inabilitação) moral e desvio ético para o exercício da função pública, abrangendo qualquer atividade que o agente esteja exercendo ao tempo da condenação irrecorrível*” (fl. 1.118e).

Semelhante alegação consta igualmente dos Embargos de Divergência interpostos pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, nos quais sustenta que, “enquanto a douta 1ª Turma desse e. STJ, capitaneada pelo voto-condutor do Exmo. Ministro Gurgel de Faria, consignou que a sanção de perda da função pública incide apenas sobre a função exercida pelo agente público à época em que praticou o ato de improbidade administrativa reconhecido na sentença judicial, o *acórdão paradigma* (REsp 924.439/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 19/08/2009) *vai no sentido de que a referida penalidade abrange qualquer atividade que o agente esteja exercendo ao tempo do trânsito em julgado da decisão condenatória*” (fl. 1.047e).

No ponto, tal como destacado pela parte embargada (fl. 1.352e), ambos os Embargos de Divergência merecem ser conhecidos, pois comprovado o dissenso entre os julgados de mérito confrontados, tendo em vista que, em situações semelhantes – ação por ato de improbidade administrativa –, a Primeira e a Segunda Turmas do STJ divergiram quanto à abrangência da sanção de perda da função pública (se atingiria apenas aquela exercida à época em que praticado o ato tido como ímprobo ou se atingiria aquela que o réu estivesse exercendo ao tempo do trânsito em julgado da decisão condenatória).



E, quanto ao mérito, ambos os Embargos de Divergência devem ser providos, pois a controvérsia então existente entre as Turmas que compõem a Primeira Seção do STJ foi dirimida, em 09/09/2020, com o julgamento dos REsp 1.701.967/RS (Rel. p/acórdão Ministro FRANCISCO FALCÃO, DJe de 02/02/2021). Na ocasião, prevaleceu o entendimento adotado pela Segunda Turma, no sentido de que “a sanção de perda da função pública visa a extirpar da Administração Pública aquele que exibiu inidoneidade (ou inabilitação) moral e desvio ético para o exercício da função pública, abrangendo qualquer atividade que o agente esteja exercendo ao tempo da condenação irrecorrível” (REsp n. 924.439/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma. DJ de 19/8/2009)”. O acórdão restou assim ementado:

*“ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SANÇÃO DE PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA. EXTENSÃO. CARGO OU FUNÇÃO OCUPADO NO MOMENTO DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO CONDENATÓRIA.*

*1. Cuida-se de embargos de divergência interposto com o fim de compor a interpretação dissidente entre as Turmas da Primeira Seção a respeito da extensão da penalidade de perda de função pública. À luz da interpretação dada pela Primeira Turma, a sanção de perda da função pública compreende apenas aquela de que se utilizou o agente público para a prática do ato ímprobo. Por outro lado, entende a Segunda Turma que a penalidade de perda da função pública alcança qualquer cargo ou função desempenhado no momento do trânsito em julgado da condenação.*

*2. A probidade é valor que deve nortear a vida funcional dos ocupantes de cargo ou função na Administração Pública. A gravidade do desvio que dá ensejo à condenação por improbidade administrativa é tamanha que diagnostica verdadeira incompatibilidade do agente com o exercício de atividades públicas. ‘A sanção de perda da função pública visa a extirpar da Administração Pública aquele que exibiu inidoneidade (ou inabilitação) moral e desvio ético para o exercício da função pública, abrangendo qualquer atividade que o agente esteja exercendo ao tempo da condenação irrecorrível’ (REsp n. 924.439/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma. DJ de 19/8/2009).*

*3. O art. 12 da Lei n. 8.429/92 deve ser compreendido semanticamente, no que diz respeito à sanção de perda da função pública, como integrante de um sistema que repele a inserção no serviço público de pessoas cujo comportamento passado já sinalizou a pouca afeição aos valores entoados pelo art. 37 da CF/88. Em outras palavras, não se pode acoimar de ampliativa interpretação que prestigia os desígnios da Administração Pública, não obstante concorra com outra menos nociva ao agente, mas também menos reverente à tessitura normativa nacional.*

4. Não parece adequado o paralelo entre a perda do cargo como efeito secundário da condenação penal e como efeito direto da condenação por improbidade administrativa. É que, reíta-se, a sanção de perda da função cominada pela Lei de Improbidade tem o propósito de expurgar da Administração o indivíduo cujo comportamento revela falta de sintonia com o interesse coletivo.

5. Nem se diga que tal pena teria caráter perene, pois o presente voto propõe que a perda da função pública abranja qualquer cargo ou função exercida no momento do trânsito em julgado da condenação. Incide uma limitação temporal da sanção.

6. Embargos de divergência não providos”.

Por oportuno, cumpre transcrever os seguintes trechos do voto condutor do citado precedente, que, por maioria, negou provimento aos Embargos de Divergência, mantendo o acórdão então embargado, proferido pela Segunda Turma do STJ:

“Trata-se de embargos de divergência que visa a compor o antagonismo de interpretações dadas ao art. 12 da Lei n. 8.429/92 pela Primeira e Segunda Turmas do Superior Tribunal de Justiça.

À luz da interpretação dada pela Primeira Turma, a sanção de perda da função pública compreende apenas aquela de que se utilizou o agente público para a prática do ato ímprobo. Por outro lado, entende a Segunda Turma que a penalidade de perda da função pública alcança qualquer cargo ou função desempenhado no momento do trânsito em julgado da condenação.

Sua Excelência, o e. Ministro Gurgel de Faria, ponderou em seu voto que ‘as normas que descrevem infrações administrativas e cominam penalidades constituem matéria de legalidade estrita, não podendo sofrer interpretação extensiva, motivo pelo qual a sanção de perda da função pública prevista no art. 12 da Lei n. 8.429/1992, não pode atingir cargo diverso do ocupado pelo agente à época da prática da conduta ilícita e que serviu de instrumento para tanto’.

Acrescentou que ‘a interpretação que vem sendo homenageada pela Segunda Turma, em sede de ação de improbidade administrativa, é mais severa que aquela aplicada pela Corte Especial do STJ e pelas suas Turmas criminais, nas hipóteses de crime contra a Administração Pública, no sentido de que o ‘cargo, função ou mandato a ser perdido pelo funcionário público como efeito secundário da condenação, previsto no art. 92, I, do CP, só pode ser aquele que o infrator ocupava

*à época da conduta típica.’ (APn 629/RO, rel. Min. NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, DJe 28/6/2018)’.*

Com o máximo respeito ao posicionamento do e. Relator, tenho que, no caso, deve prevalecer o entendimento da Segunda Turma, pelas seguintes razões.

*Primeiro, porque a probidade é valor que deve nortear a vida funcional dos ocupantes de cargo ou função na Administração Pública. A gravidade do desvio que dá ensejo à condenação por improbidade administrativa é tamanha que diagnostica verdadeira incompatibilidade do agente com o exercício de atividades públicas.*

*Em voto cuja transcrição já se tornou habitual nos julgamentos da Segunda Turma, a e. Min. Eliana Calmon, no julgamento do REsp n. 924.439/RJ (DJ de 19/8/2009), sentenciou de forma certa: ‘A sanção de perda da função pública visa a extirpar da Administração Pública aquele que exibiu inidoneidade (ou inabilitação) moral e desvio ético para o exercício da função pública, abrangendo qualquer atividade que o agente esteja exercendo ao tempo da condenação irrecorrível’.*

*Segundo, porque o art. 12 da Lei n. 8.429/92 deve ser compreendido semanticamente, no que diz respeito à sanção de perda da função pública, como integrante de um sistema que repele a inserção no serviço público de pessoas cujo comportamento passado já sinalizou a pouca afeição aos valores entoados pelo art. 37 da CF/88. Em outras palavras, não se pode acoimar de ampliativa interpretação que prestigia os desígnios da Administração Pública, não obstante concorra com outra menos nociva ao agente, mas também menos reverente à tessitura normativa nacional.*

*Por fim, não reputo adequado o paralelo entre a perda do cargo como efeito secundário da condenação penal e como efeito direto da condenação por improbidade administrativa. É que, recorrendo mais uma vez ao voto seminal da e. Min. Eliana Calmon, a sanção de perda da função cominada pela Lei de Improbidade tem o propósito de expurgar da Administração o indivíduo cujo comportamento revela falta de sintonia com o interesse coletivo.*

*Nem se diga que tal pena teria caráter perene, pois o presente voto propõe que a perda da função pública abranja qualquer cargo ou função exercida no momento do trânsito em julgado da condenação. Incide uma limitação temporal da sanção”.*

No referido julgamento, proferi voto-vogal, acompanhando tal entendimento, com base nos seguintes fundamentos:

“O art. 12 da Lei 8.429/92 prevê a possibilidade da aplicação da pena de perda da função pública aos responsáveis pela prática de ato de improbidade administrativa.

*Sobre o assunto, o art. 20 da Lei 8.429/92 dispõe que a sanção de perda da função só se efetiva com o trânsito em julgado da sentença condenatória. Tal dispositivo me convence de que a Lei 8.429/92 há de ser interpretada de modo teleológico, de molde a alcançar a sua finalidade, mesmo porque o que se pune não é a improbidade no cargo público, mas a improbidade na Administração Pública.*

É sabido que, em geral, as ações de improbidade demandam longo tempo, no seu *iter*, desde o 1º Grau, chegando, não raras vezes, aos Tribunais Superiores.

*Assim sendo, dispondo o art. 20 da Lei 8.429/92 que a sanção de perda da função pública apenas se cumpre após o trânsito em julgado da condenação, a se entender que a pena atinge tão somente o cargo que serviu de instrumento à prática do ato ímprobo, tal implicaria que a própria Lei estaria, ao fim e ao cabo, a tornar inócua, muitas vezes, a aludida sanção, que deixaria de ser aplicada, porquanto, em face do decurso do tempo, o mesmo cargo deixou de ser ocupado pelo agente público-infrator.*

Com efeito, a Segunda Turma do STJ vem-se posicionando no sentido de que “a sanção de perda da função pública visa a extirpar da Administração Pública aquele que exibiu inidoneidade (ou inabilitação) moral e desvio ético para o exercício da função pública, abrangendo qualquer atividade que o agente esteja exercendo ao tempo da condenação irrecorrível (STJ, REsp 1.297.021/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 20/11/2013). Nesse sentido: STJ, AgInt no REsp 1.701.967/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 19/02/2019” (STJ, AgInt no RMS 50.223/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, DJe de 13/05/2019).

Importante destacar que tal entendimento, inclusive, já vem sendo adotado pela Primeira Turma do STJ, conforme o seguinte julgado:

**“ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. PERDA DO CARGO. ALCANCE. INTERPRETAÇÃO. PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ. MATÉRIA PACIFICADA. EFEITO VINCULANTE. OBSERVÂNCIA.**

1. Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos

os requisitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista. (Enunciado Administrativo n. 3).

*2. A despeito do entendimento pessoal do relator no sentido de que a sanção da perda da função pública, prevista entre aquelas do art. 12 da Lei n. 8.429/1992, não está relacionada ao cargo ocupado pelo agente ímprobo ao tempo do trânsito em julgado da sentença condenatória, mas sim àquele (cargo) que serviu de instrumento para a prática da conduta ilícita, a eg. Primeira Seção do STJ pacificou a interpretação de que de tal penalidade alcança todo e qualquer cargo ocupado pelo infrator por ocasião da condenação em definitivo, sendo essa decisão de eficácia vinculante, de modo que há de ser respeitada.*

3. Agravo interno provido” (STJ, AgInt no RMS 55.270/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 21/10/2020).

Ante o exposto, conheço dos Embargos de Divergência, interpostos pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, e conheço, em parte, dos Embargos de Divergência aviados pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, e, nessa extensão, dou-lhes provimento, para o fim de, reformando o acórdão embargado, estabelecer que a pena de perda da função pública, imposta ao ora recorrido, alcance aquela que esteja exercendo ao tempo do trânsito em julgado da condenação.

É como voto.

### **CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA SEÇÃO**

**Número Registro: 2014/0175543-6**

**PROCESSO ELETRÔNICO**

**EREsp 1.766.149 / RJ**

**Números Origem: 00109948420098190061 109948420098190061 1812006  
20090610110404 201424557534**

**PAUTA: 12/05/2021**

**JULGADO: 12/05/2021**

**Relatora**

**Exma. Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES**

**Presidente da Sessão**

**Exmo. Sr. Ministro BENEDITO GONÇALVES**

**Subprocurador-Geral da República**  
**Exmo. Sr. Dr. FLAVIO GIRON**

**Secretária**  
**Bela. MARIANA COUTINHO MOLINA**

### **AUTUAÇÃO**

**EMBARGANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**  
**EMBARGANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**  
**EMBARGADO: CARLOS CÉSAR GOMES**  
**ADVOGADOS: CARLOS MAGNO SOARES DE CARVALHO - RJ073969**  
**PAULO LAGE BARBOZA DE OLIVEIRA - RJ099422**  
**MARILDA DE PAULA SILVEIRA E OUTRO(S) - DF033954**  
**HEFFRÉN NASCIMENTO DA SILVA - DF059173**  
**ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO**  
**– ATOS ADMINISTRATIVOS – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

### **SUSTENTAÇÃO ORAL**

Dr. HEFFRÉN NASCIMENTO DA SILVA, pela parte EMBARGADA: CARLOS CÉSAR GOMES

### **CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Primeira Seção, por unanimidade, deu provimento aos embargos de divergência do MPF e conheceu parcialmente dos embargos de divergência do MPRJ e, nessa extensão, deu-lhes provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região), Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

# AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL Nº 1974401 / MINAS GERAIS (2021/0359779-5)

RELATOR: MINISTRO FRANCISCO FALCÃO

AGRAVANTE: CLEUSA MARIA RESENDE

AGRAVANTE: LÁZARO JOSÉ PINHEIRO

ADVOGADOS: DENILSON VICTOR MACHADO TEIXEIRA - MG076787

DAMARIS BARBOSA COSTA - MG129142

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

## EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FRAUDE NA CONTRAÇÃO DE SERVIÇOS COM DISPENSA DE LICITAÇÃO. PROCEDÊNCIA PARCIAL DOS PEDIDOS. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC/1973. INEXISTÊNCIA. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS N. 211/STJ E 282, 356/STF. PRETENSÃO DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. COTEJO ANALÍTICO. AUSÊNCIA. ACÓRDÃO RECORRIDO ALINHADO COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 83/STJ.

I - Na origem, trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais objetivando a condenação dos réus pela prática de fraude de dispensa de licitação pública na contratação dos serviços de assessoria jurídica, contábil e administrativa com a aplicação da penalidade prevista no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa.

II - Na sentença julgou-se parcialmente procedente o pedido para declarar nulo o contrato administrativo e condenar a primeira ré à pena de multa de cinco vezes o valor de sua remuneração mensal percebida quando da contratação, com juros e correção monetária e o segundo réu à pena de proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios pelo prazo de três anos. No Tribunal *a quo* a sentença foi mantida. Esta Corte não conheceu do recurso especial.

III - A Corte de origem decidiu com base nos seguintes fundamentos: "(...) Ocorre que o apelo interposto pelos réus não observou o princípio da dialeticidade, uma vez que é transcrição

de suas alegações finais (fis. 340/350), limitadas a reduzidas alterações, como alterar 'demandado(a)' por 'réu(ré)/apelante' não tendo tido eles o cuidado de fazerem quaisquer acréscimos rebatendo efetivamente os fundamentos lançados pela sentença para julgar parcialmente procedente o pedido.”

IV - A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que não há violação do 535 do CPC/73 (art. 1.022 do CPC/2015) quando o Tribunal *a quo* se manifesta clara e fundamentadamente acerca dos pontos indispensáveis para o desate da controvérsia, apreciando-a fundamentadamente (art. 165 do CPC/73 e do art. 489 do CPC/2015), apontando as razões de seu convencimento, ainda que de forma contrária aos interesses da parte, como verificado na hipótese.

V - Conforme entendimento pacífico desta Corte “o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão”. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 confirma a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, “sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida”. (EDcl no MS 21.315/DF, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora convocada TRF 3ª Região), Primeira Seção, julgado em 8/6/2016, DJe 15/6/2016).

VI - Esta Corte somente pode conhecer da matéria objeto de julgamento no Tribunal de origem. Ausente o prequestionamento da matéria alegadamente violada, não é possível o conhecimento do recurso especial. Nesse sentido, o enunciado n. 211 da Súmula do STJ: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*”; e, por analogia, os enunciados n. 282 e 356 da Súmula do STF.

VII - Não há incompatibilidade entre a inexistência de ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015 e a ausência de prequestionamento, com a incidência do enunciado n. 211 da Súmula do STJ quanto às teses invocadas pela parte recorrente, que, entretanto, não são debatidas pelo tribunal local, por entender suficientes para a solução da controvérsia outros argumentos utilizados pelo colegiado. Nesse sentido: AgInt no AREsp 1.234.093/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 24/4/2018, DJe 3/5/2018; AgInt no AREsp 1.173.531/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 20/3/2018, DJe 26/3/2018.



VIII - A Corte de origem analisou a controvérsia dos autos levando em consideração os fatos e provas relacionados à matéria. Assim, para se chegar à conclusão diversa seria necessário o reexame fático-probatório, o que é vedado pelo enunciado n. 7 da Súmula do STJ, segundo o qual “a pretensão de simples reexame de provas não enseja recurso especial”.

IX - O dissídio jurisprudencial viabilizador do recurso especial pela alínea c do permissivo constitucional não foi demonstrado nos moldes legais, pois além da ausência do cotejo analítico e de não ter apontado qual dispositivo legal recebeu tratamento diverso na jurisprudência pátria, não ficou evidenciada a similitude fática e jurídica entre os casos colacionados que teriam recebido interpretação divergente pela jurisprudência pátria. Ressalte-se ainda que a incidência do enunciado n. 7 quanto à interposição pela alínea a impede o conhecimento da divergência jurisprudencial, diante da patente impossibilidade de similitude fática entre acórdãos. Nesse sentido: AgInt no AREsp 1.044.194/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 19/10/2017, DJe 27/10/2017.

X - Para a caracterização da divergência, nos termos do art. 1.029, § 1º, do CPC/2015 e do art. 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ, exige-se, além da transcrição de acórdãos tidos por discordantes, a indicação de dispositivo legal supostamente violado, a realização do cotejo analítico do dissídio jurisprudencial invocado, com a necessária demonstração de similitude fática entre o aresto impugnado e os acórdãos paradigmas, assim como a presença de soluções jurídicas diversas para a situação, sendo insuficiente, para tanto, a simples transcrição de ementas, como no caso. Nesse sentido: AgInt no AREsp 1.235.867/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 17/5/2018, DJe 24/5/2018; AgInt no AREsp 1.109.608/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 13/3/2018, DJe 19/3/2018; REsp 1.717.512/AL, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/4/2018, DJe 23/5/2018.

XI - Ainda que ultrapassados os óbices indicados, incide ainda o óbice de não conhecimento quanto às matérias de fundo, que foram decididas na Corte *a quo* em conformidade com a jurisprudência desta Corte. Nesse sentido: (AgInt no AREsp n. 1.439.713/SP, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 16/5/2019, DJe de 29/5/2019.)

XII - Assim, incide ao caso o disposto nos enunciados n. 83 e 568 da Súmula do STJ, segundo os quais: “Não se conhece do recurso

especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida” e “O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema”.

XIII - Agravo interno improvido.

## **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 15/08/2023 a 21/08/2023, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília, 21 de agosto de 2023.

**MINISTRO FRANCISCO FALCÃO**

Relator

**AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL Nº 1974401 / MG (2021/0359779-5)**

**RELATOR: MINISTRO FRANCISCO FALCÃO**

**AGRAVANTE: CLEUSA MARIA RESENDE**

**AGRAVANTE: LÁZARO JOSÉ PINHEIRO**

**ADVOGADOS: DENILSON VICTOR MACHADO TEIXEIRA - MG076787**

**DAMARIS BARBOSA COSTA - MG129142**

**AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

### **EMENTA**

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FRAUDE NA CONTRAÇÃO DE SERVIÇOS COM DISPENSA DE LICITAÇÃO. PROCEDÊNCIA PARCIAL DOS PEDIDOS. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC/1973. INEXISTÊNCIA. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS N. 211/STJ E 282, 356/STF. PRETENSÃO DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. COTEJO ANALÍTICO. AUSÊNCIA. ACÓRDÃO RECORRIDO ALINHADO COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 83/STJ.

I - Na origem, trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais objetivando a condenação dos réus pela prática de fraude de dispensa de licitação pública na contratação dos serviços de assessoria jurídica, contábil e administrativa com a aplicação da penalidade prevista no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa.

II - Na sentença julgou-se parcialmente procedente o pedido para declarar nulo o contrato administrativo e condenar a primeira ré à pena de multa de cinco vezes o valor de sua remuneração mensal percebida quando da contratação, com juros e correção monetária e o segundo réu à pena de proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios pelo prazo de três anos. No Tribunal *a quo* a sentença foi mantida. Esta Corte não conheceu do recurso especial.

III - A Corte de origem decidiu com base nos seguintes fundamentos: "(...) Ocorre que o apelo interposto pelos réus não observou o princípio da dialeticidade, uma vez que é transcrição de suas alegações finais (fis. 340/350), limitadas a reduzidas alterações, como alterar 'demandado(a)' por 'réu(ré)/apelante'

não tendo tido eles o cuidado de fazerem quaisquer acréscimos rebatendo efetivamente os fundamentos lançados pela sentença para julgar parcialmente procedente o pedido.”

IV - A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que não há violação do 535 do CPC/73 (art. 1.022 do CPC/2015) quando o Tribunal *a quo* se manifesta clara e fundamentadamente acerca dos pontos indispensáveis para o desate da controvérsia, apreciando-a fundamentadamente (art. 165 do CPC/73 e do art. 489 do CPC/2015), apontando as razões de seu convencimento, ainda que de forma contrária aos interesses da parte, como verificado na hipótese.

V - Conforme entendimento pacífico desta Corte “o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão”. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 confirma a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, “sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida”. (EDcl no MS 21.315/DF, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora convocada TRF 3ª Região), Primeira Seção, julgado em 8/6/2016, DJe 15/6/2016).

VI - Esta Corte somente pode conhecer da matéria objeto de julgamento no Tribunal de origem. Ausente o prequestionamento da matéria alegadamente violada, não é possível o conhecimento do recurso especial. Nesse sentido, o enunciado n. 211 da Súmula do STJ: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*”; e, por analogia, os enunciados n. 282 e 356 da Súmula do STF.

VII - Não há incompatibilidade entre a inexistência de ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015 e a ausência de prequestionamento, com a incidência do enunciado n. 211 da Súmula do STJ quanto às teses invocadas pela parte recorrente, que, entretanto, não são debatidas pelo tribunal local, por entender suficientes para a solução da controvérsia outros argumentos utilizados pelo colegiado. Nesse sentido: AgInt no AREsp 1.234.093/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 24/4/2018, DJe 3/5/2018; AgInt no AREsp 1.173.531/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 20/3/2018, DJe 26/3/2018.

VIII - A Corte de origem analisou a controvérsia dos autos levando em consideração os fatos e provas relacionados à matéria. Assim,

para se chegar à conclusão diversa seria necessário o reexame fático-probatório, o que é vedado pelo enunciado n. 7 da Súmula do STJ, segundo o qual “a pretensão de simples reexame de provas não enseja recurso especial”.

IX - O dissídio jurisprudencial viabilizador do recurso especial pela alínea c do permissivo constitucional não foi demonstrado nos moldes legais, pois além da ausência do cotejo analítico e de não ter apontado qual dispositivo legal recebeu tratamento diverso na jurisprudência pátria, não ficou evidenciada a similitude fática e jurídica entre os casos colacionados que teriam recebido interpretação divergente pela jurisprudência pátria. Ressalte-se ainda que a incidência do enunciado n. 7 quanto à interposição pela alínea a impede o conhecimento da divergência jurisprudencial, diante da patente impossibilidade de similitude fática entre acórdãos. Nesse sentido: AgInt no AREsp 1.044.194/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 19/10/2017, DJe 27/10/2017.

X - Para a caracterização da divergência, nos termos do art. 1.029, § 1º, do CPC/2015 e do art. 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ, exige-se, além da transcrição de acórdãos tidos por discordantes, a indicação de dispositivo legal supostamente violado, a realização do cotejo analítico do dissídio jurisprudencial invocado, com a necessária demonstração de similitude fática entre o aresto impugnado e os acórdãos paradigmas, assim como a presença de soluções jurídicas diversas para a situação, sendo insuficiente, para tanto, a simples transcrição de ementas, como no caso. Nesse sentido: AgInt no AREsp 1.235.867/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 17/5/2018, DJe 24/5/2018; AgInt no AREsp 1.109.608/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 13/3/2018, DJe 19/3/2018; REsp 1.717.512/AL, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/4/2018, DJe 23/5/2018.

XI - Ainda que ultrapassados os óbices indicados, incide ainda o óbice de não conhecimento quanto às matérias de fundo, que foram decididas na Corte *a quo* em conformidade com a jurisprudência desta Corte. Nesse sentido: (AgInt no AREsp n. 1.439.713/SP, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 16/5/2019, DJe de 29/5/2019.)

XII - Assim, incide ao caso o disposto nos enunciados n. 83 e 568 da Súmula do STJ, segundo os quais: “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida” e “O relator,

monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema”.

XIII - Agravo interno improvido.

## RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno interposto contra monocrática que decidiu recurso especial interposto por Cleusa Maria Resende, com fundamento no art. 105, III, *a*, da CF/1988.

O recurso especial visa reformar acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, nos termos assim ementados:

APELAÇÃO CÍVEL – FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA NÃO ATACADA PELA PARTE RECORRENTE – REPETIÇÃO DOS FUNDAMENTOS DE MANIFESTAÇÃO ANTERIOR SEM ATAQUE ESPECÍFICO E ATUAL ÀS RAZÕES DA DECISÃO JUDICIAL – CÓPIA DE PEÇA ANTERIOR – IRREGULARIDADE FORMAL (ART 932111 CPCII5) – NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO AO RECORRENTE É LÍCITO SE UTILIZAR DOS ARGUMENTOS JÁ DELINEADOS EM SUAS ANTERIORES PEÇAS PROCESSUAIS PORÉM EM OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE OU DA CONGRUÊNCIA JAMAIS PODERÁ DEIXAR DE APRESENTAR AS RAZÕES PELAS QUAIS REPUTA EQUIVOCADA A FUNDAMENTAÇÃO E CONSEQUENTEMENTE A CONCLUSÃO DA DECISÃO RECORRIDA A AUSÊNCIA DE ATUAL E ESPECÍFICO ATAQUE AOS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA VIOLA O ART 932 III DO CPC/15 RESULTANDO NA IRREGULARIDADE FORMAL DO RECURSO E POR CONTA DISSO EM SUA INADMISSIBILIDADE.

Na origem, trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra Cléusa Maria Resende e outro objetivando a condenação dos réus pela prática de fraude de dispensa de licitação pública na contratação dos serviços de assessoria jurídica, contábil e administrativa com a aplicação da penalidade prevista no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa.

Na sentença julgou-se parcialmente procedente o pedido para declarar nulo o contrato administrativo e condenar a primeira ré à pena de multa de cinco vezes o valor de sua remuneração mensal percebida quando da contratação, com juros e correção monetária e o segundo réu à pena de proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios pelo prazo de três anos. No Tribunal *a quo* a sentença foi mantida. Esta Corte não conheceu do recurso especial.

No recurso especial, Cleusa Maria Resende alega, resumidamente, as seguintes razões abaixo transcritas:



[...]

Destarte, o recurso de apelação não é inepto, pois as razões recursais apontam os motivos pelos quais entendem os recorrentes ser equivocada a decisão recorrida.

[...]

Logo, impõe-se o presente recurso especial, porquanto, justifica-se a reforma do decisum, uma vez que, s. m. j., há contradição no julgado, uma vez que a norma do artigo 1.011, inciso 1, do Código de Processo Civil (2015), recebido o recurso de apelação no tribunal e distribuído imediatamente, apenas possibilita ao relator decidi-lo monocraticamente na hipótese do artigo 932, inciso III, do Código de Processo Civil (2015) ou seja, não conhecendo do apelo que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida.

[...]

A decisão recorrida tem o seguinte dispositivo: “Ante o exposto, nos termos do art. 255, §4º, I, do Regimento Interno do STJ, não conheço do recurso especial.”

Interposto agravo interno, a parte agravante traz argumentos contrários aos fundamentos da decisão, resumidos nestes termos:

(...), não há dúvida de que, no caso sub judice, restou violada a norma do art. 1.022 do CPC/2015, uma vez que caracterizadas a contradição e a omissão no acórdão proferido pela 7ª Câmara Cível do TJMG. (...)

(...) o fato é que, no caso sub judice, HOUVE PREQUESTIONAMENTOS, conforme se observa pela petição de recurso especial (vide f. 539 dos presentes autos. (...)

(...) o caso sub judice não se trata de simples reexame do quadro fático-probatório. (...)

(...) urge o conhecimento do recurso especial, eis que admissível, não prejudicado, e, percebe-se claramente pelos recursos interpostos pelos recorrentes que HOUVE IMPUGNAÇÃO, DE FORMA ESPECÍFICA, DOS SEUS FUNDAMENTOS.

É o relatório.

## VOTO

O recurso não merece provimento.

Relativamente à matéria de fundo, a Corte de origem decidiu com base nos seguintes fundamentos:

[...]

Ocorre que o apelo interposto pelos réus não observou o princípio da dialeticidade, uma vez que é transcrição de suas alegações finais (fs. 340/350), limitadas a reduzidas alterações, como alterar “demandado(a)” por “réu(ré)/apelante” não tendo tido eles o cuidado de fazerem quaisquer acréscimos rebatendo efetivamente os fundamentos lançados pela sentença para julgar parcialmente procedente o pedido.

[...]

A decisão deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos, pois aplicou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firme no sentido de que não há violação do 535 do CPC/73 (art. 1.022 do CPC/2015) quando o Tribunal *a quo* se manifesta clara e fundamentadamente acerca dos pontos indispensáveis para o desate da controvérsia, apreciando-a fundamentadamente (art. 165 do CPC/73 e do art. 489 do CPC/2015), apontando as razões de seu convencimento, ainda que de forma contrária aos interesses da parte, como verificado na hipótese.

Conforme entendimento pacífico desta Corte “o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão”. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 confirma a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, “sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida”. (EDcl no MS 21.315/DF, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora convocada TRF 3ª Região), Primeira Seção, julgado em 8/6/2016, DJe 15/6/2016).

Relativamente às demais alegações de violação, esta Corte somente pode conhecer da matéria objeto de julgamento no Tribunal de origem. Ausente o prequestionamento da matéria alegadamente violada, não é possível o conhecimento do recurso especial. Nesse sentido, o enunciado n. 211 da Súmula do STJ: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*”; e, por analogia, os enunciados n. 282 e 356 da Súmula do STF.

Conforme entendimento desta Corte, não há incompatibilidade entre a inexistência de ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015 e a ausência de prequestionamento, com a incidência do enunciado n. 211 da Súmula do STJ quanto às teses invocadas pela

parte recorrente, que, entretanto, não são debatidas pelo tribunal local, por entender suficientes para a solução da controvérsia outros argumentos utilizados pelo colegiado. Nesse sentido: AgInt no AREsp 1.234.093/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 24/4/2018, DJe 3/5/2018; AgInt no AREsp 1.173.531/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 20/3/2018, DJe 26/3/2018.

Verifica-se, portanto, que a Corte de origem analisou a controvérsia dos autos levando em consideração os fatos e provas relacionados à matéria. Assim, para se chegar à conclusão diversa seria necessário o reexame fático-probatório, o que é vedado pelo enunciado n. 7 da Súmula do STJ, segundo o qual “a pretensão de simples reexame de provas não enseja recurso especial”.

O dissídio jurisprudencial viabilizador do recurso especial pela alínea c do permissivo constitucional não foi demonstrado nos moldes legais, pois além da ausência do cotejo analítico e de não ter apontado qual dispositivo legal recebeu tratamento diverso na jurisprudência pátria, não ficou evidenciada a similitude fática e jurídica entre os casos colacionados que teriam recebido interpretação divergente pela jurisprudência pátria. Ressalte-se ainda que a incidência do enunciado n. 7 quanto à interposição pela alínea a impede o conhecimento da divergência jurisprudencial, diante da patente impossibilidade de similitude fática entre acórdãos. Nesse sentido: AgInt no AREsp 1.044.194/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 19/10/2017, DJe 27/10/2017.

Para a caracterização da divergência, nos termos do art. 1.029, § 1º, do CPC/2015 e do art. 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ, exige-se, além da transcrição de acórdãos tidos por discordantes, a indicação de dispositivo legal supostamente violado, a realização do cotejo analítico do dissídio jurisprudencial invocado, com a necessária demonstração de similitude fática entre o aresto impugnado e os acórdãos paradigmas, assim como a presença de soluções jurídicas diversas para a situação, sendo insuficiente, para tanto, a simples transcrição de ementas, como no caso. Nesse sentido: AgInt no AREsp 1.235.867/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 17/5/2018, DJe 24/5/2018; AgInt no AREsp 1.109.608/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 13/3/2018, DJe 19/3/2018; REsp 1.717.512/AL, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/4/2018, DJe 23/5/2018.

Ainda que ultrapassados os óbices indicados, incide ainda o óbice de não conhecimento quanto às matérias de fundo, que foram decididas na Corte *a quo* em conformidade com a jurisprudência desta Corte. Nesse sentido:

**AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APELAÇÃO NÃO CONHECIDA POR FALTA DE DIALETICIDADE. FALTA DE COMPATIBILIDADE COM OS TEMAS DECIDIDOS NA SENTENÇA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO INTERNO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.**

1. Consoante a jurisprudência desta Corte, “a reprodução na apelação das razões já deduzidas na contestação não determina a negativa de conhecimento do recurso, desde que haja compatibilidade com os temas decididos na sentença” (REsp 924.378/PR, Relatora a Ministra Nancy Andrighi, DJ de 11/4/2008).

2. Verificado que não houve, no recurso de apelação, impugnação dos termos da sentença, mas insurgência quanto a fundamento que nem sequer foi adotado pela decisão de primeiro grau, é correto o não conhecimento pela Corte local do recurso de apelação, por falta de dialeticidade. Incidência da Súmula 83/STJ.

3. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no AREsp n. 1.439.713/SP, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 16/5/2019, DJe de 29/5/2019.)

Assim, incide ao caso o disposto nos enunciados n. 83 e 568 da Súmula do STJ, segundo os quais: “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida” e “O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema”.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno.

É o voto.

#### **TERMO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA**

**Número Registro: 2021/0359779-5**

**PROCESSO ELETRÔNICO**

**Número de Origem: 10071110054575005 545751920118130071 7110054575**

**Sessão Virtual de 15/08/2023 a 21/08/2023**

**Relator do AgInt**

**Exmo. Sr. Ministro FRANCISCO FALCÃO**

**Presidente da Sessão**

**Exmo. Sr. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES**

**Secretário**

**Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI**

## **AUTUAÇÃO**

**RECORRENTE: CLEUSA MARIA RESENDE**

**RECORRENTE: LÁZARO JOSÉ PINHEIRO**

**ADVOGADOS: DENILSON VICTOR MACHADO TEIXEIRA - MG076787**

**DAMARIS BARBOSA COSTA - MG129142**

**RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

**ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO  
– ATOS ADMINISTRATIVOS – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – DANO AO ERÁRIO**

## **AGRAVO INTERNO**

**AGRAVANTE: CLEUSA MARIA RESENDE**

**AGRAVANTE: LÁZARO JOSÉ PINHEIRO**

**ADVOGADOS: DENILSON VICTOR MACHADO TEIXEIRA - MG076787**

**DAMARIS BARBOSA COSTA - MG129142**

**AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

## **TERMO**

A SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 15/08/2023 a 21/08 /2023, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.



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 GONZÁLEZ E OUTRAS (“CAMPO ALGODOEIRO”) VS. MÉXICO

SENTENÇA DE 16 DE NOVEMBRO DE 2009  
(EXCEÇÃO PRELIMINAR, MÉRITO, REPARAÇÕES E CUSTAS)

No caso *González e outras* (“*Campo Algodoeiro*”), a Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “a Corte Interamericana”, “a Corte” ou “o Tribunal”), integrada pelos seguintes juízes:<sup>1</sup>

Cecilia Medina Quiroga, Presidenta;  
Diego García-Sayán, Vice-Presidente;  
Manuel E. Ventura Robles, Juiz;  
Margarette May Macaulay, Juíza;  
Rhadys Abreu Blondet, Juíza, e  
Rosa María Álvarez González, Juíza *ad hoc*;

presentes, ademais,

Pablo Saavedra Alessandri, Secretário, e  
Emilia Segares Rodríguez, Secretária Adjunta,

em conformidade com os artigos 62.3 e 63.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante denominada “a Convenção” ou “a Convenção Americana”) e os artigos 29, 31, 37.6, 56 e 58 do Regulamento da Corte<sup>2</sup> (doravante denominado “o Regulamento”), profere a presente Sentença.

<sup>1</sup> Em 15 de dezembro de 2007, o então Presidente da Corte, Juiz Sergio García Ramírez, de nacionalidade mexicana, cedeu a Presidência à Juíza Cecilia Medina Quiroga e informou ao Tribunal sobre sua impossibilidade de conhecer do presente caso. O Juiz García Ramírez expôs as razões que sustentaram sua condição, as quais foram aceitas pelo Tribunal. Em 21 de dezembro de 2007, esta decisão foi comunicada ao Estado e este foi informado que poderia designar um juiz *ad hoc* para que participasse na consideração do presente caso. Em 29 de fevereiro de 2008, após duas extensões de prazo, o Estado designou a senhora Verónica Martínez Solares como juíza *ad hoc*. Em 18 de setembro de 2008, os representantes das supostas vítimas objetaram esta designação, afirmando que a senhora Martínez Solares “não re[un]ia um dos requisitos que estabelece o artigo 52 da [Convenção Americana] para ser juíza da Corte Interamericana”. Em 30 de outubro de 2008, a Corte proferiu uma Resolução na qual afirmou que a senhora Martínez Solares “não cumpr[ia] os requisitos para participar como juíza *ad hoc* no presente caso”. Nesta Resolução, a Corte concedeu um prazo ao Estado para que designasse um novo juiz *ad hoc*. Em 3 de dezembro de 2008, o Estado designou em tal qualidade a senhora Rosa María Álvarez González. Além disso, por razões de força maior, o Juiz Leonardo A. Franco não participou na deliberação e assinatura da presente Sentença.

<sup>2</sup> Em conformidade com o disposto no artigo 72.2 do Regulamento da Corte Interamericana vigente, cujas últimas reformas entraram em vigor a partir de 24 de março de 2009, “[o]s casos em curso continuarão tramitando conforme este regulamento, com exceção daqueles casos em que se tenha convocado a

## I

### INTRODUÇÃO DA CAUSA E OBJETO DA CONTROVÉRSIA

1. Em 4 de novembro de 2007, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “a Comissão” ou “a Comissão Interamericana”) apresentou, em conformidade com os artigos 51 e 61 da Convenção, uma demanda contra os Estados Unidos Mexicanos (doravante denominado “o Estado” ou “México”), a partir da qual se iniciou o presente caso. A petição inicial foi apresentada perante a Comissão em 6 de março de 2002. Em 24 de fevereiro de 2005, a Comissão aprovou os Relatórios nº 16/05, 17/05 e 18/05, por meio dos quais declarou admissíveis as respectivas petições. Em 30 de janeiro de 2007, a Comissão notificou às partes sua decisão de acumular os três casos. Posteriormente, em 9 de março de 2007, aprovou o Relatório de Mérito nº 28/07, nos termos do artigo 50 da Convenção, o qual incluía determinadas recomendações para o Estado. Este relatório foi notificado ao Estado em 4 de abril de 2007. Depois de considerar que o México não havia adotado suas recomendações, a Comissão decidiu apresentar o presente caso à jurisdição da Corte. A Comissão designou como delegados os senhores Florentín Meléndez, Comissário, Santiago A. Canton, Secretário Executivo, e como assessores jurídicos Elizabeth Abi-Mershed, Secretária Executiva Adjunta, e Juan Pablo Albán, Marisol Blanchard, Rosa Celorio e Fiorella Melzi, especialistas da Secretaria Executiva.

2. A demanda está relacionada com a suposta responsabilidade internacional do Estado pelo “desaparecimento e posterior morte” das jovens Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal e Laura Berenice Ramos Monárrez (doravante denominadas “as jovens González, Herrera e Ramos”), cujos corpos foram encontrados em uma plantação de algodão de Ciudad Juárez no dia 6 de novembro de 2001. O Estado é responsabilizado “pela falta de medidas de proteção às vítimas, duas das quais eram menores de idade; a falta de prevenção destes crimes, apesar do pleno conhecimento da existência de um padrão de violência de gênero que havia deixado centenas de mulheres e meninas assassinadas; a falta de resposta das autoridades frente ao desaparecimento [...]; a falta de devida diligência na investigação dos assassinatos [...], bem como a denegação de justiça e a falta de reparação correta”.

3. A Comissão solicitou à Corte que declare o Estado responsável pela violação dos direitos consagrados nos artigos 4 (Direito à Vida), 5 (Direito à Integridade Pessoal), 8 (Garantias Judiciais), 19 (Direitos da Criança) e 25 (Proteção Judicial) da Convenção, em relação às obrigações estabelecidas nos artigos 1.1 (Obrigação de Respeitar os Direitos) e 2 (Dever de Adotar Disposições de Direito Interno) da mesma, e o descumprimento das obrigações que derivam do artigo 7 da Convenção para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (doravante denominada “Convenção de Belém do Pará”).

---

audiência no momento de entrada em vigor do presente Regulamento, os quais seguirão tramitando conforme as disposições do Regulamento anterior”. Desse modo, o Regulamento da Corte mencionado na presente Sentença corresponde ao instrumento aprovado pelo Tribunal em seu XLIX Período Ordinário de Sessões, realizado de 16 a 25 de novembro de 2000, e reformado parcialmente pela Corte em seu LXI Período Ordinário de Sessões, realizado de 20 de novembro a 4 de dezembro de 2003.

A demanda foi notificada ao Estado em 21 de dezembro de 2007 e aos representantes em 2 de janeiro de 2008.

4. Em 23 de fevereiro de 2008, as organizações Associação Nacional de Advogados Democráticos A.C., Comitê da América Latina e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher, Rede Cidadã de Não Violência e Dignidade Humana e Centro para o Desenvolvimento Integral da Mulher A.C., representantes das supostas vítimas<sup>3</sup> (doravante denominados "os representantes"), apresentaram seu escrito de petições, argumentos e provas (doravante denominado "escrito de petições e argumentos"). Além das alegações apresentadas pela Comissão, os representantes solicitaram ampliar o número de vítimas para 11 mulheres e que a Corte se pronunciasse sobre a suposta detenção arbitrária, tortura e violações ao devido processo de três pessoas adicionais. Adicionalmente aos artigos invocados pela Comissão, os representantes solicitaram à Corte que declare que o Estado é responsável pela violação dos direitos consagrados nos artigos 7 (Direito à Liberdade Pessoal) e 11 (Direito à Dignidade e à Honra) da Convenção, todos eles em relação às obrigações gerais que se derivam dos artigos 1.1 e 2 da mesma, bem como o artigo 7 da Convenção de Belém do Pará, em relação aos artigos 8 e 9 do mesmo instrumento. Além disso, solicitaram a violação do direito consagrado no artigo 5 da Convenção Americana, em detrimento das três supostas vítimas identificadas pela Comissão.

5. Em 26 de maio de 2008, o Estado apresentou seu escrito de contestação da demanda e observações ao escrito de petições e argumentos (doravante denominada "contestação da demanda"). Este escrito questionou a competência da Corte para conhecer sobre as supostas violações à Convenção de Belém do Pará. Adicionalmente, objetou a ampliação das vítimas proposta pelos representantes e reconheceu parcialmente sua responsabilidade internacional. O Estado designou o senhor Juan Manuel Gómez-Robledo Verduzco como Agente e Patricia González Rodríguez, Joel Antonio Hernández García, María Carmen Oñate Muñoz, Alejandro Negrín Muñoz e Armando Vivanco Castellanos como Agentes Assistentes.

6. Em 16 de julho de 2008, a Presidenta da Corte (doravante denominada "a Presidenta"), após a revisão da contestação da demanda, informou ao Estado que as alegações referidas à Convenção de Belém do Pará constituíam uma exceção preliminar. Em razão disso, em conformidade com o artigo 37.4 do Regulamento, concedeu à Comissão e aos representantes um prazo de 30 dias para apresentar alegações escritas. Estas alegações foram apresentadas em 20 de agosto de 2008 e em 6 de setembro de 2008, respectivamente.

<sup>3</sup> Em 14 de dezembro de 2007, as mencionadas organizações comunicaram ao Tribunal, em conformidade com o artigo 23.2 do Regulamento da Corte, a designação da senhora Sonia Torres Hernández como interveniente comum (expediente de mérito, tomo V, folha 1936).

## II PROCEDIMIENTO PERANTE A CORTE

7. Em 21 de agosto de 2008, os representantes manifestaram sua intenção de se pronunciar sobre “informação relevante” contida nos anexos à contestação da demanda e de informar sobre o acontecimento de “fatos supervenientes”. Em 26 de agosto de 2008, a Presidenta negou o pedido dos representantes de se pronunciar nessa etapa processual sobre os anexos à contestação da demanda, visto que não argumentaram os motivos pelos quais deveria ser aplicado o artigo 39 do Regulamento. Em todo caso, a Presidenta informou aos representantes que poderiam fazer as alegações que considerassem pertinentes no procedimento oral ou em suas alegações finais escritas.

8. Em 6 de setembro de 2008, os representantes apresentaram um escrito no qual, *inter alia*, realizaram “algumas considerações em relação ao indicado pelo Estado mexicano em sua contestação à demanda”. Em 9 de setembro de 2008, a Presidenta considerou que esta seção do escrito não seria levada em consideração, já que sua apresentação não estava prevista no Regulamento e não foi requerida. Em todo caso, a Presidenta informou aos representantes que poderiam apresentar as alegações que considerassem pertinentes no procedimento oral ou em suas alegações finais escritas.

9. Em 19 de janeiro de 2009, a Corte negou por meio de Resolução o pedido de ampliação das supostas vítimas e determinou que as supostas vítimas do presente caso seriam Esmeralda Herrera Monreal e seus familiares: Irma Monreal Jaime (mãe), Benigno Herrera Monreal (irmão), Adrián Herrera Monreal (irmão), Juan Antonio Herrera Monreal (irmão), Cecilia Herrera Monreal (irmã), Zulema Montijo Monreal (irmã), Erick Montijo Monreal (irmão), Juana Ballín Castro (cunhada); Claudia Ivette González e seus familiares: Irma Josefina González Rodríguez (mãe), Mayela Banda González (irmã), Gema Iris González (irmã), Karla Arizbeth Hernández Banda (sobrinha), Jacqueline Hernández (sobrinha), Carlos Hernández Llamas (cunhado); e Laura Berenice Ramos Monárrez e seus familiares: Benita Monárrez Salgado (mãe), Claudia Ivonne Ramos Monárrez (irmã), Daniel Ramos Monárrez (irmão), Ramón Antonio Aragón Monárrez (irmão), Claudia Dayana Bermúdez Ramos (sobrinha), Itzel Arely Bermúdez Ramos (sobrinha), Paola Alexandra Bermúdez Ramos (sobrinha), Atziri Geraldine Bermúdez Ramos (sobrinha).<sup>4</sup> Além disso, nesta resolução foi analisada a negativa do Estado de enviar determinada prova solicitada pelo Tribunal. A Corte resolveu que o Tribunal poderá considerar estabelecidos os fatos que sejam demonstráveis unicamente através de prova que o Estado se negue a enviar.<sup>5</sup>

10. Por meio de Resolução de 18 de março de 2009,<sup>6</sup> a Presidenta ordenou o recebimento, através de declarações prestadas perante agente dotado de fé pública

<sup>4</sup> Cf. González e outras (“Campo Algodoeiro”) Vs. México. Resolução da Corte de 19 de janeiro de 2009, ponto resolutivo segundo.

<sup>5</sup> Cf. González e outras (“Campo Algodoeiro”) Vs. México, ponto resolutivo quarto, nota 4 *supra*.

<sup>6</sup> Cf. González e outras (“Campo Algodoeiro”) Vs. México. Resolução da Presidenta da Corte de 18 de março de 2009.

(*affidavit*), de alguns dos testemunhos e perícias apresentados oportunamente pelas partes. Adicionalmente, foram as partes convocadas para uma audiência privada para receber o testemunho, oferecido pelo Estado, de Patricia González Rodríguez, desde que esta renunciasse à sua condição de Agente Assistente. Além disso, foi convocada a audiência pública para receber as declarações propostas, segundo o caso, pela Comissão, pelo Estado e pelos representantes, bem como as alegações finais orais sobre a exceção preliminar e os eventuais mérito, reparações e custas. Finalmente, a Presidência fixou prazo até 1º de junho de 2009 para que as partes apresentassem suas respectivas alegações finais escritas.

11. Por meio de Resolução de 3 de abril de 2009, a Corte resolveu aceitar a confirmação da senhora Patricia González Rodríguez como Agente Assistente do Estado e, por fim, a desistência estatal do oferecimento de sua declaração a título informativo em uma audiência privada<sup>7</sup> (par. 10 *supra*).

12. A audiência pública foi realizada em 28 e 29 de abril de 2009, durante o XXXIX Período Extraordinário de Sessões realizado na cidade de Santiago, República do Chile.<sup>8</sup>

13. Em 12 de junho de 2009, a Comissão e o Estado enviaram suas alegações finais escritas. Em 16 de junho de 2009, os representantes enviaram seu respectivo escrito.

14. O Tribunal recebeu escritos na qualidade de *amicus curiae* das seguintes pessoas, instituições e organizações: *International Reproductive and Sexual Health Law*

<sup>7</sup> Cf. *González e outras ("Campo Algodoeiro") Vs. México*. Resolução da Corte de 3 de abril de 2009, ponto resolutivo primeiro.

<sup>8</sup> A esta audiência compareceram: a) pela Comissão Interamericana: Florentín Meléndez, Comissário; Elizabeth Abi-Mershed, Secretária Executiva Adjunta; Juan Pablo Albán Alencastro, assessor; Rosa Celorio, assessora, e Fiorella Melzi, assessora; b) pelas supostas vítimas: Alfredo Limas Hernández, representante; Andrea de la Barreda Montpellier, representante; Andrea Medina Rosas, representante; Ariel E. Dulitzky, assessor; David Peña Rodríguez, representante; Emilio Ginés Santidrián, assessor; Héctor Faúndez Ledesma, assessor; Héctor Pérez Rivera, assessor; Ivonne I. Mendoza Salazar, representante; María del Carmen Herrera García, assessora; María Edith López Hernández, assessora; Karla Micheel Salas Ramírez, representante, e Sonia Josefina Torres Hernández, interveniente comum, e c) pelo Estado: Alejandro Negrín Muñoz, Agente, Diretor Geral de Direitos Humanos e Democracia da Chancelaria Mexicana; Mario Leal Campos, assessor, Embaixador do México no Chile; Patricia González Rodríguez, Agente Assistente, Procuradora Geral de Justiça do Estado de Chihuahua; Mario Alberto Prado Rodríguez, assessor, Coordenador de Assesores do Subsecretário de Assuntos Jurídicos e Direitos Humanos da Secretaria de Governo; Mauricio Elpidio Montes de Oca Durán, assessor, Diretor Geral Adjunto de Investigação e Atendimento a Casos de Direitos Humanos da Secretaria de Governo; Victor Manuel Uribe Aviña, assessor, Consultor Jurídico Adjunto da Chancelaria; Arturo Licón Baeza, assessor, Subprocurador de Direitos Humanos e Atendimento a Vítimas do Crime do Estado de Chihuahua; Pablo Navarrete Gutiérrez, assessor, Coordenador de Assuntos Jurídicos do Instituto Nacional das Mulheres; Carlos Garduño Salinas, assessor, Diretor de Direitos Humanos da Procuradoria Geral da República; Fernando Tiscareño Luján, assessor, Assessor do Secretário Geral de Governo do Estado de Chihuahua; Rodolfo Leyva Martínez, assessor, funcionário da Subprocuradoria de Direitos Humanos e Atendimento a Vítimas do Crime do Estado de Chihuahua; José Ignacio Martín del Campo Covarrubias, assessor, Diretor da Área de Litígio Internacional em matéria de Direitos Humanos da Chancelaria; Ximena Mariscal de Alba, assessora, Subdiretora da Área de Litígio Internacional em matéria de Direitos Humanos da Chancelaria; David Ricardo Uribe González, assessor, Chefe do Departamento da Área de Litígio Internacional em matéria de Direitos Humanos da Chancelaria; Luis Manuel Jardón Piña, assessor, Chefe do Departamento de Litígios da Consultoria Jurídica da Chancelaria, e Carlos Giménez Zamudio, assessor, Encarregado da Área de Política Interna, Imprensa e Direitos Humanos da Embaixada do México no Chile.

Program da Faculdade de Direito da Universidade de Toronto (*IRSHL Programme*) e o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL);<sup>9</sup> *TRIAL- Track Impunity Always* e a Organização Mundial contra a Tortura;<sup>10</sup> um grupo de bolsistas do Instituto de Investigações Jurídicas da Universidade Nacional Autônoma do México (doravante denominada “a UNAM”);<sup>11</sup> um Grupo de Direitos Humanos da Divisão de Pós-Graduação da UNAM;<sup>12</sup> *Women’s Link Worldwide*;<sup>13</sup> Rede de Mulheres da Ciudad de Juárez A.C.;<sup>14</sup> Programa de Justiça Global e Direitos Humanos da Universidade de los Andes;<sup>15</sup> Programa de Direitos Humanos e o Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Ibero-Americana do México;<sup>16</sup> *Human Rights Watch*;<sup>17</sup> *Horvitz & Levy LLP*;<sup>18</sup> Comissão Internacional de Juristas;<sup>19</sup> Anistia Internacional;<sup>20</sup> Centro de Direitos Humanos e a Escola de Direito da Universidade de Essex, o Centro Internacional para a Justiça Transicional e *Redress*.<sup>21</sup>

<sup>9</sup> Este escrito foi apresentado por Simona Cusack, Rebecca J. Cook, Viviana Krsticevic e Vanessa Coria em 4 de dezembro de 2008.

<sup>10</sup> Este escrito foi apresentado por Eric Sottas e Philip Grant em 16 de abril de 2009. Em 28 de abril de 2009, o Conselho Geral da Advocacia Espanhola e a Fundação do Conselho Geral da Advocacia Geral aderiram a este escrito.

<sup>11</sup> Este escrito foi apresentado por Miguel Ángel Antemate Mendoza, Selene Cruz Alcalá, Rafael Caballero Hernández, Carlos Alejandro Martiarena Leonar e Alma Elena Rueda Rodríguez em 23 de abril de 2009.

<sup>12</sup> Este escrito foi apresentado por Raymundo Gil Rendón e vários de seus alunos em 24 de abril de 2007.

<sup>13</sup> Este escrito foi apresentado por Viviana Waisman e Paloma Soria Montañez em 27 de abril de 2008.

<sup>14</sup> Este escrito também foi preparado por: Cáritas Diocesana de Ciudad Juárez, Pastoral Operária, Programa Companheiros, Cidadãos por uma melhor Administração Pública, Casa Amiga Centro de Crise, e a título pessoal por Clara Eugenia Rojas Blanco, Elizabeth Loera e Diana Itzel Gonzáles. O mesmo foi apresentado por Imelda Marrufo Nava em 15 de maio de 2009.

<sup>15</sup> Este escrito foi apresentado por César A. Rodríguez Garavito em 1º de junho de 2009.

<sup>16</sup> Este escrito foi apresentado por José Antonio Ibáñez Aguirre em 10 de julho de 2009.

<sup>17</sup> Este escrito foi apresentado por Clive Baldwin em 8 de junho de 2009.

<sup>18</sup> Este escrito foi respaldado por: *Amnesty International*, Thomas Antkowiak, Tamar Birckhead, Mary Boyce, *Break the Circle*, Arturo Carrillo, *Center for Constitutional Rights*, *Center for Gender & Refugee Studies*, *Center for Justice & Accountability*, Centro de Direitos Humanos da Universidade Diego Portales, *Columbia Law School Human Rights Clinic*, *Cornell Law School International Human Rights Clinic*, Bridget J. Crawford, *The Domestic Violence and Civil Protection Order Clinic of The University of Cincinnati*, Margaret Drew, Martin Geer, *Human Rights and Genocide Clinic*, Benjamin N. Cardozo School of Law, *Human Rights Advocates*, Deena Hurwitz, *Immigration Clinic at The University of Maryland School of Law*, *The Immigration Justice Clinic*, *IMPACT Personal Safety*, *The International Human Rights Clinic at Willamette University College of Law*, *International Mental Disability Law Reform Project of New York Law School*, *The International Women’s Human Rights Clinic at Georgetown Law*, *Latinojustice PRLDEF*, *Legal Services Clinic at Western New England College School of Law*, *Leitner Center for International Law and Justice at Fordham Law School*, Bert B. Lockwood, *Allard K. Lowenstein International Human Rights Clinic*, *Yale Law School*, Beth Lyon, Thomas M. McDonnell, *The National Association of Women Lawyers*, *Los Angeles Chapter of The National Lawyers Guild*, *The National Organization for Women*, Noah Novogrodsky, Jamie O’Connell, Sarah Paoletti, Jo M. Pasqualucci, Naomi Roht-Arriaza, Darren Rosenblum, Susan Deller Ross, *Seton Hall University School of Law Center for Social Justice*, Gwynne Skinner, Kathleen Staudt, Jeffrey Stempel, Maureen A. Sweeney, Jonathan Todres, *The Urban Morgan Institute for Human Rights*, *U.S. Human Rights Network*, Penny M. Venetis, Deborah Weissman, Richard J. Wilson, *The Women’s Law Project*, *Women Lawyers Association of Los Angeles*, and *World Organization for Human Rights USA*. O mesmo foi apresentado por David S. Ettinger e Mary-Christine Sungaila em 17 de julho de 2009.

<sup>19</sup> Este escrito foi apresentado por Leah Hoctor em 17 de julho de 2009.

<sup>20</sup> Este escrito foi apresentado por Widney Brown em 13 de julho de 2009.

<sup>21</sup> Este escrito foi apresentado em 21 de setembro de 2009, por Clara Sandoval e estudantes do Centro de Direitos Humanos e da Faculdade de Direito da Universidade de Essex, Carla Ferstman e Marta Valiñas de Redress, Javier Ciurizza e Catalina Díaz do Centro Internacional para a Justiça Transicional (ICTJ), Ruth Rubio Marín do Instituto Universitário Europeu, e a título pessoal por Mariclaire Acosta, Ximena Andión Ibáñez e Gail Aguilar Castañón.



15. Em 22 de setembro de 2009, os representantes apresentaram um escrito no qual informaram ao Tribunal sobre "fatos supervenientes" relativos à nomeação do senhor Arturo Chávez Chávez para encabeçar a Procuradoria Geral da República.

16. Seguindo instruções da Presidenta, a Secretaria concedeu prazo à Comissão e ao Estado para que apresentassem suas observações ao escrito dos representantes indicado no parágrafo anterior. Em 15 de outubro de 2009, a Comissão afirmou que não tinha observações a formular. Em 16 de outubro de 2009, o Estado expressou que "os fatos expostos pelos representantes [...] de nenhuma maneira guardam relação alguma com a litis do assunto nem oferecem elemento algum que [a] Corte possa levar em consideração para melhor resolver". Acrescentou que os fatos narrados pelos representantes não possuíam "um mínimo vínculo fenomenológico com os fatos do processo e, pelo contrário, pretendem introduzir à litis fatos diferentes dos que formam seu contexto fático". Finalmente, fez notar que os representantes não referiam a forma em que a designação do atual Procurador-Geral da República incidia ou se encontra relacionada com algum fato matéria do presente assunto.

17. A esse respeito, o Tribunal reitera que embora os fatos supervenientes possam ser apresentados pelas partes em qualquer estado do processo antes da sentença, "isto não quer dizer que qualquer situação ou acontecimento constitua um fato superveniente para os efeitos do processo. Um fato dessa índole tem que estar ligado fenomenologicamente aos fatos do processo, de modo que não basta que determinada situação ou fato tenha relação com o objeto do caso para que este Tribunal possa se pronunciar a esse respeito."<sup>22</sup>

18. Por outro lado, a Corte ressalta que no presente caso sua função é determinar, em exercício de sua competência contenciosa como tribunal internacional de direitos humanos, a responsabilidade do Estado pelas violações alegadas, e não a responsabilidade pessoal do senhor Chávez Chávez ou outros funcionários públicos. Essa tarefa é exclusiva do Estado, sem prejuízo de que este Tribunal possa verificar se aquele cumpriu ou não as obrigações que a esse respeito são derivadas da Convenção Americana.

19. Em razão do anterior, o Tribunal não admite o escrito dos representantes indicado no parágrafo 15 *supra* e se limitará a analisar as alegações das partes relativas à suposta responsabilidade internacional do Estado.

### III

#### RECONHECIMENTO PARCIAL DE RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL

20. O Estado realizou um reconhecimento parcial de responsabilidade internacional nos seguintes termos:

---

<sup>22</sup> *Caso Perozo e outros Vs. Venezuela. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 28 de janeiro de 2009. Série C N° 195, par. 67.

O Estado reconhece que na primeira etapa das investigações, entre 2001 e 2003, apresentaram-se irregularidades. [...]

[Na] segunda etapa das investigações destes três casos, a partir do ano de 2004, [...] as irregularidades foram corrigidas plenamente, foram integrados aos autos e foram iniciadas as investigações com uma sustentação científica, inclusive com componentes de apoio internacional.

[...]

O Estado reconhece que, derivado das irregularidades antes referidas, foi afetada a integridade psíquica e a dignidade dos familiares de Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal e Laura Berenice Ramos Monárrez. Contudo, são expostos com amplitude os apoios com recursos econômicos, assistência médica e psicológica e assessoria jurídica que se vem oferecendo aos familiares de cada uma das três vítimas, constituindo uma reparação ao dano causado.

Entretanto, o Estado considera que nestes três casos não pode ser alegado de modo algum a configuração de violação dos direitos à vida, à integridade pessoal, à dignidade e à liberdade pessoal de Esmeralda Herrera Monreal, Claudia Ivette González e Laura Berenice Ramos Monárrez. Por um lado, em nenhum dos três homicídios participaram agentes do Estado. Por outro lado, é apresentada ampla informação que demonstra o pleno cumprimento da obrigação por parte do Estado inclusive a este respeito, com os resultados contundentes das investigações e casos resolvidos entre 1993 e esta data.

No mesmo sentido, o Estado empreendeu ações plenamente demonstradas para proteger e promover os direitos das crianças, de modo que não se pode declarar violação ao artigo 19 da Convenção Americana em detrimento das vítimas. Em resumo, o Estado não pode ser declarado responsável diretamente nem indiretamente por haver violado os direitos à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal no caso *sub judice*.

21. Nesse sentido, o Estado solicitou à Corte que:

[a]precie o reconhecimento parcial de responsabilidade do Estado pelo descumprimento das obrigações contidas nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana [sobre] Direitos Humanos, e 5 da mesma

Convenção em relação aos familiares de Laura Berenice Ramos Monárrez, Claudia Ivette González e Esmeralda Herrera Monreal.

Declare a inexistência de violações por parte do Estado mexicano aos artigos 4.1, 5.1, 7, 11 e 19 da Convenção Americana [sobre] Direitos Humanos em relação a Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal e Laura Berenice Ramos Monárrez.

Declare que o Estado cumpriu as obrigações de prevenção, investigação e reparação, contidas nos artigos 4.1 e 5.1, em relação ao artigo 1.1 da Convenção Americana [sobre] de Direitos Humanos.

No caso de que seja declarado algum tipo de reparação, [solicitou] que esta seja fixada atendendo os limites e considerações feitos valer pelo Estado [...], bem como que sejam reconhecidos os esforços realizados pelo Estado mexicano para reparar os familiares das vítimas, inclusive desde antes que este processo iniciasse, e os múltiplos contatos com os mesmos para decidir uma reparação adicional.

22. A Comissão apreciou o reconhecimento parcial de responsabilidade internacional realizado pelo México, pois considerou que este era "um passo positivo para o cumprimento de suas obrigações internacionais". Entretanto, sem rejeitar o valor e a transcendência deste reconhecimento, a Comissão notou que o mesmo "deriva de uma interpretação dos fatos diversa à apresentada na demanda e no escrito de petições, argumentos e provas". Acrescentou que "vários dos argumentos expostos pelo Estado no próprio escrito de contestação à demanda controvertem os fatos supostamente reconhecidos". Além disso, observou que pelos termos do reconhecimento em questão "as implicações jurídicas em relação aos fatos não foram totalmente assumidas pelo Estado, e tampouco a pertinência das reparações solicitadas pelas partes". Em consequência, a Comissão considerou que era "indispensável que o Tribunal resolvesse em sentença as questões que permanecem em contencioso".

23. Os representantes solicitaram "que seja levado em consideração o reconhecimento de responsabilidade feito pelo Estado [...] em sua justa dimensão" e que a Corte "se pronuncie sobre as violações dos direitos humanos das vítimas ocorridas desde o dia de seu desaparecimento até agora".

24. Em conformidade com os artigos 53.2 e 55 do Regulamento e em exercício de seus poderes de tutela judicial internacional dos direitos humanos, a Corte pode determinar se um reconhecimento de responsabilidade internacional efetuado por um Estado demandado oferece base suficiente, nos termos da Convenção, para continuar o conhecimento do mérito e determinar as eventuais reparações e custas.<sup>23</sup>

<sup>23</sup> O artigo 53.2 do Regulamento dispõe que:

Se o demandado comunicar à Corte seu acatamento às pretensões da parte demandante e às dos representantes das supostas vítimas, seus familiares ou representantes, a Corte, ouvido o parecer das

25. Nesse sentido, a Corte observa que a frase “a procedência do reconhecimento”, bem como o texto íntegro do artigo 55 do Regulamento, indicam que estes atos não são, por si mesmos, vinculantes para o Tribunal. Em vista de que os processos perante esta Corte se referem à tutela dos direitos humanos, questão de ordem pública internacional que transcende a vontade das partes, a Corte deve velar por que tais atos sejam aceitáveis para os fins que busca cumprir o sistema interamericano. Nesta tarefa o Tribunal não se limita unicamente a verificar as condições formais dos mencionados atos, mas deve confrontá-los com a natureza e gravidade das violações alegadas, as exigências e o interesse da justiça, as circunstâncias particulares do caso concreto e a atitude e posição das partes.<sup>24</sup>

26. No presente caso, a Corte considera que o reconhecimento parcial de responsabilidade efetuado pelo Estado constitui uma contribuição positiva ao desenvolvimento deste processo, à boa prática da jurisdição interamericana sobre direitos humanos, à vigência dos princípios que inspiram a Convenção Americana e à conduta à que estão obrigados os Estados nesta matéria,<sup>25</sup> em virtude dos compromissos que assumem como partes nos instrumentos internacionais sobre direitos humanos.<sup>26</sup>

27. No que se refere aos fatos, a Corte observa que o Estado admitiu, em termos gerais, os fatos de contexto relativos à violência contra as mulheres em Ciudad Juárez, particularmente os homicídios que foram registrados desde o início dos anos 90, bem como os fatos referentes ao que o Estado denomina “primeira etapa” das investigações dos crimes perpetrados contra três vítimas, que abarca o período de 2001 a 2003. Além disso, o México aceitou os fatos relativos à afetação da integridade psíquica e da dignidade dos familiares das três vítimas.

28. Sem prejuízo do anterior, o Tribunal percebe que, embora o Estado tenha aceitado estes fatos em termos gerais, em sua argumentação posterior relativa ao mérito do assunto controverteu fatos específicos de contexto ou da “primeira etapa” das investigações. Por isso, a Corte determinará nos seguintes capítulos todo o contexto fático deste caso e fará as especificações correspondentes quando um fato

---

partes no caso, resolverá sobre a procedência do acatamento e seus efeitos jurídicos. Neste caso, a Corte determinará, se for o caso, as reparações e custas correspondentes.

Por sua vez, o artigo 55 do Regulamento estabelece que:

A Corte, levando em conta as responsabilidades que lhe cabem em matéria de proteção dos direitos humanos, poderá decidir pelo prosseguimento do exame do caso, mesmo em presença das situações indicadas nos artigos precedentes.

<sup>24</sup> Cf. *Caso Kimel Vs. Argentina. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 2 de maio de 2008. Série C N° 177, par. 24, e *Caso Ticona Estrada Vs. Bolívia. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 27 de novembro de 2008. Série C N° 191, par. 21.

<sup>25</sup> Cf. *Caso Trujillo Oroza Vs. Bolívia. Mérito*. Sentença de 26 de janeiro de 2000. Série C N° 64, par. 42; *Caso Albán Cornejo e outros Vs. Equador. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 22 de novembro de 2007. Série C N° 171. par 24, e *Caso Kimel Vs. Argentina*, par. 25, nota 24 *supra*.

<sup>26</sup> Cf. *Caso Carpio Nicolle e outros Vs. Guatemala. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 22 de novembro de 2004. Série C N° 117, par. 84; *Caso Albán Cornejo e outros Vs. Equador*, par. 24, nota 25 *supra*, e *Caso Kimel Vs. Argentina*, par. 25, nota 24 *supra*.

for considerado estabelecido com base na aceitação do Estado, ou como provado, em conformidade com a evidência apresentada pelas partes.

29. No que se refere às pretensões de direito, o Tribunal declara que cessou a controvérsia sobre a violação dos artigos 5.1, 8.1, 25.1 da Convenção Americana, em detrimento dos familiares das vítimas identificados no parágrafo 9 *supra*, pelas violações aceitas pelo Estado na "primeira etapa" das investigações. Por outro lado, declara que subsiste a controvérsia sobre as alegadas violações dos artigos 4, 5, 7, 11 e 19 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 da mesma e ao artigo 7 da Convenção de Belém do Pará. Além disso, subsiste a controvérsia sobre a alegada violação do artigo 5 da Convenção Americana por fatos diferentes dos reconhecidos pelo Estado, em relação aos familiares das vítimas, bem como a controvérsia relativa à alegada violação dos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção, em relação aos artigos 1.1 e 2 da mesma, sobre a "segunda etapa" das investigações.

30. Finalmente, em relação às pretensões de reparações, o Estado aceitou que tem o dever de reparar as violações aceitas e indicou uma série de medidas reparatórias que realizou ou que oferece realizar, o que será avaliado no capítulo IX desta Sentença, em conformidade com os argumentos e prova apresentados pelas partes.

#### IV EXCEÇÃO PRELIMINAR (INCOMPETÊNCIA *RATIONE MATERIAE* DA CORTE)

31. O Estado alegou a incompetência da Corte para "determinar violações" à Convenção de Belém do Pará. Isso foi rejeitado pela Comissão e pelos representantes, os quais alegaram a competência da Corte sobre o artigo 7 desta Convenção. Os representantes alegaram que, além disso, a Corte tem competência para "conhecer de violações" ao artigo 9 e "aplicar o artigo 8" desta Convenção.

32. Para resolver controvérsias sobre a interpretação de normas, a Corte invocou<sup>27</sup> a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Em sua parte pertinente, esta Convenção afirma:

Artigo 31. Regra geral de interpretação. 1. Um tratado deve ser interpretado de boa-fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade.

[...]

<sup>27</sup> Cf. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Peru. Competência*. Sentença de 24 de setembro de 1999. Série C N° 54, par. 38, e *Caso Blake Vs. Guatemala. Interpretação da Sentença de Reparações e Custas*. Sentença de 1° de outubro de 1999. Série C N° 57, par. 21.

**Artigo 32. Meios suplementares de interpretação.** Pode-se recorrer a meios suplementares de interpretação, inclusive aos trabalhos preparatórios do tratado e às circunstâncias de sua conclusão, a fim de confirmar o sentido resultante da aplicação do artigo 31 ou de determinar o sentido quando a interpretação, de conformidade com o artigo 31:

- a) deixa o sentido ambíguo ou obscuro; ou
- b) conduz a um resultado que é manifestamente absurdo ou desarrazoado.

33. A Convenção de Viena possui uma regra que deve ser interpretada como um todo. O sentido corrente dos termos, a boa-fé, o objetivo e fim do tratado e os demais critérios confluem de maneira unida para desentranhar o significado de uma determinada norma. Por outro lado, a Corte ressalta que o Direito Internacional dos Direitos Humanos está composto tanto de um conjunto de regras (as convenções, pactos, tratados e demais documentos internacionais), como de uma série de valores que estas regras pretendem desenvolver. Então, a interpretação das normas deve ser desenvolvida também a partir de um modelo baseado em valores que o Sistema Interamericano pretende resguardar, sob o “melhor ângulo” para a proteção da pessoa. Nesse sentido, ao enfrentar um caso como o presente, o Tribunal deve determinar qual é a interpretação que se adequa de melhor maneira ao conjunto das regras e valores que compõem o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Concretamente, neste caso, o Tribunal deve estabelecer os valores e objetivos perseguidos pela Convenção de Belém do Pará e realizar uma interpretação que os desenvolva na maior medida. Isso exige a utilização em conjunto dos elementos da norma de interpretação do citado artigo 31 (par. 32 *supra*).

34. Levando em consideração o anterior, em primeiro lugar o Tribunal analisará sua competência sobre o artigo 7 da Convenção de Belém do Pará, para posteriormente dirimir o pertinente sobre os artigos 8 e 9 do mesmo tratado.

## **1. Competência contenciosa do Tribunal em relação ao artigo 7 da Convenção de Belém do Pará**

### **1.1. A regra geral de competência expressa e o critério literal de interpretação**

35. O Estado alegou que a Corte somente pode interpretar e aplicar a Convenção Americana e os instrumentos que expressamente lhe concedem competência. Além disso, afirmou que a Corte, “exercendo sua faculdade consultiva” pode “conhecer e interpretar tratados diferentes” da Convenção Americana, mas “a faculdade de punir o descumprimento de outros tratados não é extensiva quando a mesma exerce sua jurisdição contenciosa”, visto que “o princípio fundamental que rege a

competência jurisdicional da mesma é a vontade [ou aceitação expressa] do Estado de se submeter a ela". Acrescentou que o princípio de segurança jurídica "garante não somente a estabilidade do sistema interamericano", mas "a certeza das obrigações que derivam para o Estado por se submeter aos órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos".

36. O Tribunal considera que o Estado tem razão em relação a que a Convenção Americana estabelece, em seu artigo 62, uma regra de competência expressa, segundo a qual a competência da Corte deve ser estabelecida por "declaração especial" ou por "convenção especial".

37. O México alega que cada tratado interamericano requer uma declaração específica de concessão de competência à Corte. A esse respeito, o Tribunal ressalta que no caso *Las Palmeras Vs. Colômbia* ratificou a possibilidade de exercer sua competência contenciosa em relação a outros instrumentos interamericanos diferentes da Convenção Americana, no contexto de instrumentos que estabeleçam um sistema de petições objeto de supervisão internacional no âmbito regional.<sup>28</sup> Nesse sentido, a declaração especial para aceitar a competência contenciosa da Corte segundo a Convenção Americana, levando em consideração o artigo 62 da mesma, permite que o Tribunal conheça tanto de violações à Convenção como de outros instrumentos interamericanos que lhe concedem competência.

38. Corresponde então analisar como se estabelece a competência para o trâmite de petições na Convenção de Belém do Pará. Os artigos pertinentes deste instrumento afirmam o seguinte:

#### CAPÍTULO IV. MECANISMOS INTERAMERICANOS DE PROTEÇÃO

Artigo 10. A fim de proteger o direito de toda mulher a uma vida livre de violência, os Estados Partes deverão incluir nos relatórios nacionais à Comissão Interamericana de Mulheres informações sobre as medidas adotadas para prevenir e erradicar a violência contra a mulher, para prestar assistência à mulher afetada pela violência, bem como sobre as dificuldades que observarem na aplicação das mesmas e os fatores que contribuam para a violência contra a mulher.

Artigo 11. Os Estados Partes nesta Convenção e a Comissão Interamericana de Mulheres poderão solicitar à *Corte Interamericana de Direitos Humanos parecer consultivo* sobre a interpretação desta Convenção.

<sup>28</sup> Cf. *Caso Las Palmeras Vs. Colômbia. Exceções Preliminares*. Sentença de 4 de fevereiro de 2000. Série C N° 67, par. 34.

Artigo 12. Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou qualquer entidade não governamental juridicamente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, poderá apresentar à *Comissão Interamericana de Direitos Humanos* petições referentes a denúncias ou queixas de violação do artigo 7 desta Convenção por um Estado Parte, devendo a Comissão considerar tais petições em conformidade com as normas e procedimentos estabelecidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no Estatuto e Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, para a apresentação e consideração de petições (sem grifo no original).

39. O Estado afirmou que o citado artigo 12 “menciona expressa e exclusivamente a Comissão Interamericana como o órgão encarregado da proteção da Convenção, através do procedimento de petições individuais”, o que “não deixa espaço para dúvidas” e leva à conclusão de que a Corte “é incompetente” para conhecer de violações deste instrumento. Explicou que “[s]e a intenção dos Estados [...] houvesse sido a de conceder competência [à] Corte, não somente teria sido indicado [expressamente], mas além da Convenção Americana, do Estatuto e do Regulamento da Comissão, necessariamente teria incluído também o Estatuto e o Regulamento da Corte”.

40. O Tribunal considera errôneas as alegações do Estado. A Convenção de Belém do Pará estabelece que a Comissão considerará as petições sobre seu artigo 7 “em conformidade com as normas e os requisitos de procedimento para a apresentação e consideração de petições estipuladas na Convenção Americana [...] e no Estatuto e no Regulamento da Comissão”. Esta formulação não exclui nenhuma disposição da Convenção Americana, de modo que haverá de concluir que a Comissão atuará nas petições sobre o artigo 7 da Convenção de Belém do Pará, “em conformidade com o disposto nos artigos 44 a 51 [da Convenção Americana]”, como dispõe o artigo 41 da mesma Convenção. O artigo 51 da Convenção e o artigo 44 do Regulamento da Comissão se referem expressamente à submissão de casos perante a Corte quando ocorre descumprimento das recomendações do Relatório de Mérito ao que se refere o artigo 50 da Convenção Americana. Além disso, o artigo 19.b do Estatuto da Comissão estabelece que entre as atribuições da Comissão está a de “comparecer perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos nos casos previstos na Convenção”.

41. Em resumo, parece claro que o teor literal do artigo 12 da Convenção de Belém do Pará concede competência à Corte ao não excetuar de sua aplicação nenhuma das normas e requisitos de procedimento para as comunicações individuais.

42. Ora, ainda que o texto pareça literalmente claro, é necessário analisá-lo aplicando todos os elementos que compõem a regra de interpretação do artigo 31 da Convenção de Viena (par. 32 *supra*). Este Tribunal também afirmou que o “sentido corrente” dos termos não pode ser uma regra em si mesma, mas deve se relacionar ao contexto e, em especial, ao objeto e fim do tratado, de maneira tal que



a interpretação não conduza de nenhuma maneira a debilitar o sistema de proteção consagrado na Convenção.<sup>29</sup>

## 1.2. Interpretação sistemática

43. A Corte ressalta que, segundo o argumento sistemático, as normas devem ser interpretadas como parte de um todo cujo significado e alcance devem ser fixados em função do sistema jurídico ao qual pertencem.

44. O Estado alegou que "aceit[ou] a jurisdição" da Corte "exclusivamente para casos que versem sobre a interpretação ou aplicação da Convenção Americana e não sobre tratado ou instrumento internacional diferente". Por outro lado, o México argumentou que é possível a não judicialização do sistema de petições incluído na Convenção de Belém do Pará, levando em consideração instrumentos internacionais de direitos humanos que "não estabelecem mecanismos *ipso jure* para a submissão de petições a tribunais internacionais", que inclusive estabeleceram "Protocolos" que incluem "comitês *ad hoc* para analisar petições individuais". Destacou que "não se deve esquecer que estes não são órgãos jurisdicionais, mas que mantêm estruturas, procedimentos e faculdades similares às da Comissão Interamericana".

45. No sistema interamericano existem tratados que não estabelecem como mecanismo de proteção qualquer referência ao trâmite de petições individuais, tratados que permitem o trâmite de petições, mas as restringem para certos direitos e tratados que permitem o trâmite de petições em termos gerais.

46. Na primeira hipótese se encontra a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (doravante denominada a "CIETFDPD"), cujo artigo VI estabelece que um Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência "será o foro para examinar o progresso registrado" na aplicação da Convenção. Neste tratado não se faz menção ao trâmite de petições individuais que denunciem a violação desta Convenção.

47. Uma segunda hipótese se encontra em tratados que concedem competência para o trâmite de petições, mas as restringem *ratione materiae* a certos direitos. Assim, por exemplo, o artigo 19.6 do Protocolo Adicional à Convenção Americana em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, "Protocolo de San Salvador", permite a apresentação de denúncias somente em relação ao direito à educação e aos direitos sindicais.

<sup>29</sup> Cf. "Outros tratados" objeto da função consultiva da Corte (artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-1/82 de 24 de setembro de 1982. Série A N° 1, pars. 43 a 48; *Restrições à Pena de Morte* (artigos 4.2 e 4.4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-3/83 de 8 de setembro de 1983. Série A N° 3, pars. 47 a 50; *Proposta de modificação à Constituição Política da Costa Rica relacionada à naturalização*. Parecer Consultivo OC-4/84 de 19 de janeiro de 1984. Série A N° 4, pars. 20 a 24, e, entre outros, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Exceções Preliminares*. Sentença de 26 de junho de 1987. Série C N° 1, par. 30.

48. Na terceira hipótese se encontram a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (doravante denominada a “CIPST”), a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas (doravante denominada “CIDFP”) e a Convenção de Belém do Pará. Estes tratados contêm normas de jurisdição diferentes da Convenção Americana, tal como se explica a seguir.

49. O Estado alegou a “inaplicabilidade” dos critérios utilizados pela Corte em relação à “aplicação” da CIPST e da CIDFP, levando em consideração que estas “contêm cláusulas diferentes” do artigo 12 da Convenção de Belém do Pará, visto que este restringe a possibilidade unicamente à Comissão Interamericana, razão pela qual se aplica o critério interpretativo conforme o qual “a menção expressa de uma circunstância exclui às demais” e “a expressão especial impede toda interpretação extensiva”.

50. O Tribunal constata que a CIDFP, em seu artigo XIII, afirma que as petições estarão sujeitas às normas de procedimento da Comissão e da Corte, razão pela qual tem se declarado sua violação em alguns casos.<sup>30</sup>

51. Por outro lado, o artigo 8 da CIPST autoriza o acesso “a instâncias internacionais, cuja competência tenha sido aceita [pelo] Estado” ao que se atribui a violação deste tratado. Esta Convenção não menciona a Corte Interamericana em nenhum de seus artigos. Entretanto, a Corte declarou a violação deste tratado em diversos casos utilizando um meio de interpretação complementar (os trabalhos preparatórios) diante da possível ambiguidade da disposição.<sup>31</sup>

52. A Corte considera que, diferentemente do que afirma o México, a Convenção de Belém do Pará faz menção ainda mais explícita que a CIPST à jurisdição da Corte, já que alude expressamente às disposições que permitem à Comissão enviar estes casos à Corte.

53. Por outro lado, o Estado alegou que embora a Convenção de Belém do Pará afirme que a Comissão deverá conhecer das petições em conformidade com as normas e procedimentos estabelecidos na Convenção Americana, “isso somente pode significar que deverá se acolher ao estabelecido na Seção 4 do Capítulo VII da Convenção Americana”, pois “é aí onde são estabelecidas as regras que ordenam o procedimento de uma petição individual”. O México alegou que o fato de que a Comissão possa apresentar um caso à Corte “não se deve confundir” com o procedimento de petições individuais. Pelo contrário, afirmou o Estado, “o artigo 12 da Convenção de Belém do Pará é aquele no qual a Comissão exerce suas funções quase jurisdicionais”, e que “o fato de que o trâmite de uma petição perante a Comissão Interamericana possa derivar em um caso perante a Corte [...] não implica que o procedimento perante

<sup>30</sup> Cf. *Caso Gómez Palomino Vs. Peru. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 22 de novembro de 2005. Série C N° 136, par. 110; *Caso Ticona Estrada e outros Vs. Bolívia*, par. 85, nota 24 *supra*, e *Caso Anzualdo Castro Vs. Peru. Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 22 de setembro de 2009. Série C N° 202, par. 61.

<sup>31</sup> Cf. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala. Mérito*. Sentença de 19 de novembro de 1999. Série C N° 63, pars. 247 e 248.

a Comissão dependa do processo perante a Corte", o que "é evidente, visto que a conclusão de uma petição nem sempre é uma sentença da Corte".

54. A partir de uma interpretação sistemática, nada no artigo 12 aponta para a possibilidade de que a Comissão Interamericana aplique o artigo 51 da Convenção Americana de maneira fragmentada. É verdade que a Comissão Interamericana pode decidir não enviar um caso à Corte, mas nenhuma norma da Convenção Americana nem o artigo 12 da Convenção de Belém do Pará proíbem que um caso seja transmitido ao Tribunal, se a Comissão assim o decide. O artigo 51 é claro neste ponto.

55. A Corte reitera sua jurisprudência em torno à "integridade institucional do sistema de proteção consagrado na Convenção Americana". Isso significa, por um lado, que a submissão de um caso contencioso perante a Corte em relação a um Estado Parte que tenha reconhecido a competência contenciosa do Tribunal requer do desenvolvimento prévio do procedimento perante a Comissão.<sup>32</sup> Por outro lado, a competência designada à Comissão pelo inciso f do artigo 41 da Convenção abarca os diversos atos que culminam na apresentação de uma demanda perante a Corte para obter desta uma resolução jurisdicional. Este artigo se refere a um âmbito no qual são atualizadas as atribuições tanto da Comissão como da Corte, em seus respectivos momentos. Cabe recordar que a Corte é o único órgão judicial nestas matérias.<sup>33</sup>

56. O anterior não quer dizer que um Estado Parte que não tenha reconhecido a jurisdição contenciosa da Corte segundo a Convenção Americana e tenha ratificado, por exemplo, a Convenção de Belém do Pará, possa ser objeto da jurisdição contenciosa deste Tribunal. Nesse caso, a aplicação do artigo 51 se faz impossível, já que para que esse componente do artigo 51 opere, requer-se haver cumprido o disposto no artigo 62 da Convenção Americana.

57. Além disso, o Tribunal reitera que ter conferido competência à Corte segundo a Convenção Americana significa garantir que nos eventos nos quais seja estabelecido um sistema de petições, como seja pertinente, seja garantido o controle judicial da Corte na matéria. Diferente seria naqueles instrumentos nos quais não se estabelece um sistema de petições como mecanismo de proteção, tal como ocorre com a CIETFDPD.

58. Em conclusão, uma interpretação sistemática das normas relevantes para resolver esta controvérsia permite respaldar ainda mais a competência contenciosa da Corte em relação ao artigo 7 da Convenção de Belém do Pará.

### 1.3. Interpretação teleológica e princípio do efeito útil

59. Em uma interpretação teleológica é analisado o propósito das normas envolvidas, para o que é pertinente analisar o objetivo e fim do próprio tratado e, se

<sup>32</sup> Cf. *Assunto de Viviana Gallardo e outras*. Série A N° G 101/81, pars. 12.b), 16, 20, 21 e 22, e *Caso Acevedo Jaramillo e outros Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 7 de fevereiro de 2006. Série C N° 144, par. 174.

<sup>33</sup> Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Exceções Preliminares*, par. 45, nota 29 *supra*.

for pertinente, analisar os propósitos do sistema regional de proteção. Nesse sentido, tanto a interpretação sistemática como a teleológica estão diretamente relacionadas.

60. O Estado indicou que embora “o objetivo e fim da Convenção de Belém do Pará seja a eliminação total da violência contra a mulher”, “não se pode confundir esse fim último [...] com a judicialização do sistema de direitos e obrigações que rege o instrumento”.

61. O fim do sistema de petições consagrado no artigo 12 da Convenção de Belém do Pará é o de fortalecer o direito de petição individual internacional a partir de certas precisões sobre os alcances do enfoque de gênero. A adoção desta Convenção reflete uma preocupação uniforme em todo o hemisfério sobre a gravidade do problema da violência contra a mulher, sua relação com a discriminação historicamente sofrida e a necessidade de adotar estratégias integrais para preveni-la, sancioná-la e erradicá-la.<sup>34</sup> Em consequência, a existência de um sistema de petições individuais dentro de uma convenção de tal tipo tem como objetivo alcançar a maior proteção judicial possível, em relação àqueles Estados que admitiram o controle judicial por parte da Corte.

62. Neste ponto é fundamental ter presente a especificidade dos tratados de direitos humanos e seus efeitos sobre sua interpretação e aplicação. Por um lado, o objetivo e fim é a proteção dos direitos humanos dos indivíduos; por outro lado, significa a criação de uma ordem jurídica na qual os Estados assumem obrigações não em relação a outros Estados, mas para os indivíduos sob sua jurisdição.<sup>35</sup> Além disso, estes tratados são aplicados em conformidade com a noção de garantia coletiva.<sup>36</sup>

63. No presente caso o Estado afirmou que a interpretação teleológica deriva de que, enquanto o artigo 12 é omissivo em indicar a Corte, “o artigo 11 lhe concede competência exclusiva para emitir pareceres consultivos”, o que indica que “a intenção das partes no tratado era precisamente delimitar as facultades da Corte à sua função consultiva”. Por sua vez, a Comissão e os representantes afirmaram que a Corte não pode deixar de assumir competência para conhecer de violações à Convenção de Belém do Pará, pois isso desconhecera o “princípio do efeito útil”. Sobre este último, o Estado afirmou que “o efeito útil se encontra já garantido na Convenção e a aplicação do mesmo não implica que a Corte exerça sua jurisdição sobre a mesma”, visto que isso seria “desconhecer e desqualificar” as funções que desempenham a Comissão Interamericana de Mulheres e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos no âmbito dos mecanismos de proteção estabelecidos pela Convenção de Belém do Pará.

64. A alegação que o Estado faz no sentido de que a Corte não teria competência contenciosa porque o artigo 11 da Convenção de Belém do Pará somente se refere à jurisdição consultiva da Corte não apoia esta posição, mas, ao contrário, a contradiz.

<sup>34</sup> Preâmbulo da Convenção de Belém do Pará.

<sup>35</sup> Cf. “Outros tratados” objeto da função consultiva da Corte (artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos), par. 29, nota 29 *supra*.

<sup>36</sup> Cf. *Caso do Tribunal Constitucional Vs. Peru. Competência*. Sentença de 24 de setembro de 1999. Série C Nº 55, par. 41, e *Caso Ivcher Bronstein Vs. Peru*, par. 42, nota 27 *supra*.

De fato, a competência consultiva não está incluída nos artigos 44 a 51 da Convenção Americana, de modo que era necessário estabelecê-la expressamente em outra disposição.

65. Em relação ao efeito útil, a Corte reitera o indicado em sua primeira decisão contenciosa, no sentido de que uma finalidade inerente a todo tratado é a de alcançar este efeito.<sup>37</sup> Isso é aplicável às normas da Convenção Americana relacionadas com a faculdade da Comissão de apresentar casos à Corte. E é esta uma das normas à que remete a Convenção de Belém do Pará.

#### **1.4. Critério complementar de interpretação: os trabalhos preparatórios da Convenção de Belém do Pará**

66. O Estado manifestou que "os representantes dos Estados discutiram amplamente a forma na qual se poderiam reivindicar violações [...], concluindo que a Comissão seria o único órgão competente para conhecer destas queixas", manifestando sua "inconformidade em conceder faculdades jurisprudenciais à Corte Interamericana para revisar possíveis violações" desta Convenção. Além disso, segundo o Estado, o artigo incluído no anteprojeto desta Convenção que facultava a esta Corte para conhecer violações à mesma, "não foi incluído no projeto final da [C] onvenção". Ademais, afirmou que "a faculdade de aceitar a competência obrigatória de um tribunal é um ato soberano de cada Estado que não encontra mais limites que a própria vontade do Estado". Concluiu que "é evidente que foi a intenção dos Estados signatários delimitar a competência exclusiva da Comissão para conhecer sobre petições individuais referentes a supostas violações a [esta] Convenção".

67. A Comissão rejeitou os argumentos do Estado relativos aos *travaux préparatoires* da Convenção de Belém do Pará e considerou que "em nenhum momento os Estados discutiram [...] a possibilidade de excluir a competência material da Corte [...] para conhecer sobre o descumprimento das obrigações emanadas [desta] Convenção". Os representantes não ofereceram alegações neste ponto.

68. A Corte observa que a Convenção de Viena exige referir-se aos trabalhos preparatórios somente de forma subsidiária. No presente caso, não seria necessário fazê-lo levando em consideração o analisado até agora. Sem prejuízo disso, o Tribunal estudará os trabalhos preparatórios para responder às alegações apresentadas pelo Estado.

69. O "Texto aprovado pela maioria" na "Reunião Intergovernamental de Especialistas", convocada em outubro de 1993 para revisar o projeto da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, afirmava o seguinte:

<sup>37</sup> Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Exceções Preliminares*, par. 30, nota 29 *supra*.

Artigo 15. Todo Estado Parte pode, a qualquer momento e em conformidade com as normas e os procedimentos estipulados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, declarar que reconhece como obrigatória de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da presente Convenção.<sup>38</sup>

70. Em 26 de outubro de 1993, a delegação do México apresentou uma proposta relacionada às competências da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Comissão Interamericana de Mulheres (doravante denominada “CIM”).<sup>39</sup> Em particular, a proposta do México se dirigia a que fosse criado um Comitê para a Eliminação da Violência contra a Mulher que ajudasse a CIM no exame de relatórios nacionais e que revisasse denúncias ou queixas relativas à Convenção, apresentando “um parecer sobre [estas denúncias] à [CIM], com vistas à apresentação de casos perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos”.<sup>40</sup> Por sua vez, a delegação do Brasil informou que “reserva[va] sua posição” frente a este artigo 15 do anteprojeto.<sup>41</sup>

71. Por outro lado, um dos documentos analisados na VI Assembleia Extraordinária de Delegadas, que durante o ano de 1994 analisou o anteprojeto da Convenção, incluiu os comentários de alguns Governos a este documento.<sup>42</sup> Trinidad e Tobago apoiou a proposta do México, ao passo que Antígua e Barbuda, Bahamas, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, Paraguai, Santa Lúcia, Uruguai e Venezuela afirmaram seu acordo com o anteprojeto. O Chile apresentou observações que não se relacionavam aos mecanismos de proteção. São Cristóvão e Nevis se “reserv[ou] o direito de tomar uma decisão sobre os Artigos 13 a 15 do Projeto da Convenção e sobre as modificações propostas ao mesmo”. Barbados e Dominica manifestaram que se entendia que o trâmite de petições individuais estava regulamentado pela Convenção Americana. Por sua vez, o Peru considerava pertinente um “projeto de procedimento que devesse ser seguido perante a CIDH” ou “o estabelecimento de uma relatoria *ad hoc* para o caso específico das denúncias”.

<sup>38</sup> Cf. Comissão Interamericana de Mulheres, VI Assembleia Extraordinária de Delegadas, *Texto Preliminar Inicial e a Última Versão de Projeto de Texto para a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher* (Ponto 1 do temário), OEA/Ser.L/II.3.6 CIM/doc.9/94, 13 de abril de 1994, p. 16.

<sup>39</sup> Cf. Comissão Interamericana de Mulheres, *Relatório Preliminar da Segunda Sessão da Reunião Intergovernamental de Especialistas para Considerar o Anteprojeto da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher*, OEA/Ser.L/II.7.5 CIM/Recovi/doc.36/93 corr. 2, 14 de abril de 1994. Ver em particular, Anexo I, Grupo de Trabalho II, *Propostas de reforma apresentadas pela delegação do México aos artigos 13 a 16 do capítulo IV do projeto da Convenção*, WG-II/doc. 5/93 26 outubro 1993, p. 12 e 13.

<sup>40</sup> Cf. Comissão Interamericana de Mulheres, Anexo I, Grupo de Trabalho II, *Propostas de reforma apresentadas pela delegação do México aos artigos 13 a 16 do capítulo IV do projeto da Convenção*, p. 13, nota 39 *supra*.

<sup>41</sup> Cf. Comissão Interamericana de Mulheres, VI Assembleia Extraordinária de Delegadas, p. 16, nota 38 *supra*.

<sup>42</sup> Cf. Comissão Interamericana de Mulheres, VI Assembleia Extraordinária de Delegadas, *Comentários Recebidos dos Governos ao Projeto da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher* (Ponto 1 do temário), OEA/Ser.L/II.3.6 CIM/doc.4/94, 4 de abril de 1994.

72. Em 19 de abril de 1994, as delegadas da CIM reuniram-se para discutir o projeto da Convenção e procederam a uma votação nominal dos diversos artigos. Participaram 22 países membros da OEA. Em relação ao artigo 15 do Projeto, a votação teve como resultado: "16 votos a favor, um contra e quatro abstenções".<sup>43</sup> Em uma "ata resumida" desta votação foi indicado que o artigo "não foi aprovado" porque se "requer[iam] 18 votos a favor para aprovar uma moção". A Corte observa que não é correto argumentar que não houve uma maioria a favor da aprovação deste artigo, mas somente que não se obteve a quantidade de votos suficientes.

73. Os trabalhos preparatórios, deste modo, à medida que se relacionam a um método subsidiário de interpretação, são completamente insuficientes como fundamento sólido para rejeitar a interpretação realizada do artigo 12 da Convenção de Belém do Pará. Por tal motivo, a Corte recorreu a todos os elementos primários de interpretação da Convenção de Viena.

### 1.5. Efeitos do precedente estabelecido na sentença do Caso do Presídio Miguel Castro Castro

74. O Estado afirmou que no *Caso do Presídio Miguel Castro Castro Vs. Peru* a Corte "não analisou sua competência para conhecer da Convenção de Belém do Pará", razão pela qual "não existe evidência dos motivos pelos quais exerceu sua competência". Além disso, alegou que o fato de que neste caso "não [se] tenha objetado a competência des[t]a Corte e que esta tampouco a tenha analisado, não deve ser obstáculo para que a Corte atenda a objeção do Estado" neste caso e "declare sua incompetência".

75. No Caso do Presídio Miguel Castro Castro, o Tribunal declarou violada a Convenção de Belém do Pará, o que é equivalente a declarar sua competência sobre ela. Além disso, a Corte ressalta que não somente neste caso estabeleceu sua competência na matéria. Com efeito, nos Casos *Ríos e outros Vs. Venezuela e Perozo e outros Vs. Venezuela*, embora a Corte tenha declarado que "não correspond[ia] analisar os fatos [destes casos] sob as [...] disposições da Convenção de Belém do Pará"<sup>44</sup> porque não se demonstrou que as agressões foram "em especial dirigid[as] contra as mulheres" nem que "estas tenham ocorrido devido à sua condição [de mulher]",<sup>45</sup> esta conclusão de não violação foi possível a partir da análise desta Convenção. Nisso se projetou então a competência do Tribunal sobre a mesma.

<sup>43</sup> Cf. Comissão Interamericana de Mulheres, VI Assembleia Extraordinária de Delegadas, *Ata Resumida da Segunda Sessão Plenária*, OEA/Ser.L/II.3.6 CIM/doc.24/94, rev.1, 6 de junho de 1994. Os países que votaram a favor foram: Equador, Bolívia, Trinidad e Tobago, Barbados, República Dominicana, Guatemala, Argentina, Colômbia, Nicarágua, Paraguai, Dominica, Venezuela, Chile, São Cristóvão e Nevis, Peru, Uruguai. O único país que votou contra foi o Brasil. Abstiveram-se de votar os seguintes países: México, Estados Unidos, Canadá e Jamaica.

<sup>44</sup> *Caso Ríos e outros Vs. Venezuela. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 28 de janeiro de 2009. Série C N° 194, par. 280 e *Caso Perozo e outros Vs. Venezuela*, par. 296, nota 22 *supra*.

<sup>45</sup> *Caso Ríos e outros Vs. Venezuela*, par. 279, nota 44 *supra*, e *Caso Perozo Vs. Venezuela*, pars. 295 e 296, nota 22 *supra*.

76. Em consequência, embora seja verdade que no Caso do Presídio Miguel Castro Castro *Vs. Peru* não foi realizada uma análise exaustiva da competência do Tribunal para conhecer de violações ao artigo 7 da Convenção de Belém do Pará, que em seu momento foi considerada desnecessária diante da falta de controvérsia das partes, no presente caso, no qual o México questionou esta competência, a Corte expôs os motivos que a levam a reafirmar sua jurisprudência na matéria.

77. Tudo isso permite concluir que a conjunção entre as interpretações sistemática e teleológica, a aplicação do princípio do efeito útil, somadas à suficiência do critério literal no presente caso, permitem ratificar a competência contenciosa da Corte para conhecer de violações do artigo 7 da Convenção de Belém do Pará.

## **2. Incompetência do Tribunal em relação aos artigos 8 e 9 da Convenção de Belém do Pará**

78. A Comissão Interamericana não alegou a competência contenciosa da Corte em relação aos artigos 8 e 9 da Convenção de Belém do Pará. Por sua vez, os representantes aludiram a esta competência, levando em consideração a “relação direta” do artigo 9 com o artigo 7 desta Convenção, em razão de uma “interpretação *pro personae*” do artigo 12 e do princípio do efeito útil. Acrescentaram que a Corte deve “assumir em conjunto ambos os artigos para conhecer das violações alegadas”.

79. A Corte considera que os critérios sistemáticos e teleológicos são insuficientes para se sobrepor ao que indica claramente o teor literal do artigo 12 da Convenção de Belém do Pará, onde se afirma que o sistema de petições se concentrará exclusivamente na possível violação do artigo 7 desta Convenção. A esse respeito, a Corte ressalta que a partir do princípio de interpretação mais favorável não se pode derivar um enunciado normativo inexistente, neste caso, a integração dos artigos 8 e 9 ao teor literal do artigo 12. Isso não impede que os diversos artigos da Convenção de Belém do Pará sejam utilizados para a interpretação da mesma e de outros instrumentos interamericanos pertinentes.

80. Por todo o exposto, o Tribunal decide aceitar parcialmente a exceção preliminar interposta pelo Estado e, portanto, declarar que: a) tem competência contenciosa em razão da matéria para conhecer de alegadas violações ao artigo 7 da Convenção de Belém do Pará, e b) não tem competência contenciosa em razão da matéria para conhecer de supostas violações aos artigos 8 e 9 deste instrumento internacional.

## **V COMPETÊNCIA**

81. A Corte Interamericana é competente, nos termos do artigo 62.3 da Convenção, para conhecer do presente caso, em razão de que o México é Estado Parte na Convenção Americana desde 24 de março de 1981 e reconheceu a competência contenciosa do Tribunal em 16 de dezembro de 1998. Além disso, o Estado ratificou a Convenção de Belém do Pará em 12 de novembro de 1998.



## VI PROVA

82. Com base no estabelecido nos artigos 44 e 45 do Regulamento, bem como em sua jurisprudência em relação à prova e sua apreciação,<sup>46</sup> a Corte examinará e apreciará os elementos probatórios documentais apresentados pelas partes em diversas oportunidades processuais, bem como as declarações prestadas através de *affidavit* e em audiência pública. Para isso, o Tribunal se aterá aos princípios da crítica sã, dentro do marco legal correspondente.<sup>47</sup>

### 1. Prova testemunhal e pericial

83. Foram recebidas as declarações escritas das seguintes testemunhas e peritos:

a) *Luis Alberto Bosio*. Testemunha proposta pela Comissão. Declarou, *inter alia*, sobre "os reconhecimentos médico-forenses e pareceres médico-ósseos em antropologia forense que praticou em relação a vários dos restos encontrados no denominado 'Campo Algodoeiro' entre 6 e 7 de novembro de 2001; suas conclusões, e a compatibilidade dos exames realizados com anterioridade, em relação aos mesmos restos, com os padrões internacionais aplicáveis na matéria".

b) *Mercedes Doretti*. Testemunha proposta pela Comissão. Declarou, *inter alia*, sobre "as investigações desenvolvidas pela EAAF [Equipe Argentina de Antropologia Forense] em relação aos homicídios de mulheres e meninas cometidos no Estado de Chihuahua, México; o processo de identificação das vítimas de tais crimes; a conduta e níveis de colaboração das autoridades diante de tais investigações, e as conclusões da EAAF a partir de suas investigações".

c) *Carlos Castresana Fernández*. "[M]embro da equipe do Escritório das Nações Unidas contra a Droga e o Crime (UNODC) que fiscalizou, em 2003, as investigações realizadas no âmbito interno em relação aos homicídios de mulheres e meninas em Ciudad Juárez, incluídos os casos de Campo Algodoeiro". Perito proposto pela Comissão. Declarou, *inter alia*, sobre "a devida diligência nos processos de investigação de crimes desta natureza; e a condução das investigações nos *Casos Campo Algodoeiro* à luz dos padrões internacionais aplicáveis à matéria".

d) *Servando Pineda Jaimés*. "Diretor da Faculdade de Ciências Sociais da Universidade Autônoma de Ciudad Juárez". Perito proposto pela Comissão. Declarou,

<sup>46</sup> Cf. *Caso da "Panel Blanca" (Paniagua Morales e outros) Vs. Guatemala. Reparações e Custas*. Sentença de 25 de maio de 2001. Série C N° 76, par. 50; *Caso Acevedo Buendía e outros ("Demitidos e aposentados da Controladoria") Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 1° de julho de 2009. Série C N° 198, par. 22, e *Caso Escher e outros Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 6 de julho de 2009. Série C N° 199, par. 55.

<sup>47</sup> Cf. *Caso da "Panel Blanca" (Paniagua Morales e outros) Vs. Guatemala*, par. 76, nota 46 *supra*; *Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 30 de junho de 2009. Série C N° 197, par. 26, e *Caso Escher e outros Vs. Brasil*, par. 55, nota 46 *supra*.

*inter alia*, sobre “as causas e consequências do fenômeno dos desaparecimentos e homicídios de mulheres e meninas no Estado de Chihuahua; e os padrões socioculturais que condicionam as atuações judiciais e da polícia em relação a este tipo de casos”.

e) *Clyde Snow*. “Antropólogo forense”. Perito proposto pela Comissão. Declarou, *inter alia*, sobre “os padrões internacionais aplicáveis à identificação dos restos de vítimas de crimes violentos; a preservação correta de evidência essencial neste tipo de casos; [e] o processo de identificação genética de restos humanos”.

f) *Oscar Máynez Grijalva*. Testemunha proposta pelos representantes. Declarou, *inter alia*, sobre “o processo de levantamento pericial dos corpos, o manejo institucional do caso durante o tempo em que ele trabalhou como servidor público, as [supostas] pressões das autoridades para dar uma resposta rápida; as [alegadas] anomalias e irregularidades que lhe constam; o motivo de sua renúncia; [e] as [supostas] pressões por parte das autoridades”.

g) *Ana Lorena Delgadillo Pérez*. Testemunha proposta pelos representantes. Declarou, *inter alia*, sobre “o desempenho institucional das autoridades (federais e locais) envolvidas na investigação e julgamento do caso; a forma de atenção e tratamento aos familiares das vítimas por parte das diversas instâncias de governo que entrevistaram no caso; as [alegadas] dificuldades das famílias [para ter] acesso à justiça; a colaboração das diversas autoridades entre si; [e] a necessidade de mecanismos nacionais eficientes para a busca de mulheres desaparecidas”.

h) *Abraham Hinojos*. Testemunha proposta pelos representantes. Declarou, *inter alia*, sobre “elementos [supostamente] valiosos sobre todos [os] elementos que integram a impunidade no caso: vítimas e fabricação de culpados”.

i) *Rosa Isela Pérez Torres*. Testemunha proposta pelos representantes. Declarou, *inter alia*, sobre “[sua documentação da] violência contra as mulheres em Ciudad Juárez e as [supostas] atuações irregulares das autoridades locais e federais” e “a [suposta] influência do governo do Estado no manejo da informação nos meios de comunicação sobre a violência contra as mulheres, em especial sobre os homicídios de mulheres registrados desde 1993”.

j) *Elizabeth Lira Kornfeld*. “[E]specialista em psicologia social”. Perita proposta pelos representantes. Declarou, *inter alia*, sobre “os critérios e mecanismos para reparar o dano às vítimas de violência contra as mulheres, em especial às famílias de mulheres vítimas de homicídio” e sobre “diretrizes para mitigar as sequelas da tortura psicológica nas famílias das vítimas a partir de critérios de saúde mental comunitária e direitos humanos”.

k) *Jorge de la Peña Martínez*. “[P]siquiatra”. Perito proposto pelos representantes. Declarou, *inter alia*, sobre o “[alegado] dano psicológico ocasionado [às s]enhoras Josefina González e Benita Monárrez e suas famílias em razão do [suposto] desaparecimento e homicídio [de] suas filhas, vinculado à [suposta] violência institucional de que foram parte”.

l) *Fernando Coronado Franco*. "[E]specialista em Direito Penal mexicano e Direito Internacional dos Direitos Humanos". Perito proposto pelos representantes. Declarou, *inter alia*, "sobre o papel e a atuação do [M]inistério [P]úblico e do [P]oder [J]udiciário no caso 'Campo Algodoeiro'; os [supostos] principais obstáculos para o acesso à justiça e o desenvolvimento de um direito penal democrático à raiz das reformas constitucionais; a [suposta] repercussão destas reformas nas legislaturas dos estados, entre eles, o Estado de Chihuahua; as repercussões de não contar com um sistema acusatório e a [alegada] ausência de controles para a atuação do [M]inistério [P]úblico no caso Campo Algodoeiro; os poderes fáticos que [supostamente] impossibilitaram a resolução das investigações realizadas no Caso Campo Algodoeiro; a [suposta] ausência de mecanismos eficazes na proteção e promoção dos direitos humanos no Estado [m]exicano[,] e a [alegada] repercussão disto tanto nas vítimas como nos prováveis responsáveis".

m) *Elena Azaola Garrido*. "[E]specialista em psicologia, perspectiva de gênero, direitos da infância e processos de vitimização". Perita proposta pelos representantes. Declarou, *inter alia*, sobre "o [suposto] processo de vitimização dos familiares das vítimas de homicídio e desaparecimento relacionados com o caso Campo Algodoeiro, a [alegada] repercussão em suas vidas e os [supostos] danos causados" e sobre "o [alegado] dano psicológico ocasionado à [s]enhora Irma Monreal Jaime e sua família com motivo do [suposto] desaparecimento e homicídio de Esmeralda Herrera Monreal, ligado à [suposta] violência institucional de que foi parte".

n) *Marcela Patricia María Huaita Alegre*. "[E]specialista sobre violência de gênero e direito das mulheres de acesso à justiça". Perita proposta pelos representantes. Declarou, *inter alia*, sobre "o [alegado] problema das famílias relacionadas ao caso Campo Algodoeiro para ter acesso à justiça, a [suposta] conduta discriminatória das autoridades para resolver casos de violência contra as mulheres, a [suposta] ausência de políticas de gênero na busca e administração de justiça, a [suposta] ausência de pressupostos com perspectiva de gênero; [e] a [alegada] ausência de estratégias estaduais e nacionais para investigar casos paradigmáticos de violência contra as mulheres que possam estar vinculadas com tráfico ou exploração sexual".

o) *Marcela Lagarde y de los Ríos*. "[E]specialista em direitos humanos das mulheres, perspectiva de gênero e políticas públicas". Perita proposta pelos representantes. Declarou, *inter alia*, sobre "a [alegada] ausência de política de gênero em Ciudad Juárez e Chihuahua, bem como no restante do [E]stado mexicano; as [supostas] dificuldades das mulheres para ter acesso aos serviços prestados pelo [E]stado, as políticas [supostamente] discriminatórias pelo fato de ser mulher; a [suposta] falta de prevenção da violência de gênero; o papel do poder legislativo na criação de políticas de gênero; o papel do poder legislativo como órgão supervisor na atuação das instituições; [e] a especificação dos diferentes tipos e modos de violência que têm enfrentado as mulheres em Ciudad Juárez, de maneira especial as [supostas] vítimas de desaparecimento, homicídio e seus familiares".

p) *Clara Jusidman Rapoport*. “Especialista em políticas públicas e gênero”. Perita proposta pelos representantes. Declarou, *inter alia*, sobre “a avaliação [...] que realizou em Ciudad Juárez e Chihuahua, indicando os principais obstáculos que [supostamente] enfrenta a administração pública de Ciudad Juárez como resultado da [suposta] ausência de políticas públicas com perspectiva de gênero; as [alegadas] repercussões da [suposta] ausência de políticas públicas com perspectiva de gênero no âmbito nacional; os principais desacertos em matéria de gênero por parte das autoridades estaduais e nacionais; [e] o contexto social, político e econômico de violência contra as mulheres que vive Ciudad Juárez”.

q) *Julia Monárrez Fragoso*. “[E]specialista em violência em razão de gênero [...] que estudou durante anos o contexto de violência de gênero em Ciudad Juárez”. Perita proposta pelos representantes. Declarou, *inter alia*, sobre “os [supostos] feminicídios em Ciudad Juárez e em especial, sobre o [alegado] padrão sistemático de violência sexual feminicida; a [suposta] imperícia das autoridades para investigar casos que apresentam o mesmo padrão de violência; a [alegada] falta de acesso à informação ou de informação sistematizada e clara que impede investigações baseadas em dados oficiais; o manejo [...] do [E]stado para informar a sociedade sobre o número de homicídios de mulheres [e] o número de mulheres desaparecidas; a [suposta] minimização das autoridades diante do contexto de violência contra as mulheres; o papel das instâncias governamentais e não governamentais no atendimento dos familiares das mulheres desaparecidas ou não identificadas; o papel da sociedade de Ciudad Juárez diante do contexto de violência contra as mulheres; os atores políticos e sociais que [supostamente] permitiram o contexto de violência contra as mulheres; [e] a reação dos empresários, meios de comunicação, igreja e outros setores da sociedade diante dos [alegados] feminicídios”.

r) *Mara Galindo López*. Testemunha proposta pelo Estado. Declarou, *inter alia*, sobre “[a]s funções do órgão [de Atendimento a Vítimas da Subprocuradoria da Região Norte da Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Chihuahua]; [os] [alegados] apoios materiais proporcionados aos familiares de Claudia Ivette González, Laura Berenice Ramos Monárrez e Esmeralda Herrera Monreal; e [a] [suposta] atenção não material proporcionada aos familiares de Claudia Ivette González, Laura Berenice Ramos Monárrez e Esmeralda Herrera Monreal”.

s) *Flor Rocío Murguía González*. Testemunha proposta pelo Estado. Declarou, *inter alia*, sobre “[a] integração ministerial das averiguações pela morte de Claudia Ivette González, Laura Berenice Ramos Monárrez e Esmeralda Herrera Monreal; e [as] diretrizes de investigação da Promotoria [Especializada em Investigação de Homicídios de Mulheres em Juárez,] sob sua responsabilidade”.

t) *Eberth Castañón Torres*. Testemunha proposta pelo Estado. Declarou, *inter alia*, sobre “[as] análises periciais realizadas em torno às investigações das mortes de Claudia Ivette González, Laura Berenice Ramos Monárrez e Esmeralda Herrera Monreal”; e os “[alegados a]vanços e resultados em matéria de genética forense no

Estado de Chihuahua, em especial em Ciudad Juárez, derivados da implementação do novo sistema de justiça penal e das reformas em matéria forense".

u) *Luisa Fernanda Camberos Revilla*. Testemunha proposta pelo Estado. Declarou, *inter alia*, sobre "[a] política integral do governo do Estado de Chihuahua implementada para prevenir, investigar, punir e eliminar a violência contra a mulher; [os] resultados dos programas para prevenir, investigar, punir e eliminar a violência contra a mulher implementados pelo governo do Estado de Chihuahua, e [os] [alegados] apoios materiais e não materiais concedidos pelo Instituto [Chihuahuense da Mulher] aos familiares de mulheres vítimas de crimes, em especial aqueles concedidos aos familiares de Claudia Ivette González, Laura Berenice Ramos Monárrez e Esmeralda Herrera Monreal".

v) *María Sofía Castro Romero*. Testemunha proposta pelo Estado. Declarou, *inter alia*, sobre "[a] criação e funcionamento da Comissão para Prevenir e Erradicar a Violência contra as Mulheres em Ciudad Juárez [,e] os resultados da intervenção da Comissão para Prevenir e Erradicar a Violência contra as Mulheres em Ciudad Juárez nos programas de prevenção e atenção à violência contra as mulheres em Chihuahua, em especial em Ciudad Juárez".

84. Em relação à prova apresentada em audiência pública, a Corte recebeu as declarações das seguintes pessoas:

a) *Josefina González Rodríguez*. Mãe de Claudia Ivette González e suposta vítima. Testemunha proposta pela Comissão. Declarou, *inter alia*, sobre "as diversas gestões realizadas pela família de [Claudia Ivette] no período imediatamente posterior a seu [alegado] desaparecimento; a resposta e atitude das autoridades frente a tais gestões; a condução das investigações no âmbito interno depois da descoberta dos restos de sua filha; os [supostos] obstáculos enfrentados pela família de [Claudia Ivette] na busca de justiça para o caso; [e] as [alegadas] consequências das [supostas] violações aos direitos humanos sofridas por sua filha em sua vida pessoal e para a família".

b) *Irma Monreal Jaime*. Mãe de Esmeralda Herrera Monreal e suposta vítima. Testemunha proposta pela Comissão. Declarou, *inter alia*, sobre "sua [suposta] história de vitimização à raiz do [alegado] desaparecimento de sua filha, as ações realizadas, as [supostas] violações de que foi objeto por parte das autoridades mexicanas, sua resposta, atitude e os [alegados] danos ocasionados; o [suposto] tortuoso e confuso processo de identificação de [sua filha Esmeralda]; a condução das investigações; os [alegados] obstáculos e a denegação de justiça; a condução do fundo criado pela Procuradoria Estadual e pela [Procuradoria Geral da República]; as repercussões em sua vida e na de sua família com motivo do [suposto] processo de vitimização; a gestão dos outros apoios dados pelo governo; a [alegada] falta de acesso à informação; a [suposta] ausência de assessoria e apoio jurídico para impulsionar as investigações; a [alegada] negligência das autoridades; o processo que teve que viver para ter acesso ao Sistema Interamericano; [e] a [suposta] pressão das autoridades".

c) *Benita Monárrez Salgado*. Mãe de Laura Berenice Ramos Monárrez e suposta vítima. Testemunha proposta pela Comissão. Declarou, *inter alia*, sobre “sua [suposta] história de vitimização à raiz do [alegado] desaparecimento de sua filha, as ações realizadas, as [supostas] violações de que foi objeto por parte das autoridades mexicanas, sua resposta, atitude e os danos ocasionados; o [suposto] tortuoso e confuso processo de identificação de [sua filha Laura]; a condução das investigações; os [alegados] obstáculos e a denegação de justiça; a condução do fundo criado pela Procuradoria Estadual e pela [Procuradoria Geral da República]; as [supostas] repercussões em sua vida e na de sua família com motivo do [suposto] processo de vitimização; a gestão dos outros apoios dados pelo governo; a [alegada] falta de acesso à informação; a [suposta] ausência de assessoria e apoio jurídico para impulsionar as investigações; a [alegada] negligência das autoridades; o processo que teve que viver para ter acesso ao Sistema Interamericano; [e] a [suposta] pressão das autoridades”.

d) *Rhonda Copelon*, Professora de Direito, especialista, *inter alia*, em Direitos Humanos, Direito Penal Internacional, gênero e violência contra as mulheres. Perita proposta pela Comissão. Declarou, *inter alia*, sobre “o problema da violência contra as mulheres em geral; sua relação com a discriminação historicamente sofrida; a necessidade de fortalecimento institucional e adoção de estratégias integrais para preveni-la, sancioná-la e erradicá-la; e o acesso à justiça por parte das vítimas de violência de gênero”. Após sua declaração oral, a perita enviou ao Tribunal uma versão por escrito de sua peritagem.

e) *Rodrigo Caballero Rodríguez*. Testemunha proposta pelo Estado. Declarou, *inter alia*, sobre “[as] diligências realizadas na investigação ministerial pela morte de Claudia Ivette González, Laura Berenice Ramos Monárrez e Esmeralda Herrera Monreal, durante a segunda etapa das investigações; [os] resultados obtidos nesta[s] indagações; e [as] diligências em processo e pendentes de resolver”.

f) *Silvia Sepúlveda Ramírez*. Testemunha proposta pelo Estado. Declarou, *inter alia*, sobre “[as] análises periciais realizadas em torno às investigações das mortes de Claudia Ivette González, Laura Berenice Ramos Monárrez e Esmeralda Herrera Monreal; e [os] avanços e resultados em matéria de genética forense no Estado de Chihuahua, em especial em Ciudad Juárez, derivados da implementação do novo sistema de justiça penal e das reformas em matéria forense”.

g) *Rosa Isela Jurado Contreras*. “Magistrada da Sexta Sala Penal do Superior Tribunal de Justiça de Chihuahua”. Perita proposta pelo Estado. Declarou, *inter alia*, sobre “[as] reformas legislativas e o funcionamento do novo sistema de justiça penal no Estado de Chihuahua, bem como seus resultados e projeções”.

## 2. Apreciação da prova

85. Neste caso, como em outros,<sup>48</sup> o Tribunal admite o valor probatório dos documentos apresentados oportunamente pelas partes que não foram controvertidos nem objetados, nem cuja autenticidade foi colocada em dúvida, bem como os documentos solicitados como prova para melhor resolver e aqueles que se referem a fatos supervenientes.

86. Em relação aos testemunhos e perícias, a Corte os considera pertinentes na medida em que se ajustem ao objeto definido pela Presidência na Resolução que ordenou recebê-los (par. 10 *supra*), os quais serão apreciados no capítulo que corresponda. Em relação às declarações das vítimas, por terem um interesse no presente caso suas declarações não serão apreciadas isoladamente, mas dentro do conjunto das provas do processo.<sup>49</sup>

87. O Estado questionou as declarações periciais dos senhores Castresana e Snow, bem como as declarações testemunhais dos senhores Bosio e Hinojos e da senhora Delgadillo Pérez, afirmando que as mesmas se referiram a pessoas alheias a esta *litis*. A esse respeito, o Tribunal reitera que, em conformidade com a Resolução de 19 de janeiro de 2009 (par. 9 *supra*), a situação de pessoas alheias a este caso poderá ser utilizada:

[c]omo prova relevante no momento de avaliar o alegado contexto de violência contra a mulher, as supostas falências nas investigações realizadas no foro interno e outros aspectos denunciados em detrimento das três supostas vítimas identificadas na demanda.<sup>50</sup>

88. O Estado impugnou a declaração do perito Castresana Fernández, alegando que o perito não participou nas ações do Estado realizadas desde 2003. A esse respeito, o Tribunal apreciará no mérito do assunto se o afirmado pelo perito encontra sustento probatório.

89. O Estado questionou o perito Pineda Jaimes por parcialidade e falta de conhecimento na área de sua perícia. Também afirmou que não proporcionou informação metodologicamente organizada que apresente elementos especializados e imparciais e que as conclusões referentes às medidas e parâmetros de reparação do dano e os direitos dos defensores de direitos humanos se encontram fora do objeto de sua perícia. A esse respeito, o Tribunal considera que o Estado não apresentou fundamentos da alegada parcialidade que indiquem que se apresenta uma das

<sup>48</sup> Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Exceções Preliminares*, par. 140, nota 29 *supra*; *Caso Ríos e outros Vs. Venezuela*, par. 81, nota 44 *supra*, e *Caso Perozo e outros Vs. Venezuela*, par. 94, nota 22 *supra*.

<sup>49</sup> Cf. *Caso Loayza Tamaio Vs. Peru. Mérito*. Sentença de 17 de setembro de 1997. Série C N° 33, par. 43; *Caso Valle Jaramillo e outros. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 27 de novembro de 2008. Série C N° 192, par. 54, e *Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela*, par. 45, nota 47 *supra*.

<sup>50</sup> Cf. *González e outras ("Campo Algodoeiro") Vs. México*, considerando quadragésimo sexto, nota 4 *supra*.

causas de impedimento previstas no artigo 19 do Estatuto. Em relação às conclusões do perito que estariam fora do objeto de sua declaração, a Corte as considera úteis para o presente caso, de modo que as admite, em conformidade com o artigo 45.1 do Regulamento.

90. O Estado afirmou que o senhor Snow estabeleceu observações genéricas em sua perícia que não devem ser levadas em consideração. A esse respeito, a Corte analisará as supostas observações genéricas do perito no mérito do assunto e verificará se as mesmas encontram respaldo no restante do acervo probatório.

91. Sobre a perita Copelon, o Estado afirmou que o escrito apresentado por esta (par. 84.d) excede o permitido expressamente pela Presidenta na audiência pública, e que a especialista faz alusão a situações supostamente ocorridas em Ciudad Juárez “sem contar com a autoridade pericial para fazê-lo”, de modo que solicitou que fossem rejeitadas certas seções da perícia. A esse respeito, o Tribunal não terá em consideração as afirmações da perita que excedam o objeto definido pela Presidenta na audiência pública. Em relação à “autoridade pericial”, o Tribunal apreciará no mérito do assunto se o asseverado pela especialista tem relação com o restante do acervo probatório.

92. O Estado questionou a perícia da senhora Lira Kornfeld por falta de metodologia, parcialidade e desconhecimento do caso. Fundamentou o anterior no fato de que a perita baseou suas afirmações em relatórios psicológicos realizados por outras pessoas e em testemunhos apresentados em nove casos análogos, bem como pelo fato de que a perita fez certas acusações contra o Estado em matéria de administração de justiça. O Tribunal não considera que referir-se a testemunhos de outras vítimas ou relatórios de outros profissionais implique uma falta de metodologia da especialista, sobretudo se estas declarações e relatórios têm a ver com a problemática tratada no presente caso. Por outro lado, o Tribunal recorda que, à diferença das testemunhas, os peritos podem proporcionar opiniões técnicas ou pessoais que se relacionem com seu especial saber ou experiência. Além disso, os peritos podem se referir tanto a pontos específicos da *litis* como a qualquer outro ponto relevante do litígio, desde que se circunscrevam ao objeto para o qual foram convocados.<sup>51</sup>

93. Em relação à declaração pericial do senhor De La Peña Martínez, o Estado argumentou que, “embora as observações do perito poderiam ser valiosas, estas não podem ser levadas em consideração pelo Tribunal, já que em conformidade com a metodologia utilizada pelo declarante, observa-se que este nunca teve contato direto com as vítimas nem avaliou as ações do Estado em matéria de reparação do dano psicológico, fato que claramente denota a subjetividade de suas manifestações”. A Corte coincide com o Estado em que a entrevista direta com as supostas vítimas haveria podido proporcionar mais dados ao especialista para a realização de sua perícia. Entretanto, a falta de entrevista direta não é motivo suficiente para rejeitar a peritagem, mas é uma questão que incide no peso probatório da mesma. Por conseguinte, o Tribunal a admite e a apreciará juntamente com o restante da prova operante nos autos.

<sup>51</sup> Cf. *González e outras (“Campo Algodoeiro”) Vs. México*, considerando septuagésimo quinto, nota 6 *supra*.



94. Sobre a declaração do senhor Coronado Franco, o Estado criticou o fato de que a perícia se baseasse na demanda da Comissão, no escrito dos representantes e nos processos penais nº 426/01, 48/01 e 74/04, sem levar em consideração a informação proporcionada pelo Estado nem explicar a relação desses processos penais com o caso. A Corte considera que o fato de que o perito tenha se absterido de levar em consideração a informação proporcionada pelo Estado não é motivo para rejeitar a perícia. O que corresponde nesta situação é que o Tribunal leve em consideração o exposto pelo perito, verifique-o com as alegações e a prova apresentada pelo Estado e obtenha as conclusões que se derivem da lógica e da crítica sã, o que será feito no mérito do assunto.

95. Em relação à declaração da senhora Azaola Garrido, o Estado afirmou que do currículo da perita "se observa seu desconhecimento e inexperiência em relação à disciplina da psicanálise, à síndrome de estresse pós-traumático e à avaliação de danos à saúde física e mental das pessoas". O Estado não solicitou que se descarte esta perícia, de modo que a Corte a apreciará juntamente com o restante das provas nos autos, levando em consideração as observações estatais e o currículo da especialista.

96. Sobre a peritagem da senhora Huaita Alegre, o Estado manifestou que "não se baseia nos conhecimentos especializados [...], mas em determinações da C[omissão]"; não demonstra a suposta conduta discriminatória das autoridades na administração de justiça com posterioridade ao ano de 2003, e que a perita solicita à Corte que "declare a responsabilidade do Estado por não haver atuado com a devida diligência, sendo que não está dentro do objeto de sua perícia julgar as atuações do Estado". O Tribunal, se necessário, apreciará no mérito do assunto as fontes nas quais a perita baseia suas conclusões e o período temporal ao qual sua perícia se refere.

97. No que se refere à senhora Lagarde y de los Ríos, o Estado expôs uma série de questionamentos aos dados proporcionados pela perita, e solicitou que sejam considerados na hora de fixar o peso probatório da peritagem. O Tribunal, no mérito do assunto, analisará a perícia juntamente com as demais provas dos autos e levando em consideração as observações do Estado.

98. Sobre a perícia da senhora Jusidman Rapoport, o Estado indicou que contém dados desatualizados, de modo que solicitou que seja descartada. A Corte considera que mesmo quando a perícia contiver dados desatualizados, isso não é motivo suficiente para descartá-la, mas para apreciá-la no âmbito temporal ao que se refere e levando em consideração a prova atualizada que as partes tenham apresentado. Por outro lado, a Corte observa que a perita ampliou *motu proprio* o objeto de sua peritagem, o que não foi objetado pelas partes. Levando em consideração o anterior e considerando que a ampliação é útil para o presente caso, o Tribunal a aceita, em conformidade com o artigo 45.1 do Regulamento.

99. Em relação à especialista Monárrez Fragoso, o Estado objetou que a perícia se baseasse em uma investigação realizada com um fim distinto à perícia, que a perita se refere a casos fora da *litis*, que os dados estatísticos apresentados pela perita não estão atualizados, e que certa terminologia utilizada pela perita, segundo o Estado,

não existe na legislação nacional. O Tribunal considera que o fim inicial da investigação realizada pela perita não incide no valor probatório de sua perícia; que os casos a que se refere a perita são relevantes para apreciar o contexto no que se enquadra o presente caso; que a peritagem será levada em consideração no período temporal a que se refira, e que as questões terminológicas e de peso probatório serão analisadas no mérito do assunto.

100. Sobre o testemunho da senhora Castro Romero, os representantes contradisseram várias de suas afirmações, o que, caso seja pertinente, será apreciado pela Corte no mérito do assunto.

101. No tocante ao testemunho do senhor Bosio, o Estado manifestou que a testemunha realizou uma análise de algumas das perícias médico-forenses dos corpos encontrados em Campo Algodoeiro em 2001 e que “a realização destas perícias são fatos que não constam diretamente à testemunha, já que sua intervenção no caso foi a partir de 2005”; que a Comissão deveria ter proposto sua declaração na qualidade de perícia e não de testemunho; e que a testemunha realizou conclusões que “não lhe constam nem lhe são próprias”. A esse respeito, o Tribunal reitera que uma testemunha pode se referir aos fatos e circunstâncias que lhe constem em relação ao objeto de sua declaração e deve evitar dar opiniões pessoais,<sup>52</sup> em virtude de que qualquer opinião da testemunha Bosio não será levada em consideração pela Corte.

102. Sobre o testemunho da senhora Doretti, o Estado o objetou porque “apresenta informação confidencial que poderia afetar a investigação dos homicídios” das supostas vítimas. A esse respeito, o Tribunal confirma o exposto na Resolução da Presidenta de 18 de março de 2009 (par. 10 *supra*), no sentido de que:

[a] efeitos do procedimento internacional perante este Tribunal, o conflito de direitos entre o dever de confidencialidade e o interesse público internacional em esclarecer os fatos relacionados com os alcances da atribuição de responsabilidade ao Estado, resolve-se oferecer a maior proteção possível para as testemunhas que comparecem perante a Corte, a fim de que suas declarações possam ser realizadas com a maior liberdade. Nesse sentido, a defesa do Estado não pode descansar em objetar totalmente uma declaração que, em alguns de seus componentes, dificilmente possa ser substituída com outros meios probatórios.<sup>53</sup>

103. Sobre o testemunho do senhor Maynez Grijalva, o Estado questionou sua veracidade e afirmou que em vários parágrafos a testemunha ofereceu opiniões pessoais sem sustentação probatória. A Corte não levará em consideração as meras

<sup>52</sup> Cf. *González e outras (“Campo Algodoeiro”) Vs. México*, considerando quadragésimo sétimo, nota 6 *supra*.

<sup>53</sup> Cf. *González e outras (“Campo Algodoeiro”) Vs. México*, considerando trigésimo sexto, nota 6 *supra*.

opiniões da testemunha e verificará com o resto do acervo probatório cada uma de suas afirmações que sejam relevantes para o presente caso.

104. O Estado solicitou que seja rejeitado o testemunho da senhora Delgadillo Pérez, em virtude de que a declarante excedeu o objeto do testemunho e expôs opiniões pessoais. O Tribunal manifesta que as meras opiniões da testemunha não serão levadas em consideração. Em relação às afirmações da testemunha que saem fora do objeto de sua declaração, a Corte as apreciará se forem úteis para a resolução do presente caso.

105. Sobre o testemunho do senhor Hinojos, o Estado expôs que este é "o representante legal de Edgar Álvarez Cruz, que foi condenado por sua responsabilidade no homicídio de uma mulher em Ciudad Juárez [e s]eu testemunho carece de valor, visto que poderia estar tentando favorecer seu representado". A esse respeito, o Tribunal reitera que para as testemunhas rege o dever consagrado no artigo 48.1 do Regulamento de dizer "a verdade, toda a verdade e nada mais que a verdade" em relação aos fatos e circunstâncias que lhe constem. Para verificar se o senhor Hinojos se ateve à verdade, a Corte apreciará sua declaração, no mérito do assunto, juntamente com o restante do acervo probatório.

106. Em relação à declaração da senhora Pérez Torres, o Estado solicitou que seja rejeitada, *inter alia*, porque não foi prestada perante agente dotado de fé pública como requereu a Presidenta. A Corte confirma que não consta nos autos que os representantes tenham enviado a declaração da mencionada testemunha perante agente dotado de fé pública, de modo que decide desconsiderá-la por não se ajustar ao ordenado pela Presidenta (par. 10 *supra*).

107. Sobre as declarações das testemunhas Murguía González, Castañón Torres, Galindo López e Camberos Revilla, os representantes questionaram a informação por eles apresentada e objetaram sua credibilidade, o que será verificado pelo Tribunal no mérito do assunto, em conformidade com a crítica sã e levando em consideração o restante do acervo probatório.

108. O Tribunal observa que vários documentos citados pelas partes em seus respectivos escritos não foram apresentados à Corte, entre estes se encontram alguns correspondentes a instituições públicas do Estado, que puderam ser localizados através da Internet. Do mesmo modo, as partes incluíram links diretos a páginas da Internet. No presente caso, a Corte observa que os documentos apresentados desta maneira são pertinentes e as partes tiveram a possibilidade de controvertê-los, mas não o fizeram. Por isso, estes documentos são aceitos e incorporados aos autos, já que não foi afetada a segurança jurídica nem o equilíbrio processual das partes.

## VII

### **SOBRE A VIOLÊNCIA E A DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER NESTE CASO ARTIGOS 4 (DIREITO À VIDA),<sup>54</sup> 5 (DIREITO À INTEGRIDADE PESSOAL),<sup>55</sup> 7 (DIREITO À LIBERDADE PESSOAL),<sup>56</sup> 8 (GARANTIAS JUDICIAIS)<sup>57</sup> 19 (DIREITOS DA CRIANÇA)<sup>58</sup> E 25 (PROTEÇÃO JUDICIAL),<sup>59</sup> EM RELAÇÃO AOS ARTIGOS 1.1 (OBRIGAÇÃO DE RESPEITAR OS DIREITOS)<sup>60</sup> E 2 (DEVER DE ADOTAR DISPOSIÇÕES DE DIREITO INTERNO)<sup>61</sup> DA CONVENÇÃO AMERICANA E AO ARTIGO 7 DA CONVENÇÃO DE BELÉM DO PARÁ<sup>62</sup>**

<sup>54</sup> O artigo 4.1 da Convenção estipula:

Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

<sup>55</sup> O artigo 5 da Convenção estabelece:

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

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

<sup>56</sup> O artigo 7 da Convenção dispõe:

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 em conformidade com elas promulgadas.

3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.

[...]

<sup>57</sup> O artigo 8.1 da Convenção estabelece 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. [...]

<sup>58</sup> O artigo 19 da Convenção estabelece:

Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado.

<sup>59</sup> O artigo 25.1 da Convenção afirma 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.

<sup>60</sup> O artigo 1.1 da Convenção estabelece:

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.

<sup>61</sup> O artigo 2 da Convenção dispõe:

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

<sup>62</sup> O artigo 7 da Convenção de Belém do Pará estipula:

Os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e a empenhar-se em:

[...]

b. agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher;

c. incorporar na sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis;

[...]

109. A Comissão solicitou à Corte que declare que o Estado descumpriu sua obrigação de garantir o direito à vida das vítimas "através da adoção de medidas para prevenir seus assassinatos[,] incorrendo deste modo em uma violação do artigo 4 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 do mesmo tratado". Além disso, solicitou que "declare que o Estado falhou em seu dever de atuar com a devida diligência para prevenir, investigar e punir os atos de violência sofridos [pelas vítimas] em contravenção do artigo 7 da Convenção de Belém do Pará". Finalmente, argumentou que o Estado descumpriu sua obrigação de investigar efetiva e corretamente os desaparecimentos e posterior morte das jovens González, Herrera e Ramos, em violação dos artigos 8, 25 e 1.1 da Convenção Americana. Segundo a Comissão, "[apesar] do transcurso de seis anos, o Estado não avançou no esclarecimento dos acontecimentos ou da correspondente responsabilidade".

110. Os representantes coincidiram com a Comissão e, ademais, alegaram que "a omissão do [E]stado em preservar os direitos humanos das vítimas se aplica em relação ao direito à vida, mas também ao direito à integridade pessoal e à liberdade pessoal, em relação direta com o direito ao devido processo". Afirmaram que "a omissão de ação e reação das autoridades perante as denúncias de desaparecimento não somente permitiu que fossem mortas, mas também que fossem mantidas privadas de liberdade e torturadas; o anterior apesar da conhecida situação de risco na qual se encontravam as mulheres".

111. O Estado, ainda que tenha reconhecido "a gravidade destes homicídios", negou "qualquer violação" de sua parte aos direitos à vida, à integridade e à liberdade pessoais. Segundo o Estado, nem a Comissão nem os representantes "provaram responsabilidade de agentes do Estado nos homicídios". Ademais, alegou que na segunda etapa das investigações destes três casos, a partir do ano de 2004, "foram corrigidas plenamente as irregularidades, reintegrados os autos e reiniciadas as investigações com uma sustentação científica, inclusive com componentes de apoio internacional". Segundo o Estado, "não existe impunidade. As investigações dos casos continuam abertas e continuam sendo realizadas diligências para lidar com os responsáveis".

112. A controvérsia apresentada exige que a Corte analise o contexto dos fatos do caso e as condições nas quais estes fatos podem ser atribuídos ao Estado e comprometer, em consequência, sua responsabilidade internacional derivada da suposta violação dos artigos 4, 5 e 7 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 da mesma e ao artigo 7 da Convenção de Belém do Pará. Além disso, apesar do reconhecimento efetuado pelo Estado, subsiste a necessidade de precisar a natureza e a gravidade das violações ocorridas em relação aos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção, em conexão com os artigos 1.1 e 2 deste tratado e ao artigo 7 da Convenção de Belém do Pará. Para isso, o Tribunal passará a realizar as considerações de fato e de direito pertinentes, analisando as obrigações de respeito, de garantia e de não discriminação do Estado.

## 1. Antecedentes contextuais

### 1.1. Ciudad Juárez

113. Ciudad Juárez está localizada no norte do Estado de Chihuahua, exatamente na fronteira com El Paso, Texas. Sua população é de mais de 1.200.000 habitantes.<sup>63</sup> Caracteriza-se por ser uma cidade industrial onde se desenvolveu de maneira particular a indústria maquiladora e o trânsito de migrantes, mexicanos e estrangeiros.<sup>64</sup> O Estado, bem como diversos relatórios nacionais e internacionais, fazem menção a uma série de fatores que convergem em Ciudad Juárez, como as desigualdades sociais<sup>65</sup> e a proximidade da fronteira internacional,<sup>66</sup> que contribuíram ao desenvolvimento de diversas formas de crime organizado, como o narcotráfico,<sup>67</sup> o tráfico de pessoas,<sup>68</sup> o tráfico de armas<sup>69</sup> e a lavagem de dinheiro,<sup>70</sup> incrementando assim os níveis de insegurança e violência.<sup>71</sup>

<sup>63</sup> Cf. Radiografia Socioeconômica do Município de Juárez realizada pelo Instituto Municipal de Investigação e Planejamento, 2002 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXV, anexo 2, folhas 8488 a 8490, 8493, 8495 e 8510)

<sup>64</sup> Cf. Radiografia Socioeconômica do Município de Juárez 2002, folha 8492, nota 63 *supra*; CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez, México: O Direito a Não Ser Objeto de Violência e Discriminação*, OEA/Ser.L/V/II.117, Doc. 44, 7 de março de 2003 (expediente de anexos à demanda, tomo VII, anexo 1, folha 1742); Nações Unidas, Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW de acordo com o Artigo 8 do Protocolo Facultativo da Convenção e resposta do Governo do México, CEDAW/C/2005/OP.8/MEXICO, 27 de janeiro de 2005 (expediente de anexos à demanda, tomo VII, anexo 3b, folha 1921); Nações Unidas, Relatório da Relatora Especial sobre a violência contra a mulher, suas causas e consequências, Yakin Ertürk, *Integração dos Direitos Humanos da Mulher e a Perspectiva de Gênero: A Violência contra a Mulher*, Missão ao México, E/CN.4/2006/61/Add.4, 13 de janeiro de 2006 (expediente de anexos à demanda, tomo VII, anexo 3c, folha 2011), e Anistia Internacional, México: *Mortes Intoleráveis, dez anos de desaparecimentos e assassinatos de mulheres em Ciudad Juárez e Chihuahua*, AMR 41/027/2003 (expediente de anexos à demanda, tomo VII, anexo 6, folha 2267).

<sup>65</sup> Cf. Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1921, nota 64 *supra*; Relatório da Relatora Especial sobre a violência contra a mulher, folha 2011, nota 64 *supra*; Anistia Internacional, *Mortes Intoleráveis*, folha 2268, nota 64 *supra*, e Comissão Mexicana de Defesa e Promoção dos Direitos Humanos A.C., *Compêndio de recomendações sobre o feminicídio em Ciudad Juárez, Chihuahua, 2007* (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo XX, anexo 11.1, folha 6564).

<sup>66</sup> Cf. CNDH, Relatório Especial sobre os Casos de Homicídios e Desaparecimentos de Mulheres no Município de Juárez, Chihuahua, 2003 (expediente de anexos à demanda, tomo VII, anexo 5, folha 2168); Relatório da Relatora Especial sobre a violência contra a mulher, folha 2011, nota 64 *supra*, e Anistia Internacional, *Mortes Intoleráveis*, folha 2267, nota 64 *supra*.

<sup>67</sup> Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folha 1742, nota 64 *supra*; Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folhas 1921 e 1922, nota 64 *supra*; CNDH, Relatório Especial, folha 2168, nota 66 *supra*, e Comissão para Prevenir e Erradicar a Violência contra as Mulheres em Ciudad Juárez, Primeiro Relatório de Gestão, novembro de 2003 – abril de 2004 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXV, anexo 7, folha 8666).

<sup>68</sup> Cf. Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1922, nota 64 *supra*, e Relatório da Relatora Especial sobre a violência contra a mulher, folha 2011, nota 64 *supra*.

<sup>69</sup> Cf. Comissão para Prevenir e Erradicar a Violência contra as Mulheres em Ciudad Juárez, Primeiro Relatório de Gestão, folha 8666, nota 67 *supra*, e Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 195, nota 64 *supra*.

<sup>70</sup> Cf. Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1922, nota 64 *supra*, e Relatório da Relatora Especial sobre a violência contra a mulher, folha 2011, nota 64 *supra*.

<sup>71</sup> Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folha 1742, nota 64 *supra*; Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folhas 1921 a 1922, nota 64 *supra*; CNDH, Relatório Especial, folha 2168, nota 66 *supra*, e Comissão Mexicana de Defesa e Promoção dos Direitos Humanos A.C., *Compêndio de recomendações*, folha 6564, nota 65 *supra*.

## 1.2. Fenômeno de homicídios de mulheres e cifras

114. A Comissão e os representantes alegaram que desde o ano de 1993 existe um aumento significativo no número de desaparecimentos e homicídios de mulheres e meninas em Ciudad Juárez. Segundo a Comissão, "Ciudad Juárez se converteu no foco de atenção da comunidade nacional e internacional em razão da situação particularmente crítica da violência contra as mulheres que impera desde 1993 e à deficiente resposta do Estado diante destes crimes".

115. O Estado reconheceu "a problemática que enfrenta pela situação de violência contra as mulheres em Ciudad Juárez[,] particularmente, os homicídios que têm sido registrados desde princípios dos anos noventa do século passado".

116. Diversos mecanismos nacionais e internacionais de vigilância dos direitos humanos têm acompanhado a situação em Ciudad Juárez e têm chamado a atenção da comunidade internacional. Em 1998, a Comissão Nacional de Direitos Humanos do México (doravante denominada a "CNDH") examinou 24 casos de homicídios de mulheres e concluiu que durante as investigações foram violados os direitos humanos das vítimas e seus familiares.<sup>72</sup> A partir dessa data, pronunciaram-se a esse respeito, *inter alia*, a Relatora Especial sobre execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrarias das Nações Unidas (doravante denominada a "Relatora sobre execuções extrajudiciais da ONU") em 1999,<sup>73</sup> o Relator Especial das Nações Unidas para a independência de juízes e advogados (doravante denominado o "Relator para a independência judicial da ONU") em 2002,<sup>74</sup> a Comissão Interamericana e sua Relatora Especial para os Direitos da Mulher (doravante denominada a "Relatora da CIDH") em 2003,<sup>75</sup> a Comissão de Especialistas Internacionais do Escritório das Nações Unidas contra a Droga e o Crime em 2003,<sup>76</sup> o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher das Nações Unidas (doravante denominado "o CEDAW") em 2005<sup>77</sup> e a Relatora Especial das Nações Unidas sobre a Violência contra a Mulher (doravante denominada a "Relatora da ONU sobre a violência contra a mulher") em 2005.<sup>78</sup> Cabe notar que o Parlamento Europeu proferiu uma Resolução a esse respeito em 2007.<sup>79</sup> Além disso,

<sup>72</sup> Cf. CNDH, Recomendação 44/1998 emitida em 15 de maio de 1998 (expediente de anexos à demanda, tomo VII, anexo 4, folhas 2113 a 2164).

<sup>73</sup> Cf. Nações Unidas, Relatório da Missão da Relatora Especial sobre execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrarias, E/CN.4/2000/3, Add.3, 25 de novembro de 1999 (expediente de anexos à demanda, tomo VII, anexo 3d, folhas 2025 a 2058).

<sup>74</sup> Cf. Nações Unidas, Relatório da Missão do Relator Especial para a Independência de Juízes e Advogados, E/CN.4/2002/72/Add.1, 24 de janeiro de 2002 (expediente de anexos à demanda, tomo VII, anexo 3e, folhas 2060 a 2111).

<sup>75</sup> Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folhas 1732 a 1779, nota 64 *supra*.

<sup>76</sup> Cf. Nações Unidas, Relatório da Comissão de Especialistas Internacionais da Organização das Nações Unidas, Escritório das Nações Unidas contra a Droga e o Crime, sobre a Missão em Ciudad Juárez, Chihuahua, México, novembro de 2003 (expediente de anexos à demanda, tomo VII, anexo 3º, folhas 1861 a 1913).

<sup>77</sup> Cf. Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1921, nota 64 *supra*.

<sup>78</sup> Cf. Relatório da Relatora Especial sobre a violência contra a mulher, folhas 2011 a 2021, nota 64 *supra*.

<sup>79</sup> Cf. Parlamento Europeu, Resolução sobre os assassinatos de mulheres (feminicídios) no México e na América Central e o papel da União Europeia na luta contra este fenômeno, emitida em 11 de outubro de 2007, 2007/2025/(INI) (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo XIII, anexo 3.1, folhas 4718 a 4727).

conta-se com relatórios realizados por organizações não governamentais de direitos humanos internacionais e nacionais como Anistia Internacional,<sup>80</sup> o Observatório Cidadão para Monitorar a Aplicação da Justiça nos casos de Femicídio em Ciudad Juárez e Chihuahua<sup>81</sup> (doravante denominado o “Observatório Cidadão”) e a Comissão Mexicana de Defesa e Promoção dos Direitos Humanos A.C.<sup>82</sup>

117. O Relatório da Relatora da CIDH ressalta que, ainda que Ciudad Juárez tenha se caracterizado por um pronunciado aumento dos crimes contra mulheres e homens,<sup>83</sup> (par. 108 *supra*) o aumento em relação às mulheres “é anômalo em vários aspectos”, já que: i) em 1993 se incrementaram notavelmente os assassinatos de mulheres,<sup>84</sup> ii) os coeficientes de homicídios de mulheres foram duplicados em relação aos dos homens,<sup>85</sup> e iii) o índice de homicídios correspondente a mulheres em Ciudad Juárez é desproporcionalmente maior que o de cidades fronteiriças em circunstâncias análogas.<sup>86</sup> Por sua vez, o Estado proporcionou prova referente a que Ciudad Juárez ocupava em 2006 o quarto lugar em homicídios de mulheres entre as cidades mexicanas.<sup>87</sup>

<sup>80</sup> Cf. Anistia Internacional, *Mortes Intoleráveis*, folhas 2256 a 2305, nota 64 *supra*.

<sup>81</sup> Cf. Observatório Cidadão para Monitorar a Aplicação da Justiça nos casos de Femicídio em Ciudad Juárez e Chihuahua, *Relatório Final. Avaliação e Monitoramento sobre o trabalho da Promotoria Especial para a Atenção de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres no Município de Juárez, Chihuahua da Procuradoria Geral da República*, novembro de 2006 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo XX, anexo 11.2, folhas 6629 a 6759).

<sup>82</sup> Cf. Comissão Mexicana de Defesa e Promoção dos Direitos Humanos A.C., *Compêndio de recomendações*, folhas 6561 a 6626, nota 65 *supra*, e Comissão Mexicana de Defesa e Promoção dos Direitos Humanos, *Femicídio em Chihuahua. Assinaturas Pendentes*, 2007 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo XX, anexo 11.3, folhas 6761 a 6864).

<sup>83</sup> Segundo a Comissão Mexicana de Defesa e Promoção dos Direitos Humanos, mesmo que o fenômeno de violência em Ciudad Juárez afete tanto homens como mulheres, “é importante mencionar que no caso dos homens se sabe que as causas dos assassinatos estão relacionadas com o narcotráfico, ajustes de contas, brigas de rua, entre outras” e “[no] caso dos assassinatos de mulheres [...] não existem causas aparentes” (Comissão Mexicana de Defesa e Promoção dos Direitos Humanos, *Compêndio de recomendações*, folha 6565, nota 65 *supra*). Em sentido similar, a Comissão para Ciudad Juárez afirmou que mesmo que o quadro de violência em Ciudad Juárez afete homens, mulheres e meninas, “subjaz um padrão de violência de gênero que se faz notar apesar da necessidade de contar com mais estudos e estatísticas locais sobre o tema” (Comissão para Prevenir e Erradicar a Violência contra as Mulheres em Ciudad Juárez, *Primeiro Relatório de Gestão*, folha 8668, nota 67 *supra*).

<sup>84</sup> Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folhas 1744 e 1761, nota 64 *supra*.

<sup>85</sup> O Relatório da Relatora da CIDH explica que segundo uma exposição realizada em 17 de março de 2000 por Cheryl Howard, Georgina Martínez e Zulma Y. Méndez intitulada “*Women, Violence and Politics*”, uma análise baseada nos atestados de óbitos e outros dados levaram à conclusão de que no período de 1990-1993 foram assassinados 249 homens, e entre 1994 e 1997 foram assassinados 942 homens, o que implica um incremento de 300%. Segundo o mesmo estudo, entre 1990 e 1993 foram assassinadas 20 mulheres e entre 1994 e 1997 foram assassinadas 143, o que implica um incremento de 600% (Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folha 1761, nota 64 *supra*).

<sup>86</sup> Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folhas 1743 e 1761, nota 64 *supra*; Relatório da Relatora Especial sobre a violência contra a mulher, folha 2007, nota 64 *supra*, e Comissão Especial para Conhecer e Dar Acompanhamento às Investigações Relacionadas com os Femicídios na República Mexicana e à Procuradoria de Justiça Vinculada, da Câmara de Deputados do Honorable Congresso da União, *Violência feminicida em 10 entidades da República Mexicana*, publicado em abril de 2006 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo XXI, anexo 11.4, folha 6930).

<sup>87</sup> Cf. Promotoria Especial para a Atenção de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres em Ciudad Juárez, Chihuahua, *Relatório Final*, emitido em janeiro de 2006 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XL, anexo 59, folha 14607). Cabe notar que as cifras referentes a homicídios com vítimas femininas por cada cem mil habitantes mencionadas pela Comissão e pela Promotoria Especial em seus



118. Da informação apresentada pelas partes, a Corte observa que não existem dados claros sobre a cifra exata de homicídios de mulheres em Ciudad Juárez a partir do ano de 1993.<sup>88</sup> Diversos relatórios indicam cifras que oscilam entre 260 e 370 mulheres entre 1993 e 2003.<sup>89</sup> Por sua vez, o Estado apresentou prova segundo a qual, até o ano de 2001 haviam sido registrados 264 homicídios de mulheres, e até o ano de 2003, 328.<sup>90</sup> Segundo a mesma prova, no ano de 2005, os homicídios de mulheres chegavam a 379.<sup>91</sup> A esse respeito, o Observatório Cidadão afirmou que "esta cifra dificilmente poderia ser considerada como confiável, em razão da já documentada inconsistência na formação de expedientes, investigações e processo de auditoria empreendido pela PGR [Procuradoria Geral da República], contrastado, ademais, com a informação que apresentou o Colégio da Fronteira Norte e a Comissária para Prevenir e Erradicar a Violência contra as Mulheres, da Secretaria de Governo, que falam de 442 mulheres assassinadas".<sup>92</sup>

119. Em relação aos desaparecimentos de mulheres, segundo relatórios de 2003 do Comitê CEDAW e da Anistia Internacional, as ONGs nacionais mencionam ao redor

---

respectivos relatórios diferem. A cifra proporcionada pela Comissão é de 7,9 (o relatório não indica que período foi utilizado para calculá-la) e pela Promotoria Especial de 2,4, para o período de 1991 a 2004 (Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folha 1761, nota 64 *supra*, e Promotoria Especial para a Atenção de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres em Ciudad Juárez, Relatório Final, folha 14607).<sup>88</sup> Relatórios apresentados como prova ao Tribunal, assim como a prova enviada por parte do Estado, demonstram que não existe consenso sobre as estatísticas dos homicídios de mulheres em Ciudad Juárez. A esse respeito, o CEDAW afirmou: "[n]ão existem registros claros, convincentes sobre a quantidade de mulheres assassinadas e desaparecidas. Não há coincidência nas cifras que apresentam as diferentes instâncias do Governo e as que citam as ONGs" (Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1934, nota 64 *supra*). Além disso, segundo a Comissão Nacional de Direitos Humanos, existe "disparidade e contradição de dados, números e informação proporcionados pelas autoridades federais e estaduais competentes a esta Comissão Nacional, assim como a diversos organismos internacionais e não governamentais defensores dos direitos humanos em relação às mulheres vítimas de homicídios ou desaparecimentos no município de Juárez, Chihuahua, o que por si mesmo denota uma negligência no desempenho da procuradoria de justiça" (CNDH, Relatório Especial, folha 2247, nota 66 *supra*). Por sua vez, a Promotoria Especial destacou que "[u]m dos aspectos mais difíceis de determinar e que maior polémica gerou em torno ao ocorrido no Município de Juárez [...], é o relativo ao número de casos de mortes e desaparecimentos aí ocorridas, com características ou padrões de condutas similares durante os últimos treze anos. A especulação a que se chegou neste tema tem sido enorme, maneando-se sem nenhum rigor cifras ou fatos que não correspondem com o sucedido na realidade". Segundo a Promotoria Especial, "com cifras e provas se demonstra que nos últimos anos foi gerada uma percepção diferente da realidade, criando-se um círculo vicioso, de fatos, impunidade e especulação que impactou principalmente à sociedade de Juárez" (Promotoria Especial para a Atenção de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres em Ciudad Juárez, Relatório Final, folhas 14540 e 14607, nota 87 *supra*). A Comissão para Ciudad Juárez afirmou que "[n]ão há certeza em relação ao número de homicídios e desaparecimentos em Ciudad Juárez; não há uma cifra que represente credibilidade para grupos familiares e instituições do governo" (Comissão para Prevenir e Erradicar a Violência contra as Mulheres em Ciudad Juárez, Primeiro Relatório de Gestão, folha 8677, nota 67 *supra*).

<sup>89</sup> Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folha 1743, nota 64 *supra*; Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1921, nota 64 *supra*; CNDH, Relatório Especial, folhas 2166 e 2167, nota 66 *supra*, e Anistia Internacional, *Mortes Intoleráveis*, folhas 2256 e 2262, nota 64 *supra*.

<sup>90</sup> Cf. Promotoria Especial para a Atenção de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres em Ciudad Juárez, Relatório Final, folha 14646, nota 87 *supra*.

<sup>91</sup> Cf. Promotoria Especial para a Atenção de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres em Ciudad Juárez, Relatório Final, folha 14691, nota 87 *supra*, e Comissão Mexicana de Defesa e Promoção dos Direitos Humanos, *Feminicídio em Chihuahua*, folhas 6761 a 6864, nota 82 *supra*.

<sup>92</sup> Relatório Final do Observatório Cidadão, folha 6647, nota 81 *supra*.

de 400,<sup>93</sup> entre os anos de 1993 e 2003, ao passo que segundo o Relatório da Relatora da CIDH, até o ano de 2002 não havia sido encontrado o paradeiro de 257 mulheres declaradas como desaparecidas entre 1993 e 2002.<sup>94</sup> Por outro lado, a Promotoria Especial para a Atenção de Crimes Relacionados com os Homicídios de Mulheres no Município de Juárez (doravante denominada a “Promotoria Especial”) estabeleceu que no período entre 1993 e 2005 houve 4.456 relatos de mulheres desaparecidas e em 31 de dezembro de 2005 havia 34 mulheres pendentes de localizar.<sup>95</sup>

120. O Observatório Cidadão questionou esta cifra e afirmou que há “firmes indícios de que [...] restos humanos correspondem a mais do que as 34 mulheres que supõe a [Promotoria Especial], em virtude de que o que se supunha eram esqueletos de uma só pessoa, resultaram ser de mais de 60”. Acrescentou que a informação que dá argumento à investigação da Promotoria Especial “é por completo inacessível à observação cidadã, de modo que é virtualmente impossível verificar as fontes e a consistência nos dados que a própria [Promotoria Especial] maneja”.<sup>96</sup> Em sentido similar se pronunciou a CNDH em 2003, ainda que não em relação às cifras proporcionadas pela Promotoria Especial, e afirmou que observou “a falta de diligência com que foram empreendidas as ações por parte da [Procuradoria Geral de Justiça do Estado], nos casos de mulheres mencionadas como desaparecidas” e que as autoridades proporcionaram à CNDH relatórios diferentes daqueles proporcionados a organismos internacionais. Por sua vez, a CNDH indicou que ao ser requerida oficialmente informação e o estado atual das investigações, “recebeu-se como resposta que não estavam em possibilidade de saber qual havia sido o destino de 2.415 casos, visto que ‘não tinham os autos fisicamente’”.<sup>97</sup>

121. A Corte toma nota de que não existem conclusões convincentes sobre as cifras em relação a homicídios e desaparecimentos de mulheres em Ciudad Juárez, mas observa que de qualquer forma são alarmantes. Além dos números, mesmo quando muito significativos, não são suficientes para entender a gravidade do problema de violência que vivem algumas mulheres em Ciudad Juárez, as alegações das partes, bem como a prova apresentada por estas, apontam a um fenômeno complexo, aceito pelo Estado (par. 115 *supra*), de violência contra as mulheres desde o ano de 1993, que se caracterizou por fatores particulares que esta Corte considera importante ressaltar.

<sup>93</sup> Cf. Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1928, nota 64 *supra*, e Anistia Internacional, *Mortes Intoleráveis*, folha 2253, nota 64 *supra*.

<sup>94</sup> Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folha 1746, nota 64 *supra*; Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1928, nota 64 *supra*, e Anistia Internacional, *Mortes Intoleráveis*, folha 2274, nota 64 *supra*.

<sup>95</sup> Cf. Promotoria Especial para a Atenção de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres em Ciudad Juárez, Relatório Final, folhas 14543, 14661, 14584 e 14587, nota 87 *supra*, e CNDH, Segundo Relatório de Avaliação Integral, folha 4667, nota 72 *supra*.

<sup>96</sup> Relatório Final do Observatório Cidadão, folhas 6650 e 6659, nota 81 *supra*.

<sup>97</sup> CNDH, Relatório Especial, folha 2238, nota 66 *supra*.

### 1.3. Vítimas

122. Em primeiro lugar, a Comissão e os representantes alegaram que as vítimas eram mulheres jovens, de 15 a 25 anos de idade, estudantes ou trabalhadoras de maquiladoras ou de lojas ou outras empresas locais, e que algumas viviam em Ciudad Juárez há relativamente pouco tempo. O Estado não se pronunciou a esse respeito.

123. As alegações dos demandantes encontraram argumento em diversos relatórios de entidades nacionais e internacionais que estabelecem que as vítimas dos homicídios parecem ser predominantemente mulheres jovens,<sup>98</sup> incluindo meninas,<sup>99</sup> trabalhadoras principalmente de maquiladoras,<sup>100</sup> de escassos recursos,<sup>101</sup> estudantes<sup>102</sup> ou migrantes.<sup>103</sup>

### 1.4. Modalidade

124. Em segundo lugar, a Comissão e os representantes alegaram que um número considerável dos homicídios apresentou sinais de violência sexual. Segundo um relatório da Promotoria Especial, alguns homicídios e desaparecimentos desde 1993 "apresentaram características e/ou padrões de condutas similares".<sup>104</sup>

125. Diversos relatórios estabelecem os seguintes fatores em comum em vários dos homicídios: as mulheres são sequestradas e mantidas em cativeiro,<sup>105</sup>

<sup>98</sup> Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folha 1744, nota 64 *supra*; Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folhas 1924 e 1926, nota 64 *supra*; Relatório da Relatora Especial sobre execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrarias, folha 2052, nota 73 *supra*; Anistia Internacional, *Mortes Intoleráveis*, folhas 2256 e 2271, nota 66 *supra*, e Promotoria Especial para a Atenção de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres em Ciudad Juárez, Relatório Final, folha 14605, nota 87 *supra*.

<sup>99</sup> Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folha 1764, nota 64 *supra*; Anistia Internacional, *Mortes Intoleráveis*, folhas 2256 e 2271, nota 64 *supra*, e declaração prestada perante agente dotado de fé pública pela perita Jusidman Rapoport em 21 de abril de 2009 (expediente de mérito, tomo XIII, folha 3806).

<sup>100</sup> Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folha 1744, nota 64 *supra*; Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folhas 1924 e 1926, nota 64 *supra*; Relatório da Relatora Especial sobre a violência contra a mulher, folha 2012, nota 64 *supra*, e Anistia Internacional, *Mortes Intoleráveis*, folhas 2257 e 2271, nota 64 *supra*.

<sup>101</sup> Cf. Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folhas 1924 e 1926, nota 64 *supra*; Relatório da Relatora Especial sobre a violência contra a mulher, folha 2012, nota 64 *supra*; Anistia Internacional, *Mortes Intoleráveis*, folha 2257, nota 64 *supra*; Promotoria Especial para a Atenção de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres em Ciudad Juárez, Relatório Final, folha 14605, nota 87 *supra*; declaração prestada perante agente dotado de fé pública pela perita Monárrez Fragoso em 20 de novembro de 2008 (expediente de mérito, tomo XIII, folha 3911), e Comissão para Prevenir e Erradicar a Violência contra as Mulheres em Ciudad Juárez, Terceiro Relatório de Gestão, maio de 2005 - setembro de 2006, citando o Segundo Relatório de Gestão, intitulado "O feminicídio: formas de exercer a violência contra as mulheres" (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXVII, anexo 12, folha 9016).

<sup>102</sup> Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folha 1744, nota 64 *supra*; Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folhas 1924 e 1926, nota 64 *supra*; Relatório da Relatora Especial sobre a violência contra a mulher, folha 2012, nota 64 *supra*, e Anistia Internacional, *Mortes Intoleráveis*, folhas 2257 e 2271, nota 64 *supra*.

<sup>103</sup> Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folha 1744, nota 64 *supra*, e Relatório da Relatora Especial sobre execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrarias, folha 2053, nota 73 *supra*.

<sup>104</sup> Cf. Promotoria Especial para a Atenção de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres em Ciudad Juárez, Relatório Final, folha 14525, nota 87 *supra*.

<sup>105</sup> Cf. Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folhas 1924 e 1927, nota 64 *supra*, e Anistia Internacional, *Mortes Intoleráveis*, folha 2271, nota 64 *supra*.

seus familiares denunciam seu desaparecimento<sup>106</sup> e depois de dias ou meses seus cadáveres são encontrados em terrenos baldios<sup>107</sup> com sinais de violência, incluindo estupro ou outros tipos de abusos sexuais, tortura e mutilações.<sup>108</sup>

126. Em relação às características sexuais dos homicídios, o Estado alegou que, de acordo com cifras do ano de 2004, aproximadamente 26% dos homicídios obedeciam a atos de índole sexual violenta.

127. Por outro lado, ainda que a Promotoria Especial tenha concluído que a maioria dos homicídios de mulheres em Ciudad Juárez foram independentes uns dos outros e que, portanto, eram cometidos em circunstâncias de tempo, modo e ocasião distintos,<sup>109</sup> até o ano de 2005 esta instituição “conseguiu determinar que o número de casos nos quais se apresent[ou] o padrão de conduta que ha[via] identificado o fenômeno denominado ‘Mortas de Juárez’ e[ra] de aproximadamente [] 30% dos 379 homicídios identificados”, ou seja, ao redor de 113 mulheres. Além disso, a Comissão para Prevenir e Erradicar a Violência contra as Mulheres em Ciudad Juárez (doravante denominada a “Comissão para Ciudad Juárez”) afirmou que, ainda que continuassem apresentando discrepâncias em relação às cifras absolutas, distintos relatórios coincidiram em que um terço do total dos homicídios de mulheres eram classificados como sexuais e/ou em série; estes últimos “são aqu[e]les onde é repetido um padrão no qual geralmente a vítima não conhece seu agressor e é privada de sua liberdade e submetida a humilhações e sofrimentos múltiplos, até a morte”.<sup>110</sup> Os relatórios do CEDAW e da Anistia Internacional também coincidiram em que aproximadamente um terço dos homicídios tinham um componente de violência sexual ou características similares.<sup>111</sup>

<sup>106</sup> Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folha 1744, nota 64 *supra*.

<sup>107</sup> Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folha 1744, nota 64 *supra*; Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1927, nota 64 *supra*, e Relatório Final do Observatório Cidadão, folha 6640, nota 81 *supra*.

<sup>108</sup> Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folha 1744, nota 64 *supra*; Relatório da Relatora Especial sobre execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias, folha 2052, nota 73 *supra*; Anistia Internacional, *Mortes Intoleráveis*, folha 2271, nota 64 *supra*; CNDH, *Recomendação 44/1998*, folha 2154, nota 72 *supra*, e Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1927, nota 64 *supra*.

<sup>109</sup> Cf. Promotoria Especial para a Atenção de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres em Ciudad Juárez, Relatório Final, folha 14608, nota 87 *supra*. A esse respeito, cabe notar que a Comissão para Ciudad Juárez afirmou que, “[s]e bem é certo que tem sido difícil demonstrar que os homicídios de mulheres em Ciudad Juárez estejam relacionados com assassinos seriais, faltou de parte da [Promotoria Especial] uma análise sobre o fenômeno criminal que constituíram os casos paradigmáticos, aqueles nos que se pode haver evidências do que a [Promotoria Especial] chama ‘homicídios de mulheres com características e/ou padrões de conduta similares’”. Em sentido similar, criticou que a Promotoria Especial “segue sem focalizar sua análise sob a perspectiva de gênero; apesar das recomendações internacionais que foram feitas” (Comissão para Prevenir e Erradicar a Violência contra as Mulheres em Ciudad Juárez, Terceiro relatório de Gestão, folha 9073, nota 101 *supra*).

<sup>110</sup> Comissão para Prevenir e Erradicar a Violência contra as Mulheres em Ciudad Juárez, Terceiro relatório de Gestão, folhas 8996 e 8997, nota 101 *supra*.

<sup>111</sup> Segundo o relatório do CEDAW, publicado no ano de 2005, o Instituto Chihuahuense da Mulher referiu 90 casos, a Promotoria Especial e o Delegado da Procuradoria Geral da República em Ciudad Juárez mencionou 93 casos e as ONGs contabilizavam 98 (Cf. Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1924, nota 64 *supra*).

### 1.5. Violência baseada em gênero

128. Segundo os representantes, o tema de gênero é o denominador comum da violência em Ciudad Juárez, a qual "sucede como culminação de uma situação caracterizada pela violação reiterada e sistemática dos direitos humanos". Alegaram que "meninas e mulheres são violentadas com crueldade pelo simples fato de serem mulheres e somente em alguns casos são assassinadas como culminação desta violência pública e privada".

129. O Estado afirmou que os homicídios "têm causas diversas, com diferentes autores, em circunstâncias muito distintas e com padrões criminais diferentes, mas se encontram influenciados por uma cultura de discriminação contra a mulher". Segundo o Estado, um dos fatores estruturais que motivou situações de violência contra as mulheres em Ciudad Juárez é a modificação dos papéis familiares que gerou a vida laboral das mulheres. O Estado explicou que desde 1965 começou, em Ciudad Juárez, o desenvolvimento da indústria maquiladora, o qual se intensificou em 1993 com o Tratado de Livre Comércio com a América do Norte. Afirmando que, ao dar preferência à contratação de mulheres, as maquiladoras causaram mudanças na vida laboral destas, o que impactou também sua vida familiar, porque "os papéis tradicionais começaram a se modificar, ao ser agora a mulher a provedora do lar". Isto, segundo o Estado, levou a conflitos no interior das famílias porque a mulher começou a ter a imagem de ser mais competitiva e independente economicamente.<sup>112</sup> Além disso, o Estado citou o Relatório do CEDAW para afirmar que "[e]sta mudança social nos papéis das mulheres não foi acompanhada de uma mudança nas atitudes e nas mentalidades tradicionais - o aspecto patriarcal - mantendo-se uma visão estereotipada dos papéis sociais de homens e mulheres".

130. Outros fatores mencionados pelo Estado como geradores de violência e marginalização são a falta de serviços públicos básicos nas regiões marginalizadas; narcotráfico, tráfico de armas, criminalidade, lavagem de dinheiro e tráfico de pessoas que ocorrem em Ciudad Juárez por ser uma cidade fronteira; o consumo de drogas; o alto índice de deserção escolar, e a existência de "muitos agressores sexuais" e "efetivos militares [...] provenientes de conflitos armados" na cidade próxima de El Paso.

131. Segundo prova apresentada pelo Estado, nos homicídios de mulheres ocorridos entre 1993 e 2005, 31,4% foram por violência social (que inclui vingança, briga, imprudência, quadrilhas, roubo), 28% foram por violência doméstica, 20,6% foram por

<sup>112</sup> Estas alegações coincidem com as conclusões do Primeiro Relatório de Gestão da Comissão para Ciudad Juárez, o qual indica que, nas décadas de setenta e oitenta, a indústria maquiladora se caracterizou pela oferta quase exclusiva a mulheres em um contexto de desemprego masculino, o que "produziu um choque cultural no interior das famílias" e que "os homens ficaram sem trabalho e as que sustentavam o lar eram as mulheres" (Comissão para Prevenir e Erradicar a Violência contra as Mulheres em Ciudad Juárez, Primeiro Relatório de Gestão, folha 8663, nota 67 *supra*. Ver também, Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1922, nota 64 *supra*; declaração prestada perante agente dotado de fé pública pelo perito Pineda Jaimes em 15 de abril de 2009, expediente de mérito, tomo VIII, folha 2825, e declaração da perita Jusidman Rapoport, folha 3778, nota 99 *supra*).

motivo sexual e 20,1% são indeterminados.<sup>113</sup> Cabe notar que há inconsistências entre cifras do próprio Estado. Por exemplo, em sua resposta ao relatório do CEDAW de 2003, o Estado afirmou que 66% dos homicídios são resultado da violência intrafamiliar ou doméstica e comum, 8% têm um motivo desconhecido e os 26% restantes obedecem a atos de índole sexual violenta.<sup>114</sup>

132. A Corte toma nota de que, apesar da negação do Estado em relação à existência de algum tipo de padrão nos motivos dos homicídios de mulheres em Ciudad Juárez, este afirmou perante o CEDAW que “estão influenciados por uma cultura de discriminação contra a mulher baseada em uma concepção errônea de sua inferioridade”.<sup>115</sup> Também cabe destacar o indicado pelo México em seu Relatório de Resposta ao CEDAW, em relação às ações concretas realizadas para melhorar a situação de subordinação da mulher no México e em Ciudad Juárez:

[d]eve-se reconhecer que uma cultura fortemente arraigada em estereótipos, cuja pedra angular é o pressuposto da inferioridade das mulheres, não se muda da noite para o dia. A mudança de padrões culturais é uma tarefa difícil para qualquer governo. Mas ainda quando os problemas emergentes da sociedade moderna: alcoolismo, toxicomania, tráfico de drogas, quadrilhas, turismo sexual, etc., contribuem a exacerbar a discriminação que sofrem vários setores das sociedades, em particular aqueles que já se encontravam em uma situação de desvantagem, como é o caso das mulheres, dos meninos e das meninas, dos e das indígenas.<sup>116</sup>

133. Distintos relatórios coincidem em que ainda que os motivos e os perpetradores dos homicídios em Ciudad Juárez sejam diversos, muitos casos tratam de violência de gênero que ocorre em um contexto de discriminação sistemática contra a mulher.<sup>117</sup> Segundo a Anistia Internacional, as características compartilhadas por muitos dos casos demonstram que o gênero da vítima parece ter sido um fator significativo do crime, influenciando tanto no motivo e no contexto do crime como na

<sup>113</sup> Cf. Promotoria Especial para a Atenção de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres em Ciudad Juárez, Relatório Final, folha 14549, nota 87 *supra*.

<sup>114</sup> O Estado explicou em sua Resposta ao Relatório do CEDAW que o contexto de violência contra a mulher no qual estão imersos muitos dos homicídios e as concepções fortemente arraigadas na opinião pública sobre as possíveis causas destes, “dificulta[m] sobremaneira realizar uma classificação com base em seus motivos”, mas que é possível realizar a qualificação referida “à luz de que se conta com informação sobre autores do homicídio, que existem testemunhas, e sob qu[e] circunstâncias se deu” (Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1957, nota 64 *supra*).

<sup>115</sup> Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1957, nota 64 *supra*.

<sup>116</sup> Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1960, nota 64 *supra*.

<sup>117</sup> Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folha 1735, nota 64 *supra*; Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1922, nota 64 *supra*; Relatório da Relatora Especial sobre a violência contra a mulher, folhas 2001 a 2002, nota 64 *supra*, e Anistia Internacional, *Mortes Intoleráveis*, folhas 2259 e 2269, nota 64 *supra*.

forma da violência à que foi submetida.<sup>118</sup> O Relatório da Relatoria da CIDH afirma que a violência contra as mulheres em Ciudad Juárez "tem suas raízes em conceitos referentes à inferioridade e à subordinação das mulheres".<sup>119</sup> Por sua vez, o CEDAW ressalta que a violência de gênero, incluindo os assassinatos, sequestros, desaparecimentos e as situações de violência doméstica e intrafamiliar "não são casos isolados, esporádicos ou episódicos de violência, mas uma situação estrutural e um fenômeno social e cultural enraizado nos costumes e mentalidades" e nas quais estas situações de violência estão fundadas "em uma cultura de violência e discriminação baseada no gênero".<sup>120</sup>

134. Por sua vez, a Relatora sobre a Violência contra a Mulher da ONU explica que a violência contra a mulher no México somente pode ser entendida no contexto de "uma desigualdade de gênero arraigada na sociedade". A Relatora se referiu a "forças de mudança que põem em causa as próprias bases do machismo", entre as quais incluiu a incorporação das mulheres à força de trabalho, o que proporciona independência econômica e oferece novas oportunidades de se formar.

Estes fatores, embora a longo prazo permitam às mulheres superarem a discriminação estrutural, podem exacerbar a violência e o sofrimento a curto prazo. A incapacidade dos homens para desempenhar seu papel tradicionalmente machista de provedores de sustento conduz ao abandono familiar, à instabilidade nos relacionamentos ou ao alcoolismo, o que, por sua vez, torna mais provável que se recorra à violência. Inclusive os casos de violação e assassinato podem ser interpretados como tentativas desesperadas por se aferrar a normas discriminatórias que se veem superadas pelas cambiantes condições socioeconômicas e o avanço dos direitos humanos.<sup>121</sup>

135. Por outro lado, a Comissão para Ciudad Juárez destacou que a ênfase da Promotoria Especial na violência intrafamiliar e na grave decomposição social como razões para os crimes sexuais não resgata "os elementos de discriminação por gênero da violência que especificamente afeta as mulheres", o que, "amalgama a violência de gênero como parte da violência social, sem aprofundar a forma como afeta especificamente as mulheres".<sup>122</sup>

136. O Relatório da Comissão ressaltou as características sexuais dos homicídios e afirmou que "embora não se conheça com suficiente certeza a magnitude destes aspectos do problema, as provas recolhidas em determinados casos indicam vínculos

<sup>118</sup> Anistia Internacional, *Mortes Intoleráveis*, folha 2269, nota 64 *supra*.

<sup>119</sup> CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folha 1766, nota 64 *supra* (citando carta do Secretário de Governo de Chihuahua à Relatora Especial de 11 de fevereiro de 2002).

<sup>120</sup> Cf. Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folhas 1937 e 1949, nota 64 *supra*.

<sup>121</sup> Relatório da Relatora Especial sobre a violência contra a mulher, folhas 2001 e 2002, nota 64 *supra*.

<sup>122</sup> Comissão para Prevenir e Erradicar a Violência contra as Mulheres em Ciudad Juárez, Primeiro Relatório de Gestão, folha 9074, nota 67 *supra*.

com a prostituição ou o tráfico com fins de exploração sexual” e que “[e]m ambos os casos podem se dar situações de coação e abuso de mulheres que trabalham no comércio sexual ou se veem forçadas a participar nele”.<sup>123</sup>

### 1.6. Sobre o alegado feminicídio

137. A Comissão não qualificou os fatos ocorridos em Ciudad Juárez como feminicídio.

138. Os representantes expressaram que “[o]s homicídios e desaparecimentos de meninas e mulheres em Ciudad Juárez são a máxima expressão da violência misógina”, razão pela qual alegaram que esta violência foi conceitualizada como feminicídio. Segundo explicaram, consiste em “uma forma extrema de violência contra as mulheres; o assassinato de meninas e mulheres pelo simples fato de sê-lo, em uma sociedade que as subordina”, o que implica “uma mistura que inclui fatores culturais, econômicos e políticos”. Por esta razão, argumentaram que “para determinar se um homicídio de mulher é um feminicídio se deve conhecer quem o comete, como o faz e em que contexto”. Afirmaram que, mesmo que nem sempre toda a informação esteja disponível nos crimes deste tipo, existem indicadores tais como as mutilações de certas partes do corpo, como a ausência de peitos ou genitais.

139. Na audiência pública, o Estado utilizou o termo feminicídio ao fazer referência ao “fenômeno [...] que prevalece em Juárez”. Entretanto, o Estado, em suas observações a perícias apresentadas pelos representantes, objetou o fato de que pretenderam “incluir o termo feminicídio como um tipo penal, quando este não existe nem na legislação nacional nem nos instrumentos vinculantes do sistema interamericano de direitos humanos”.

140. No México, a Lei Geral do Acesso das Mulheres a uma Vida Livre de Violência, vigente desde 2007, define em seu artigo 21 a violência feminicida como “a forma extrema de violência de gênero contra as mulheres, produto da violação de seus direitos humanos, nos âmbitos público e privado, formada pelo conjunto de condutas misóginas que podem levar à impunidade social e do Estado e pode culminar em homicídio e outras formas de morte violenta de mulheres”.<sup>124</sup> Por sua vez, algumas instâncias governamentais proporcionaram definições para o termo feminicídio em seus relatórios.<sup>125</sup>

<sup>123</sup> CIDH, *Situación dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folhas 1748 e 1750, nota 64 *supra* (citando carta do Secretário de Governo de Chihuahua à Relatora Especial de 11 de fevereiro de 2002).

<sup>124</sup> Artigo 21 da Lei Geral do Acesso das Mulheres a uma Vida Livre de Violência, publicada no Diário Oficial da Federação em 1º de fevereiro de 2007 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLIII, anexo 109, folha 16126).

<sup>125</sup> Cf. Comissão para Prevenir e Erradicar a Violência contra as Mulheres em Ciudad Juárez, Primeiro Relatório de Gestão, folha 8661, nota 67 *supra*, e Comissão da Câmara de Deputados, Violência Feminicida em 10 entidades da República Mexicana, folha 6885, nota 86 *supra*.



141. Os peritos Monárrez Fragoso,<sup>126</sup> Pineda Jaimes,<sup>127</sup> Lagarde y de los Ríos<sup>128</sup> e Jusidman Rapoport<sup>129</sup> qualificaram o ocorrido em Ciudad Juárez como feminicídio.

142. Adicionalmente, o relatório da Comissão Especial da Câmara de Deputados para Conhecer e Dar Acompanhamento às Investigações Relacionadas com os Feminicídios na República Mexicana (doravante denominada a "Comissão da Câmara de Deputados") e os da Comissão para Ciudad Juárez referem-se ao "feminicídio" que supostamente ocorre em Ciudad Juárez.<sup>130</sup> Além disso, fazem-no o Observatório Cidadão,<sup>131</sup> as ONGs Centro para o Desenvolvimento Integral da Mulher e AC / Rede Cidadã de Não Violência e Dignidade Humana,<sup>132</sup> a Comissão Mexicana de Defesa e Promoção dos Direitos Humanos A.C.,<sup>133</sup> bem como diferentes *amici curiae* apresentados à Corte.<sup>134</sup>

143. No presente caso, a Corte, à luz do indicado nos parágrafos anteriores, utilizará a expressão "homicídio de mulher por razões de gênero", também conhecido como feminicídio.

144. Para efeitos deste caso, a Corte avalia que, levando em consideração a prova e a argumentação sobre a prova disponível nos autos, não é necessário nem possível se pronunciar de maneira definitiva sobre quais homicídios de mulheres em Ciudad Juárez constituem homicídios de mulheres por razões de gênero, além dos homicídios das três vítimas do presente caso. Por esta razão, a Corte se referirá aos casos de Ciudad Juárez como homicídios de mulheres, ainda que entenda que alguns ou muitos destes possam haver sido cometidos por razões de gênero e que a maioria tenha ocorrido dentro de um contexto de violência contra a mulher.

145. Em relação às mortes produzidas no presente caso, a Corte analisará em seções posteriores, conforme a prova apresentada pelas partes, se constituem homicídios de mulheres por razões de gênero.

<sup>126</sup> Cf. declaração da perita Monárrez Fragoso, folha 3906, nota 101 *supra*.

<sup>127</sup> Cf. declaração do perito Pineda Jaimes, folha 2813, nota 112 *supra*.

<sup>128</sup> Cf. declaração prestada perante agente dotado de fé pública pela perita Lagarde y de los Ríos em 20 de abril de 2009 (expediente de mérito, tomo XI, folha 3386).

<sup>129</sup> Cf. declaração da perita Jusidman Rapoport, folha 3806, nota 99 *supra*.

<sup>130</sup> Cf. Comissão da Câmara de Deputados, Violência Feminicida em 10 entidades da República Mexicana, folha 6889, nota 86 *supra*, e Comissão para Prevenir e Erradicar a Violência contra as Mulheres em Ciudad Juárez, Primeiro Relatório de Gestão, folha 8662, nota 67 *supra*.

<sup>131</sup> Cf. Relatório Final do Observatório Cidadão, folha 6714, nota 81 *supra*.

<sup>132</sup> Cf. Centro para o Desenvolvimento Integral da Mulher e AC / Rede Cidadã de Não Violência e Dignidade Humana. *As Vítimas de Feminicídio em Ciudad Juárez. Relatório do Estado da Procuradoria de Justiça e o Acesso às Garantias Judiciais sobre feminicídios e mulheres desaparecidas em Juárez, 1993 – 2007*. Relatório para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, maio de 2007 (expediente de anexos à demanda, tomo IV, apêndice 5 Vol. III, folhas 544 e 555).

<sup>133</sup> Cf. Comissão Mexicana de Defesa e Promoção dos Direitos Humanos A.C., *Compêndio de recomendações*, folha 6654, nota 65 *supra*.

<sup>134</sup> Cf. escrito apresentado pelo Programa de Justiça Global e Direitos Humanos da Universidade de los Andes, Colômbia (expediente de mérito, tomo XV, folha 4416); escrito apresentado pela Organização Mundial contra a Tortura e TRIAL – *Track Impunity* (expediente de mérito, tomo VI, folha 2197), e escrito apresentado pela Rede Mesa de Mulheres de Ciudad Juárez (expediente de mérito, tomo XV, folha 4290).

## 1.7. Investigação dos homicídios de mulheres

146. Segundo a Comissão e os representantes, outro fator que caracteriza estes homicídios de mulheres é sua falta de esclarecimento e as irregularidades nas respectivas investigações, o que, segundo eles, gerou um clima de impunidade. A esse respeito, a Corte toma nota do reconhecimento do Estado quanto “ao cometimento de diversas irregularidades na investigação e processamento de homicídios de mulheres cometidos entre os anos de 1993 e 2004 em Ciudad Juárez”. O Estado, além disso, lamentou “os erros cometidos até antes do ano de 2004 por servidores públicos que participaram durante algumas destas investigações”.

### 1.7.1. Irregularidades nas investigações e nos processos

147. Ainda que o Estado tenha reconhecido o cometimento de irregularidades na investigação e processamento dos homicídios de mulheres entre os anos de 1993 e 2003 (par. 145 *supra*), não especificou quais foram as irregularidades que encontrou nas investigações e nos processos realizados durante esses anos. Entretanto, a Corte toma nota do afirmado a esse respeito pelo Relatório da Relatora da CIDH:

O Estado mexicano, por sua vez, admite que foram cometidos erros durante os primeiros cinco anos em que se viu confrontado com esses assassinatos. Reconhece, por exemplo, que não foi infrequente que a Polícia dissesse a um familiar que tentava informar sobre o desaparecimento de uma menina que voltasse em 48 horas, sendo evidente que havia coisas a investigar. Tanto os representantes do Estado como de entidades não estatais afirmaram que as autoridades de Ciudad Juárez costumavam rejeitar as denúncias iniciais, manifestando que a vítima teria saído com um namorado e não demoraria em voltar para casa. A PGJE mencionou também falta de capacidade técnica e científica e de capacitação, nessa época, por parte dos membros da Polícia Judiciária. Autoridades do Estado de Chihuahua afirmaram que as falhas eram tais que em 25 casos, que datam dos primeiros anos dos assassinatos, os “autos” eram pouco mais do que sacolas que continham uma série de ossos, o que praticamente não servia de base para avançar na investigação.<sup>135</sup>

148. A Corte observa que apesar de os detalhes manifestados pelas autoridades do Estado à Relatora da CIDH, e indicados *supra*, serem circunscritos às investigações e processos realizados até 1998, o mesmo Estado reconheceu perante a Corte que houve irregularidades até antes do ano de 2004 (par. 145 *supra*), ainda que não as tenha detalhado.

<sup>135</sup> CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folha 1750, nota 64 *supra*, (citando carta do Secretário de Governo de Chihuahua à Relatora Especial de 11 de fevereiro de 2002).

149. Diversos relatórios publicados entre 1999 e 2005 coincidem em que as investigações e os processos dos homicídios de mulheres em Ciudad Juárez estiveram cheios de irregularidades e deficiências<sup>136</sup> e que estes crimes permaneceram impunes.<sup>137</sup> Segundo a Promotoria Especial, "deve se enfatizar que a impunidade dos casos não resolvidos se produziu, principalmente, entre os anos de 1993 a 2003, por causa das graves omissões em que incorreu o pessoal que trabalhou na Procuradoria Geral de Justiça do Estado [de Chihuahua]". Acrescentou que durante esse período "os governos estaduais não promoveram políticas públicas dirigidas a dotar a Procuradoria [deste] estado da infraestrutura, processos de trabalho e pessoal especializado que lhe permitisse realizar as investigações de homicídios de mulheres em níveis de confiabilidade razoavelmente aceitáveis".<sup>138</sup>

150. Em conformidade com a prova apresentada, as irregularidades nas investigações e nos processos incluem a demora no início das investigações,<sup>139</sup> a demora das mesmas ou a inatividade nos autos,<sup>140</sup> negligência e irregularidades na coleta e realização de provas e na identificação de vítimas,<sup>141</sup> perda de informação,<sup>142</sup> extravio de partes dos corpos sob custódia do Ministério Público,<sup>143</sup> e a falta de contemplação das agressões a mulheres como parte de um fenômeno global de violência de gênero.<sup>144</sup> Segundo o Relator sobre a independência judicial da

<sup>136</sup> Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folha 1767, nota 64 *supra*; CNDH, Recomendação 44/1998, folhas 2118 a 2129 e 2138, nota 72 *supra*; Relatório do México produzido pela CEDAW, folha 1924, nota 64 *supra*, e Relatório da Comissão de Especialistas Internacionais das Nações Unidas, folha 1898, nota 76 *supra*.

<sup>137</sup> Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folha 1749, nota 64 *supra*; Relatório da Comissão de Especialistas Internacionais das Nações Unidas, folha 1869, nota 76 *supra*; CNDH, Relatório Especial, folha 2167, nota 66 *supra*, e declaração prestada perante agente dotado de fé pública pelo perito Castresana Fernández em 21 de abril de 2009 (expediente de mérito, tomo VIII, folha 2904).

<sup>138</sup> Promotoria Especial para a Atenção de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres em Ciudad Juárez, Relatório Final, folha 14573, nota 87 *supra*.

<sup>139</sup> Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folha 1746, nota 64 *supra*, Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1924, nota 64 *supra*, e Anistia Internacional, *Mortes Intoleráveis*, folha 2274, nota 64 *supra*.

<sup>140</sup> Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folha 1767, nota 64 *supra*; CNDH, Recomendação 44/1998, folha 2140, nota 72 *supra*; Promotoria Especial para a Atenção de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres em Ciudad Juárez, Relatório Final, folhas 14579 e 14610, nota 87 *supra*; Conferência de imprensa do Subprocurador de Direitos Humanos, Atenção a Vítimas e Serviços à Comunidade e da Promotora Especial para a Atenção dos Crimes Relacionados com Atos de Violência Contra as Mulheres no auditório de juristas, Reforma 211, México, Distrito Federal, 16 de fevereiro de 2006, anexo 4 do Relatório Final do Observatório Cidadão, folha 6714, nota 81 *supra*.

<sup>141</sup> Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folha 1750, nota 64 *supra*; CNDH, Recomendação 44/1998, folha 2140, nota 72 *supra*; Relatório da Comissão de Especialistas Internacionais das Nações Unidas, folha 1929, nota 76 *supra*, Promotoria Especial para a Atenção de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres em Ciudad Juárez, Relatório Final, folha 14579, nota 87 *supra*, e declaração prestada perante agente dotado de fé pública pela testemunha Doretti em 17 de abril de 2009 (expediente de mérito, tomo VI, folhas 2326 e 2327).

<sup>142</sup> Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folha 1750, nota 64 *supra*; Relatório da Comissão de Especialistas Internacionais das Nações Unidas, folhas 1898 e 1899, nota 76 *supra*; declaração da testemunha Doretti, folha 2332, nota 141 *supra*.

<sup>143</sup> Cf. declaração da testemunha Doretti, folhas 2371 e 2372, nota 141 *supra*.

<sup>144</sup> Cf. Relatório da Comissão de Especialistas Internacionais das Nações Unidas, folha 1897, nota 76 *supra*; CNDH, Recomendação 44/1998, folha 2154, nota 72 *supra*; CNDH, Relatório Especial, folha 2227, nota 66 *supra*, e Anistia Internacional, *Mortes Intoleráveis*, folha 2279, nota 64 *supra*.

ONU, depois de uma visita a Ciudad Juárez em 2001, “surpreendeu-lhe a absoluta ineficácia, incompetência, indiferença, insensibilidade e negligência da polícia que havia conduzido as investigações até então”.<sup>145</sup> Por sua vez, a Promotoria Especial afirmou em seu relatório de 2006 que, de 139 averiguações prévias analisadas, em mais de 85% foram detectadas responsabilidades atribuíveis a servidores públicos, graves deficiências e omissões que “entorpeceram a resolução dos homicídios aí relacionados, provocando impunidade”.<sup>146</sup>

### 1.7.2. Atitudes discriminatórias das autoridades

151. A Comissão e os representantes alegaram que as atitudes das autoridades estatais diante dos homicídios de mulheres em Ciudad Juárez eram notoriamente discriminatórias e dilatórias, situação que a Comissão descreveu como um “alarmante padrão de resposta e concepções estereotipadas das mulheres desaparecidas”. Em particular, o padrão “se manifestava na percepção dos funcionários estatais de que a busca e proteção de mulheres mencionadas como desaparecidas não era importante” e implicava que no princípio as autoridades se negavam a investigar.

152. A esse respeito, o Estado afirmou que a cultura de discriminação da mulher “contribuiu para que tais homicídios não fossem percebidos em seu início como um problema de magnitude importante para o qual se requeriam ações imediatas e contundentes por parte das autoridades competentes”.<sup>147</sup> O Tribunal observa que ainda que o Estado não tenha feito este reconhecimento no trâmite perante a Corte, sim enviou o documento no qual consta tal reconhecimento,<sup>148</sup> sendo parte do acervo probatório que será analisado em conformidade com as regras da crítica sã.

153. Diversas fontes afirmam que a resposta de funcionários estatais diante dos crimes foi influenciada por um contexto de discriminação baseada em gênero.<sup>149</sup> Segundo o Relator Especial sobre a independência judicial da ONU, “a princípio é indubitável que estes fatos não comoveram muito os agentes da polícia e os procuradores, que chegaram inclusive a repreender as mulheres por sua suposta falta de moralidade”.<sup>150</sup> A Relatora sobre execuções extrajudiciais da ONU afirmou que:

<sup>145</sup> Relatório do Relator Especial sobre a Independência de Juizes e Advogados, folha 2100, nota 74 *supra*.

<sup>146</sup> Promotoria Especial para a Atenção de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres em Ciudad Juárez, Relatório Final, folhas 14575 e 14609, nota 87 *supra*.

<sup>147</sup> Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1957, nota 64 *supra*.

<sup>148</sup> Cf. Resposta do governo do México ao relatório produzido pelo CEDAW de acordo com o artigo 8 do Protocolo Facultativo da Convenção, 27 de janeiro de 2005 (anexos à contestação da demanda, tomo XXV, anexo 6, folhas 8612 a 8653).

<sup>149</sup> Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folhas 1734 e 1742, nota 64 *supra*; Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1928, nota 64 nota 141 *supra*; Anistia Internacional, *Mortes Intoleráveis*, folhas 2259 e 2269, nota 64 *supra*; declaração do perito Pineda Jaimes, folha 2832, nota 112 *supra*, e declaração da perita Jusidman, folha 3808, nota 99 *supra*.

<sup>150</sup> Relatório do Relator Especial sobre a Independência de Juizes e Advogados, folha 2100, nota 74 *supra*.

[a] conduta arrogante de alguns funcionários públicos e sua manifesta indiferença diante [...] destes crimes permitem concluir que muitos deles foram deliberadamente deixados de lado pela simples razão de que as vítimas eram 'somente' garotas comuns e, portanto, não eram consideradas uma grande perda. Temo que, como consequência dos atrasos e das irregularidades, tenham se perdido tempo e dados importantes.<sup>151</sup>

154. Distintas provas apresentadas ao Tribunal, indicam, *inter alia*, que funcionários do Estado de Chihuahua e do Município de Juárez minimizavam o problema e chegaram a culpar as próprias vítimas de sua sorte, seja por sua forma de vestir, pelo local em que trabalhavam, por sua conduta, por andarem sozinhas ou por falta de cuidado dos pais.<sup>152</sup> Nesse sentido, destacam-se as afirmações da CNDH em sua Recomendação 44/1998, com relação a que as declarações de funcionários e autoridades da Procuradoria estadual documentadas por aquela instituição denotavam "ausência de interesse e vocação por atender e reparar uma problemática social grave, bem como uma forma de discriminação" e que constituíam uma "forma de menosprezo sexista".<sup>153</sup>

### 1.7.3. Falta de esclarecimento

155. A Comissão fez ênfase em que a resposta das autoridades diante dos crimes contra mulheres havia sido "notavelmente deficiente" e alegou que a grande maioria dos assassinatos continuavam impunes no momento da visita da Relatora da CIDH a Ciudad Juárez em 2002. Ademais, afirmou que ainda que o Estado tivesse conhecimento da gravidade da situação, "existia uma grande brecha entre a incidência do problema de violência contra as mulheres e a qualidade da resposta estatal oferecida a este fenômeno, o qual propendeu à repetição dos fatos".

156. Os representantes alegaram que no ano em que ocorreram os fatos do presente caso, "isto é, há 8 anos de que se teve conhecimento do incremento da violência contra as mulheres", a situação de impunidade não havia tido nenhuma melhora, destacando que esse ano apresentou a mais alta porcentagem de homicídios de mulheres.

157. O Estado reiterou "sua convicção de que [no presente caso] e em geral, em relação aos homicídios de mulheres ocorridos em Ciudad Juárez, não se configura uma situação de impunidade, já que foi investigado, perseguido, capturado, julgado

<sup>151</sup> Relatório da Relatora Especial sobre execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias, folha 2053, nota 73 *supra*.

<sup>152</sup> Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folha 1765, nota 64 *supra*; Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1928, nota 64 *supra*; Relatório da Relatora Especial sobre execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias, folha 2052, nota 73 *supra*; CNDH, Recomendação 44/1998, folha 2139, nota 72 *supra*, e declaração da perita Monárrez Fragoso, folhas 3938 e 3940, nota 101 *supra*.

<sup>153</sup> CNDH, Recomendação 44/1998, folha 2155, nota 72 *supra*.

e sancionado um número significativo de responsáveis”. Também afirmou que entre janeiro de 1993 e maio de 2008 haviam sido registrados 432 casos de homicídios de mulheres, dos quais “45,25% foram resolvidos por uma instância jurisdicional e 33,02% estariam na etapa de investigação”.

158. A Corte observa que diversos relatórios coincidem em que a falta de esclarecimento dos crimes é uma característica dos homicídios de mulheres em Ciudad Juárez que se reveste de especial importância. O Relatório da Relatoria da CIDH de 2003 afirmou que a grande maioria dos casos continuam impunes.<sup>154</sup> Além disso, segundo o Comitê CEDAW, “uma cultura de impunidade se arraigou, o que permitiu e foment[ou] terríveis violações dos direitos humanos”, e segundo o Escritório sobre Drogas e Crimes da ONU, os diferentes fatores complexos do fenômeno criminal em Ciudad Juárez “colocaram à prova um sistema, por si só insuficiente, que foi manifestamente inundado por um desafio criminal para o qual não estava preparado, dando lugar a um colapso institucional que determinou a impunidade generalizada dos responsáveis pelos crimes”.<sup>155</sup>

159. A Corte toma nota de que vários relatórios apontam diferentes cifras sobre o estado dos casos de homicídios de mulheres em Ciudad Juárez.<sup>156</sup> Segundo cifras oficiais apresentadas pelo Estado, não controvertidas pelas outras partes, de 379 casos de homicídios de mulheres que ocorreram em Ciudad Juárez entre 1993 e 2005, 145 contavam no ano de 2005 com sentenças condenatórias ou sanções,<sup>157</sup> o que representa ao redor de 38,5%. Por outro lado, o Estado proporcionou ao Tribunal uma lista de 203 sentenças definitivas com relação aos homicídios de mulheres até setembro de 2008, das quais 192 são sentenças condenatórias.<sup>158</sup> A esse respeito, a Corte observa que o Estado não informou os números globais de homicídios até o ano de 2009 e não ofereceu prova em relação a suas alegações de fato relativas a que, no ano de 2008, 41,33% dos homicídios de mulheres haviam sido resolvidos por um órgão jurisdicional e 3,92% pelo Tribunal para Menores.

160. Em relação às sentenças, especificamente aquelas impostas aos responsáveis por homicídios dolosos, a Promotoria Especial observou em seu relatório do ano de 2006 que estas se enquadraram em uma média não maior a 15 anos de prisão, apesar de que na maioria dos casos foram cometidos com agravantes e que isso:

<sup>154</sup> Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folha 1734, nota 64 *supra*.

<sup>155</sup> Relatório da Comissão de Especialistas Internacionais das Nações Unidas, folha 1869, nota 76 *supra*.

<sup>156</sup> Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folha 1734, nota 64 *supra*; Relatório da Relatora Especial sobre a Violência contra a mulher, folha 2012, nota 64 *supra*, e CNDH, Recomendação 44/1998, folha 2232, nota 72 *supra*.

<sup>157</sup> Cf. Promotoria Especial para a Atenção de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres em Ciudad Juárez, Relatório Final, folhas 14617 a 14651, nota 87 *supra*.

<sup>158</sup> Cf. fichas de 203 casos de homicídios de mulheres cometidos em Ciudad Juárez, nos quais foram proferidas sentenças definitivas, setembro de 2003 (expediente de anexos às alegações finais escritas do Estado, tomo XLIX, anexo 6, folhas 17347 a 17400).

[p]ode ter obedecido a uma política judiciária que oportunamente deverá ser revisada pelo próprio Poder Judiciário do Estado, ou ainda ao fato de que o Ministério Público do foro comum não efetuou todas as ações que permitissem aos juízes se munir de elementos para punir os responsáveis de uma maneira mais severa.<sup>159</sup>

161. Um aspecto relacionado reunido pelos relatórios é que o número de sentenças e a pena imposta são mais baixos quando se trata dos homicídios de mulheres com características sexuais. Sobre este ponto, segundo cifras apresentadas pelo Estado perante a Comissão Interamericana, de 229 casos de homicídios de mulheres entre 1993 e 2003,<sup>160</sup> 159 foram casos com motivos diferentes do sexual e destes, 129 haviam sido "concluídos", enquanto que de 70 casos de homicídios de mulheres com motivo sexual, somente 24 haviam sido "concluídos".<sup>161</sup> É importante afirmar que o Estado não especificou o que entende por "concluídos"<sup>162</sup> e que sobre o mesmo ponto em sua resposta ao relatório do CEDAW estabeleceu que dos 92 crimes sexuais ocorridos até o ano de 2004, somente em quatro casos havia sido proferida sentença.<sup>163</sup>

162. A Comissão para Ciudad Juárez, por sua vez, destacou que "[o] que mais surpreende destas histórias [de homicídios de mulheres] é a impunidade ainda vigente em muitos dos casos classificados como sexuais e/ou em série".<sup>164</sup> Segundo o CEDAW, as autoridades mexicanas expressaram que havia avanços no processo de investigação, identificação e julgamento dos culpados por crimes com motivos como

<sup>159</sup> Promotoria Especial para a Atenção de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres em Ciudad Juárez, Relatório Final, folha 14612, nota 87 *supra*.

<sup>160</sup> Cabe notar que existem inconsistências entre as cifras globais, já que segundo o Relatório Final da Promotoria Especial, até o ano de 2003 haviam ocorrido 328 casos de homicídios de mulheres em Ciudad Juárez (Promotoria Especial para a Atenção de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres em Ciudad Juárez, Relatório Final, folha 14646, nota 87 *supra*).

<sup>161</sup> Cf. Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Chihuahua, Promotoria Especial para a Investigação de Homicídios de Mulheres, Ciudad Juárez, 2003. Anexos ao quarto relatório mensal do Estado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos de 17 de fevereiro de 2003 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLII, anexo 75, folha 15446).

<sup>162</sup> De maneira geral, em relação aos chamados casos "concluídos" pelo Estado, o CEDAW afirmou em seu relatório de 2005 que lhe preocupava que fossem considerados e informados como concluídos ou resolvidos os casos ao serem apresentados perante os Tribunais, "mesmo que os acusados não tivessem sido detidos nem sancionados" (Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1959, nota 64 *supra*). Além disso, e também de maneira geral, a CNDH em seu relatório de 2005 afirmou que "obteve informação suficiente para desvirtuar as afirmações da PGJE, no sentido de considerar resolvidos casos, sem que existam bases jurídicas para sustentar estas afirmações" (CNDH, Relatório Especial, folha 2234, nota 66 *supra*).

<sup>163</sup> Cf. Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1964, nota 64 *supra*. A esse respeito, cabe notar o afirmado pelo CEDAW em seu relatório: "O Governo assegura que dos 90 casos que consideram como de violência sexual s[omente] em quatro foi proferida sentença, enquanto que a quase totalidade das fontes da sociedade civil expõe que esses quatro casos tampouco estão resolvidos e que talvez alguns dos acusados não sejam culpados. S[omente] um prisioneiro foi julgado e sancionado, depois de 8 anos, encontrando-se ainda em fase de apelação" (Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1934, nota 64 *supra*).

<sup>164</sup> Comissão para Prevenir e Erradicar a Violência contra as Mulheres em Ciudad Juárez, Terceiro Relatório de Gestão, folha 8997, nota 101 *supra*, (citando o Segundo Relatório de Gestão, intitulado "O feminicídio: formas de exercer a violência contra as mulheres).

violência intrafamiliar ou delinquência comum e que a maioria dos sentenciados foram condenados a penas que ultrapassam os 20 anos de prisão, enquanto que nos atos de caráter sexual violento “há pessoas que têm sete anos de prisão, outras cinco e ainda que a Lei estabeleça que há que proferir sentença no período de dois anos, ocorre que os autos estão incompletos e as provas não resultam convincentes para os juízes”.<sup>165</sup> Por sua vez, a Relatora Especial sobre a Violência contra a Mulher da ONU indicou que a porcentagem de encarceramento para os crimes sexuais é menor que para o restante dos crimes contra as mulheres, representando especificamente 33,3% e 46,7%.<sup>166</sup>

163. Finalmente, a Corte observa que alguns relatórios afirmam que a impunidade está relacionada com a discriminação contra a mulher. Assim, por exemplo, o Relatório da Relatora da CIDH concluiu que “[q]uando os perpetradores não são responsabilizados – como em geral ocorreu em Ciudad Juárez – a impunidade confirma que essa violência e discriminação é aceitável, o que fomenta sua perpetuação”.<sup>167</sup> Em sentido similar, a Relatora sobre execuções extrajudiciais da ONU expressou que: “os acontecimentos de Ciudad Juárez são o típico exemplo de crime sexista favorecido pela impunidade”.<sup>168</sup>

## 1.8. Conclusões da Corte

164. De todo o exposto anteriormente, a Corte conclui que desde o ano de 1993 existe em Ciudad Juárez um aumento de homicídios de mulheres, havendo pelo menos 264 vítimas até o ano de 2001 e 379 até o ano de 2005. Entretanto, além das cifras, sobre as quais a Corte observa não existir firmeza, é preocupante o fato de que alguns destes crimes parecem apresentar altos graus de violência, incluindo sexual, e que em geral foram influenciados, tal como aceita o Estado, por uma cultura de discriminação contra a mulher, a qual, segundo diversas fontes probatórias, incidiu tanto nos motivos como na modalidade dos crimes, bem como na resposta das autoridades. Nesse sentido, cabe destacar as respostas ineficientes e as atitudes indiferentes documentadas em relação à investigação destes crimes, que parecem haver permitido que se tenha perpetuado a violência contra a mulher em Ciudad Juárez. Até o ano de 2005, a Corte constata que a maioria dos crimes continuam sem esclarecimento, sendo os homicídios que apresentam características de violência sexual os que apresentam maiores níveis de impunidade.

<sup>165</sup> Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1931, nota 64 *supra*.

<sup>166</sup> Cf. Relatório da Relatora Especial sobre a violência contra a mulher, folha 2012, nota 64 *supra*.

<sup>167</sup> CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folha 1766, nota 64 *supra*.

<sup>168</sup> Relatório da Relatora Especial sobre a violência contra a mulher, folha 2053, nota 64 *supra*.



## 2. Fatos do caso

### 2.1. Desaparecimentos das vítimas

165. Laura Berenice Ramos Monárrez tinha 17 anos de idade e era estudante do quinto semestre do segundo grau. A última notícia que se conhecia dela era uma ligação que fez a uma amiga no sábado, dia 22 de setembro de 2001, para avisar que estava pronta para ir a uma festa.<sup>169</sup> A denúncia afirma que desapareceu na terça-feira dia 25 de setembro de 2001, sem que sejam oferecidos mais detalhes.<sup>170</sup>

166. Claudia Ivette González tinha 20 anos de idade e trabalhava em uma empresa maquiladora. Segundo uma amiga próxima, "quase sempre saía com o tempo limitado, já que ajudava sua irmã a cuidar de sua filha menor, motivo pelo qual às vezes chegava tarde"<sup>171</sup> ao trabalho. Em 10 de outubro de 2001, chegou dois minutos atrasada à maquiladora, de maneira que foi impedida de entrar.<sup>172</sup> Nesse mesmo dia, desapareceu.<sup>173</sup>

167. Esmeralda Herrera Monreal tinha 15 anos de idade e contava com "grau de instrução do terceiro ano do segundo grau".<sup>174</sup> Desapareceu na segunda-feira, dia 29 de outubro de 2001, depois de sair da casa onde trabalhava como empregada doméstica.<sup>175</sup>

168. Segundo os representantes, as jovens Ramos, González e Herrera eram de "origem humilde".

<sup>169</sup> Cf. comparecimento de Claudia Ivonne Ramos Monárrez perante um subagente do Ministério Público vinculado à Promotoria Especial para a Investigação de Desaparecimento e Homicídio de Mulheres efetuado em 1º de outubro de 2001 (expediente de anexos à demanda, tomo VIII, anexo 17, folha 2621) e comparecimento de Rocío Itxel Núñez Acevedo perante um subagente do Ministério Público vinculado à Promotoria Especial para a Investigação de Desaparecimento e Homicídio de Mulheres efetuado em 5 de outubro de 2001 (expediente de anexos à demanda, tomo VIII, anexo 19, folha 2625).

<sup>170</sup> Cf. Registro de Pessoas Desaparecidas N° 225/2001 diligenciado em 25 de setembro de 2001 em relação a Laura Berenice Ramos Monárrez (expediente de anexos à demanda, tomo VIII, anexo 11, folha 2609), e comparecimento de Benita Monárrez Salgado perante um subagente do Ministério Público vinculado à Promotoria Especial na Investigação de Homicídios de Mulheres e Desaparecimento de Pessoas efetuado em 25 de setembro de 2001 (expediente de anexos à demanda, tomo VIII, anexos 12 e 14, folha 2611).

<sup>171</sup> Informação resenhada no boletim informativo emitido por dois agentes da Polícia Ministerial ligados à Promotoria Mista para o Atendimento de Homicídios de Mulheres de Chihuahua em 28 de setembro de 2007 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXXV, anexo 50, registro II, tomo IV, folha 12974).

<sup>172</sup> Cf. declaração prestada em 24 de outubro de 2001 por Juan Antonio Martínez Jacobo perante a Promotoria Especial para a Investigação de Homicídios de Mulheres e Pessoas Desaparecidas (expediente de anexos à demanda, tomo VIII, anexo 23, folha 2637) e Registro de Pessoas Desaparecidas N° 234/2001 diligenciado em 12 de outubro de 2001 em relação a Claudia Ivette González (expediente de anexos à demanda, tomo VIII, anexo 8, folha 2603).

<sup>173</sup> Cf. Registro de Pessoas Desaparecidas N° 234/2001, nota 172 *supra*; comparecimento de Mayela Banda González perante um subagente do Ministério Público vinculado à Promotoria Especial na Investigação de Homicídios de Mulheres e Pessoas Desaparecidas efetuado em 12 de outubro de 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXXII, anexo 50 registro II, tomo I, folha 11102), e declaração prestada pela senhora González na audiência pública realizada perante a Corte Interamericana em 28 de abril de 2009.

<sup>174</sup> Comparecimento de Irma Monreal Jaime perante um agente do Ministério Público vinculado à Promotoria Especial na Investigação de Homicídios de Mulheres e Pessoas Desaparecidas em 30 de outubro de 2001 (expediente de anexos à demanda, tomo VIII, anexo 29, folha 2653).

<sup>175</sup> Cf. comparecimento de Irma Monreal Jaime, nota 174 *supra*; Registro de Pessoas Desaparecidas N° 241/2001 diligenciado em 30 de outubro de 2001 em relação a Esmeralda Herrera Monreal (expediente de anexos à demanda, tomo VIII, anexo 13, folha 2613), e declaração prestada pela senhora Monreal na audiência pública realizada perante a Corte Interamericana de 28 de abril de 2009.

## 2.2. As primeiras 72 horas

169. As alegações da Comissão e dos representantes neste ponto apresentam inconsistências, já que se referem em algumas instâncias a que as autoridades manifestaram aos familiares que deviam esperar 72 horas em relação a uma ou duas vítimas e em outras instâncias afirmam que isso ocorreu em relação às três vítimas. Além disso, algumas alegações se referem a que não se elaborava a denúncia antes de transcorridas 72 horas e outras a que não se iniciavam investigações até depois de 72 horas.

170. O Estado controverteu o anterior e alegou que “esta afirmação [não] está provada e é incorreta”, visto que se “elaborou o relatório de desaparecimento das jovens no momento em que seus familiares compareceram para denunciá-lo”. Ademais, afirmou de maneira geral e sem mencionar datas específicas que “as autoridades [...] ordenaram a busca e localização imediata das mulheres desaparecidas”, “levando em consideração a informação proporcionada pelos familiares”.

171. A Corte constata que a jovem Ramos desapareceu em 22 de setembro de 2001 e, segundo o alegado pela Comissão e pelos representantes, em 25 de setembro, a mãe interpôs a denúncia perante as autoridades, o que não foi controvertido pelo Estado. Nesse dia foi elaborado o relatório de desaparecimento.

172. A jovem González desapareceu em 10 de outubro de 2001. Os representantes alegaram que em 11 de outubro seus familiares e amigos próximos foram interpor a denúncia.<sup>176</sup> A Comissão e o Estado afirmaram que em 12 de outubro foi relatado o desaparecimento. A data do registro de pessoa desaparecida é de 12 de outubro de 2001.<sup>177</sup>

173. A jovem Herrera desapareceu em 29 de outubro de 2001. No dia seguinte foi feita a denúncia<sup>178</sup> e o relatório de desaparecimento tem data desse mesmo dia.<sup>179</sup>

174. Salvo o caso da mãe da jovem González, não consta nos autos prova com relação a que os familiares houvessem recorrido às autoridades antes da data que se afirma como o dia de apresentação da denúncia. Nem a Comissão nem os representantes controverteram a validade dos registros de desaparecimento apresentados pelo Estado. Por tudo isso, a Corte conclui que o relatório de desaparecimento foi emitido no mesmo dia em que foi feita a denúncia nos casos das jovens Herrera e Ramos, enquanto no caso da jovem González a Corte não conta com prova suficiente para determinar se os familiares recorreram às autoridades pela primeira vez em 11 ou 12 de outubro, mas em todo caso não transcorreram 72 horas desde o momento em que recorreram às autoridades até que foi emitido o relatório de desaparecimento.

<sup>176</sup> Cf. comparecimento de Mayela Banda Gonzáles, folha 2605, nota 173 *supra*.

<sup>177</sup> Cf. Registro de Pessoas Desaparecidas N° 234/2001, nota 172 *supra*.

<sup>178</sup> Cf. testemunho efetuado em 5 de abril de 2006 por Irma Monreal Jaime perante a Promotoria Mista para a Investigação de Homicídios de Mulheres (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXVIII, anexo 38, folha 9555), e comparecimento de Irma Monreal Jaime, *supra* nota 174.

<sup>179</sup> Cf. Registro de Pessoas Desaparecidas N° 241/2001, nota 175 *supra*.

175. Em relação à alegada espera de 72 horas para iniciar as investigações, o Tribunal constata que nos três casos, no mesmo dia em que foi feito o "Registro de Pessoas Desaparecidas",<sup>180</sup> o Programa de Atendimento a Vítimas de Delitos encaminhou um ofício ao Chefe da Polícia Judiciária.<sup>181</sup> Estes ofícios tinham por objetivo informar que havia sido colocado em conhecimento daquele escritório o desaparecimento das três vítimas, razão pela qual se solicitava ao pessoal daquela dependência a realização de "investigações dirigidas a alcançar o esclarecimento dos fatos".<sup>182</sup>

176. Durante a audiência pública perante a Corte, as mães das três vítimas manifestaram que no primeiro contato com as autoridades lhes foi manifestado que deveriam transcorrer 72 horas para que suas filhas fossem consideradas desaparecidas,<sup>183</sup> o que foi reiterado em outras declarações.<sup>184</sup>

177. Segundo os representantes, a prova da demora no início das investigações se encontra nas "Fichas 103-F" do relatório especial da CNDH de 2003. Entretanto, estas fichas não fazem referência a que as autoridades tenham feito uma afirmação nesse sentido.<sup>185</sup>

178. As declarações periciais confirmam que as mães informaram à sua psiquiatra ou psicóloga respectiva sobre uma suposta negativa do Estado para iniciar uma possível averiguação antes das 72 horas.<sup>186</sup> Adicionalmente, a testemunha Delgadillo Pérez, referindo-se a todos os desaparecimentos da plantação de algodão, afirmou que as investigações em "[v]ários dos expedientes não foram iniciadas no momento em que as famílias os denunciaram, mas uma vez que transcorreram 72 horas", indicando especificamente o caso da jovem Herrera e concluindo que "perderam

<sup>180</sup> Registro de Pessoas Desaparecidas N° 225/2001, folha 2609, nota 170 *supra*; Registro de Pessoas Desaparecidas N° 234/2001, nota 172 *supra*, e Registro de Pessoas Desaparecidas N° 241/2001, nota 175 *supra*.

<sup>181</sup> Cf. ofício N° 549/2001 emitido em 25 de setembro de 2001 pela Coordenadora do Programa de Atendimento a Vítimas de Delitos e Pessoas Desaparecidas em relação ao desaparecimento de Laura Berenice Ramos Monárrez (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXVIII, anexos 20 e 90, folha 9420); ofício N° 589/2001 emitido em 12 de outubro de 2001 pela Coordenadora do Programa de Atendimento a Vítimas de Delitos em relação ao desaparecimento de Claudia Ivette González (expediente de anexos à demanda, tomo VIII, anexo 10, folha 2607), e ofício N° 634/01 emitido em 30 de outubro de 2001 pelo Programa de Atendimento a Vítimas de Delitos em relação ao desaparecimento de Esmeralda Herrera Monreal (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXVIII, anexos 32 e 88, folha 9575).

<sup>182</sup> Ofícios N° 549/2001, 589/01 e 634/01, nota 181 *supra*.

<sup>183</sup> Cf. declarações prestadas pelas senhoras Monárrez, González e Monreal na audiência pública realizada perante a Corte Interamericana em 28 de abril de 2009.

<sup>184</sup> Cf. comparecimento voluntário de Irma Monreal Jaime perante um Agente do Ministério Público da Federação, Comissário da Agência Mista de Investigações de Homicídios de Mulheres efetuado em 20 de outubro de 2003 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXX, anexo 50, registro I, tomo I, folha 10578); documento apresentado por Josefina González e pela Rede Cidadã de Não Violência e Dignidade Humana perante a CIDH em 3 de setembro de 2006 (expediente de anexos à demanda, tomo II, apêndice 5, vol. I, folha 131), e documento apresentado por Irma Monreal Jaime e pela Associação Nacional de Advogados Democráticos perante a CIDH em 29 de julho de 2005 (expediente de anexos à demanda, tomo IV, apêndice 5 vol. III, folha 734).

<sup>185</sup> Cf. CNDH, Relatório Especial, folhas 2192 a 2220, nota 66 *supra*.

<sup>186</sup> Cf. declaração prestada perante agente dotado de fé pública pelo perito de la Peña Martínez em 21 de abril de 2009 (expediente de mérito, tomo XI, folha 3350), e declaração prestada perante agente dotado de fé pública pela perita Azaola Garrido em 20 de abril de 2009 (expediente de mérito, tomo XI, folha 3369).

as primeiras horas que eram fundamentais para a busca”.<sup>187</sup> No mesmo sentido, a perita Jusidman Rapoport afirmou que, até a presente data, “para as autoridades é necessário que transcorram 72 horas para iniciar a busca de mulheres mencionadas como desaparecidas”.<sup>188</sup> Isso também foi indicado no relatório da EAAF para o caso da jovem Herrera.<sup>189</sup> A Corte nota que ainda que estas declarações proporcionam indícios sobre uma suposta demora de 72 horas para iniciar a busca de pessoas desaparecidas, os peritos não indicaram a fonte de suas conclusões a partir das quais seja possível avaliar sua afirmação. Ademais, as declarações dos peritos não oferecem datas específicas, de maneira que a Corte não pode concluir se, segundo eles, a espera de 72 horas existia no ano de 2001.

179. Para resolver a questão, a Corte tem em consideração que neste aspecto o ônus da prova corresponde ao Estado, já que este sustenta que suas autoridades procederam com as investigações, o que é suscetível de prova. Diferente é a situação da Comissão e dos representantes, que alegam um fato negativo, ou seja, a ausência de investigação nas primeiras 72 horas. Ademais, leva-se em consideração que os meios de prova estão à disposição do Estado, de modo que sua defesa não pode descansar sobre a impossibilidade dos demandantes de apresentarem provas que não podem ser obtidas sem sua cooperação.<sup>190</sup>

180. A esse respeito, a Corte observa que a prova apresentada pelo Estado indica que nas primeiras 72 horas unicamente foram registrados os desaparecimentos e os testemunhos daqueles que as interpuseram, emitiu-se um ofício do Programa de Atendimento a Vítimas de Delitos e foram recebidos os testemunhos de somente três pessoas, uma em cada caso, aparte das declarações adotadas no momento de apresentação da denúncia.<sup>191</sup> Ou seja, além de diligências rotineiras e formais, o Estado não apresentou alegações nem prova sobre ações tomadas no período referido para mobilizar o aparato investigador na busca real e efetiva das vítimas.

181. Ademais, a Corte ressalta que o Estado não apresentou cópia da totalidade dos autos criminais nestes casos, mesmo quando lhe foi solicitado (par. 9 *supra*). Por tal motivo, o Tribunal conta com uma margem de discricionariedade para considerar

<sup>187</sup> Declaração prestada perante agente dotado de fé pública pela testemunha Delgadillo Pérez em 21 de abril de 2009 (expediente de mérito, tomo XI, folhas 3481 e 3482).

<sup>188</sup> Declaração da perita Jusidman Rapoport, folha 3824, nota 99 *supra*.

<sup>189</sup> Cf. EAAF, laudo de antropologia e genética forense, Esmeralda Herrera Monreal, 12 de junho de 2006 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXX, anexo 50, registro I, tomo I, folha 10326).

<sup>190</sup> Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Exceções Preliminares*, par. 135, nota 29 *supra*; *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 3 de abril de 2009. Série C N° 196, par. 95, e *Caso Escher e outros Vs. Brasil*, par. 127, nota 46 *supra*.

<sup>191</sup> No caso da jovem Ramos está a declaração de seu pai, Daniel Ramos Canales, de 28 de setembro de 2001 (expediente de anexos à demanda, tomo VIII, anexo 15, folha 2615). No caso da jovem González, uma amiga de nome Juana González Flores compareceu voluntariamente a prestar declaração em 12 de outubro de 2001 perante um Subagente do Ministério Público vinculado à Promotoria Especial para a Investigação de Desaparecimento e Homicídio de Mulheres, no mesmo dia que se interpôs a denúncia (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXXII, anexo 50, registro II, tomo I, folhas 11104 e 11105). No caso da jovem Herrera, consta a declaração de Eduardo Chávez, que compareceu voluntariamente em 2 de novembro de 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXX, anexo 50, registro I, tomo I, folhas 10315 e 10316).

estabelecidos certo tipo de fatos segundo a ponderação que possa ser efetuada com o resto do acervo probatório. Por isto, a Corte conclui que, ainda que não se possa dar por provado que efetivamente as autoridades disseram às mães das vítimas que tinham que esperar 72 horas depois de seu desaparecimento para que começassem as investigações, o Estado não demonstrou que gestões concretas realizou e como buscou efetivamente as vítimas durante o período mencionado.

### 2.3. Alegada falta de busca das vítimas antes da descoberta de seus restos

182. A Comissão alegou que “[a] atuação das autoridades estatais diante [das] denúncias de desaparecimento se limitou à realização de gestões formais e administrativas, sem medidas concretas, dirigidas a encontrar com brevidade as vítimas, com vida”.

183. Os representantes afirmaram que as três mães “tiveram de iniciar suas próprias ações de busca” diante da “falta de ações eficientes por parte das autoridades”, como pregar folhetos nas ruas, recorrer a meios de comunicação e fazer averiguações.

184. O Estado controverteu o anterior e afirmou que as autoridades “ordenaram a busca e localização imediata das mulheres desaparecidas”, “levando em consideração a informação proporcionada pelos familiares”. Além disso, alegou que realizou diversas ações para encontrar o paradeiro das vítimas.

185. Tal como foi indicado, no dia em que foram elaborados os registros de desaparecimento das vítimas, foi solicitado à Polícia Judiciária que realizasse investigações. Entretanto, não foi apresentada nenhuma resposta a tal pedido e o Estado não ofereceu detalhes sobre o acompanhamento que foi dado à mesma.

186. Por outro lado, ainda que conste evidência de que as autoridades elaboraram um cartaz com informação sobre o desaparecimento de cada uma das vítimas,<sup>192</sup> estes cartazes não indicam a data na qual foram emitidos e o Estado não precisou em que momento e como os fez circular. Segundo a mãe da jovem Herrera, foi ela “quem se encarregou de difundi-lo e pregá-lo em vários pontos da Cidade”.<sup>193</sup> A mãe da jovem González afirmou que depois de interpor a denúncia de desaparecimento, começaram “com averiguações e a colocar fotos dela em folhetos,

<sup>192</sup> Cf. cartazes intitulados “ajude-nos a encontrar esta pessoa”, emitidos pelo Grupo Especial de Atendimento à Família, Unidade Juárez, da Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Chihuahua (expediente de anexos à demanda, tomo IX, anexos 30, 31 e 32, folhas 2655, 2657 e 2659).

<sup>193</sup> Documento apresentado por Irma Monreal Jaime e pela Associação Nacional de Advogados Democráticos perante a CIDH em 29 de julho de 2005 (expediente de anexos à demanda, tomo IV, apêndice 5, vol. III, folha 756); comparecimento voluntário de Irma Monreal Jaime de 20 de outubro de 2003 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXX, anexo 50, registro I, tomo I, folhas 10578); cartão informativo de 15 de outubro de 2003 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXX, anexo 50, registro I, tomo I, folhas 10571 e 10572); testemunho de Irma Monreal Jaime perante um agente do Ministério Público da Promotoria Mista para o Atendimento de Homicídios de Mulheres efetuado em 5 de abril de 2006 (expediente de anexos à contestação à demanda, tomo XXX, anexo 50, registro I, tomo I, folhas 10286 e 10287), e testemunho de Benigno Herrera Monreal perante um agente do Ministério Público da Promotoria Mista para o Atendimento de Homicídios de Mulheres efetuado em 5 de abril de 2006 (expediente de anexos à contestação à demanda, tomo XXX, anexo 50, registro I, tomo I, folha 10294).

[...] e perguntando, buscando na Cruz Vermelha, nos hospitais”,<sup>194</sup> e a mãe da jovem Ramos disse que ela procurou a sua filha em todos os locais “existentes e por existir”.<sup>195</sup> Isso coincide com o declarado pela testemunha Delgadillo Pérez, que afirmou que “[s]ão as famílias que, em face do desespero e da falta de apoio institucional, movem-se pela cidade tratando de encontrar suas filhas”.<sup>196</sup>

187. Em relação à jovem Ramos, as autoridades receberam, além da declaração prestada quando foi denunciado seu desaparecimento,<sup>197</sup> declarações de dois familiares<sup>198</sup> e de três amigas de sua escola.<sup>199</sup> Destes testemunhos a Corte nota que se observam certos possíveis indícios que poderiam haver ajudado na busca da jovem Ramos, como por exemplo, informação sobre um rapaz com quem ela falava frequentemente por telefone,<sup>200</sup> locais que frequentava,<sup>201</sup> seus planos para a noite de seu desaparecimento,<sup>202</sup> sobre um rapaz que trabalhava com ela e outras pessoas que pudessem ter informação,<sup>203</sup> bem como de um homem, com quem, segundo o declarado, a jovem Ramos não queria sair.<sup>204</sup>

188. Além disso, a mãe da jovem Ramos declarou no ano de 2003 sobre várias ligações que recebeu nos dias posteriores ao desaparecimento de sua filha, e que em uma delas “conseguiu escutar que [sua] filha Laura discutia com uma pessoa” e que por esta razão se dirigiu “à Procuradoria Geral de Justiça do Estado para que rastreassem a ligação” e lhe disseram que não a podiam rastrear.<sup>205</sup> Adicionalmente,

<sup>194</sup> Declaração prestada pela senhora González, nota 183 *supra*. No mesmo sentido declarou a irmã da jovem González mencionando ações realizadas pela família (Cf. comparecimento de Mayela Banda González, nota 173 *supra*).

<sup>195</sup> Declaração prestada pela senhora Monárrez, nota 183 *supra*; comparecimento de Ivonne Ramos Monárrez, folha 2620, nota 169 *supra*; comparecimento voluntário de Benita Monárrez Salgado perante um agente do Ministério Público da Federação ligado à Subprocuradoria de Controle Regional, Procedimentos Penais e Amparo efetuado em 20 de outubro de 2003 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXXVII, anexo 50, registro III, tomo II, folha 13593), e comparecimento de Ivonne Ramos Monárrez perante um agente do Ministério Público da Federação ligado à Subprocuradoria de Controle Regional, Procedimentos Penais e Amparo efetuado em 20 de outubro de 2003 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXXVII, anexo 50, registro III, tomo II, folha 13600).

<sup>196</sup> Declaração da testemunha Delgadillo Pérez, folha 3523, nota 187 *supra*.

<sup>197</sup> Cf. comparecimento de Benita Monárrez Salgado, folha 2611, nota 170 *supra*.

<sup>198</sup> Cf. comparecimento de Daniel Ramos Canales perante um Subagente do Ministério Público vinculado à Promotoria Especial na Investigação de Homicídios de Mulheres e Desaparecimento de Pessoas efetuado em 28 de setembro de 2001 (expediente de anexos à demanda, tomo VIII, anexo 15, folha 2615), e comparecimento de Claudia Ivonne Ramos Monárrez, folhas 2619 a 2621, nota 169 *supra*.

<sup>199</sup> Cf. comparecimento de Ana Catalina Solís Gaytán perante um subagente do Ministério Público vinculado à Promotoria Especial para a Investigação de Desaparecimento e Homicídio de Mulheres efetuado em 1º de outubro de 2001 (expediente de anexos à demanda, tomo VIII, anexo 16, folha 2617); comparecimento de Diana América Corral Hernández perante um subagente do Ministério Público vinculado à Promotoria Especial na Investigação de Homicídios de Mulheres e Desaparecimento de Pessoas efetuado em 1º de outubro de 2001 (expediente de anexos à demanda, tomo VIII, anexo 18, folha 2623), e comparecimento de Rocío Itxel Núñez Acevedo, (folhas 2625 a 2626), nota 169 *supra*.

<sup>200</sup> Cf. comparecimento de Ana Catalina Solís Gaytán, nota 199 *supra*.

<sup>201</sup> Cf. comparecimento de Rocío Itxel Núñez Acevedo, folha 2626, nota 169 *supra*.

<sup>202</sup> Cf. comparecimento de Rocío Itxel Núñez Acevedo, folha 2626, nota 169 *supra*.

<sup>203</sup> Cf. comparecimento de Claudia Ivonne Ramos Monárrez, folhas 2620 e 2621, ota 169 *supra*, e comparecimento de Rocío Itxel Núñez Acevedo, folha 2626, nota 169 *supra*.

<sup>204</sup> Cf. comparecimento de Diana América Corral Hernández, nota 199 *supra*.

<sup>205</sup> Cf. cartão informativo de 15 de outubro de 2003 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXXVII, anexo 50, registro III, tomo II, folha 13580).

segundo a senhora Monárrez, não foram realizadas diligências de averiguação na escola onde sua filha estudava, outras entrevistas com suas amigas e conhecidos, ou em alguns locais que frequentava, com o propósito de encontrá-la.<sup>206</sup> Além disso, não foram realizadas gestões em relação às ligações telefônicas que a jovem Ramos havia efetuado e recebido em seu celular.<sup>207</sup>

189. Em relação à jovem González, além da declaração prestada quando foi denunciado o desaparecimento,<sup>208</sup> foram tomadas as declarações de cinco amigos,<sup>209</sup> um colega de trabalho na maquiladora,<sup>210</sup> seu ex-companheiro sentimental<sup>211</sup> e dois chefes de segurança da empresa.<sup>212</sup> Destes testemunhos se observam certos possíveis indícios que poderiam ter ajudado na busca da jovem González, como por exemplo, informação sobre um rapaz com quem ela saía,<sup>213</sup> sobre um casal que, aparentemente a observava muito cada vez que passava<sup>214</sup> e um rapaz da maquiladora que a incomodava.<sup>215</sup>

<sup>206</sup> Cf. documento apresentado por Benita Monárrez Salgado e pela Rede Cidadã de Não Violência e Dignidade Humana perante a CIDH, folha 294, nota 184 *supra*.

<sup>207</sup> Cf. comparecimento de Rocío Itxel Núñez Acevedo, folhas 2625 e 2626, nota 169 *supra*.

<sup>208</sup> Cf. comparecimento de Mayela Banda González, nota 173 *supra*.

<sup>209</sup> Cf. comparecimento de Juana González Flores, nota 191 *supra*; comparecimento de Ana Isabel Suárez Valenciana perante um agente do Ministério Público vinculado à Promotoria Especial para a Investigação de Desaparecimento de Pessoas e Homicídio de Mulheres efetuado em 16 de outubro de 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXXII, anexo 50, registro II, tomo I, folhas 11106 a 11108); comparecimento de Aide Navarrete García perante um agente do Ministério Público vinculado à Promotoria Especial para a Investigação de Desaparecimento de Pessoas e Homicídio de Mulheres efetuado em 16 de outubro de 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXXII, anexo 50, registro II, tomo I, folhas 11109 a 11111); comparecimento de Armando Velazco Fernández perante um agente do Ministério Público vinculado à Promotoria Especial para a Investigação de Desaparecimento de Pessoas e Homicídio de Mulheres efetuado em 19 de outubro de 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXXII, anexo 50, registro II, tomo I, folhas 11112 e 11113), e comparecimento de Verónica Hernández Estrada perante um agente do Ministério Público vinculado à Promotoria Especial para a Investigação de Desaparecimento de Pessoas e Homicídio de Mulheres efetuado em 19 de outubro de 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXXII, anexo 50, registro II, tomo I, folhas 11114 a 11115).

<sup>210</sup> Cf. comparecimento de Efrén Pérez Maese perante um agente do Ministério Público vinculado à Promotoria Especial para a Investigação de Homicídios de Mulheres e Pessoas Desaparecidas efetuado em 24 de outubro de 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXXII, anexo 50, registro II, tomo I, folha 11116).

<sup>211</sup> Cf. comparecimento de Víctor Hugo Hernández Bonilla perante um agente do Ministério Público vinculado à Promotoria Especial para a Investigação de Homicídios de Mulheres e Pessoas Desaparecidas efetuado em 25 de outubro de 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXXII, anexo 50, registro II, tomo I, folhas 11119 a 11120).

<sup>212</sup> Cf. comparecimento de Juan Antonio Martínez Jacobo perante um agente do Ministério Público vinculado à Promotoria Especial para a Investigação de Homicídios de Mulheres e Pessoas Desaparecidas efetuado em 24 de outubro de 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXXII, anexo 50, registro II, tomo I, folhas 11117 a 11118) e comparecimento de Jesús Moisés Cuellar Juárez perante um agente do Ministério Público vinculado à Promotoria Especial para a Investigação de Homicídios de Mulheres e Pessoas Desaparecidas efetuado em 25 de outubro de 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXXII, anexo 50, registro II, tomo I, folha 11121).

<sup>213</sup> Cf. comparecimento de Mayela Banda González, nota 173 *supra*; comparecimento de Juana González Flores, nota 191 *supra*; comparecimento de Ana Isabel Suárez Valenciana, folhas 11106 e 11107, nota 209 *supra*; comparecimento de Aide Navarrete García, folha 11110, nota 209 *supra*, e comparecimento de Armando Velazco Fernández, folha 11113, nota 209 *supra*.

<sup>214</sup> Cf. comparecimento de Juana González Flores, *supra* nota 191, folha 11105.

<sup>215</sup> Cf. comparecimento de Ana Isabel Suárez Valenciana, *supra* nota 209, folha 11107.

190. Por outro lado, a Comissão alegou que havia sido comunicado às autoridades que, duas semanas antes de seu desaparecimento a jovem González havia sido intimidada por dois policiais. Apesar de ser certo que a prova apresentada pela Comissão corresponde a uma nota de imprensa emitida em 2005 – na qual a mãe da jovem González não precisa o momento em que informou estes fatos às autoridades – e que as demais declarações a esse respeito foram efetuadas em 2007 e 2009,<sup>216</sup> o Estado não controverteu nem os fatos nem a data na qual se alega que as autoridades foram informadas. Além disso, não apresentou a totalidade do expediente criminal. Por esta razão, o Tribunal considera estabelecido que esta informação foi comunicada às autoridades antes de 6 de novembro de 2001, ou seja, antes da descoberta de seu corpo.<sup>217</sup> Não se observa dos autos que os investigadores tenham realizado uma linha de investigação em torno a esta informação, com o propósito de encontrar a jovem González com vida.

191. Uma declarante afirmou que um rapaz disse a ela e à irmã da jovem González que “ele se havia dado conta, não disse como, que Claudia Ivette estava desaparecid[a]”.<sup>218</sup> Tampouco consta que o Estado tenha indicado alguma investigação em relação a este indício.

192. Segundo a Comissão, entre o relato do desaparecimento da jovem González e a descoberta de seus restos, o único contato das autoridades com a família desta foram duas ligações efetuadas pela Promotoria Especial, nas quais se indagou se tinham novidades. O Estado não controverteu o anterior nem apresentou prova em contrário.

193. No caso da jovem Herrera, segundo o Estado, a mãe informou a um agente da polícia que sua filha conhecia um jovem que trabalhava em uma gráfica e que “insistia que saísse para comer com ele” e que este jovem não havia ido trabalhar no dia em que a vítima desapareceu. As autoridades, posteriormente, receberam a declaração deste jovem, que reconheceu haver cumprimentado a jovem Herrera, mas negou tê-la convidado para comer.<sup>219</sup> Não consta nos autos que o Estado tenha realizado alguma outra ação dirigida a encontrar a jovem Herrera com vida.

<sup>216</sup> Cf. nota de imprensa intitulada “*Impunes crímenes de las ocho mujeres*”, publicada no diário “Norte” em 6 de novembro de 2005 (expediente de anexos à demanda, tomo VIII, anexo 7, folha 2329); parecer informativo, nota 171 *supra*; testemunho prestado por Irma Josefina González perante um agente do Ministério Público vinculado à Promotoria Mista para a Investigação de Homicídios de Mulheres em Ciudad Juárez efetuado em 12 de fevereiro de 2009 (expediente de anexos às alegações finais escritas do Estado, tomo XLVIII, anexo 4, folhas 17193 e 17194), e testemunho prestado por Ana Isabel Suárez Valenciana perante um agente do Ministério Público vinculado à Promotoria para o Atendimento de Homicídios de Mulheres em Ciudad Juárez efetuado em 25 de fevereiro de 2009 (expediente de anexos às alegações finais escritas do Estado, tomo XLVIII, anexo 4, folha 17197).

<sup>217</sup> Em similar sentido ver ECHR. *Case of Pukhigova v. Russia*, Judgment of 2 July 2009, paras. 75 and 84.

<sup>218</sup> Testemunho prestado por Ana Isabel Suárez Valenciana, nota 209 *supra*.

<sup>219</sup> Cf. comparecimento de Eduardo Chávez Marín perante um agente do Ministério Público vinculado à Promotoria Especial na Investigação de Homicídios de Mulheres e de Desaparecimento de Pessoas efetuado em 2 de novembro de 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXX, anexo 50, registro I, tomo I, folhas 10315 a 10316).



194. Apesar de o Estado ter alegado que começou a busca das vítimas de imediato, segundo o que consta nos autos, o único que foi feito antes da descoberta dos restos foi elaborar os registros de desaparecimento, os cartazes de busca, a tomada de declarações e o envio do ofício à Polícia Judiciária. Não consta nos autos que as autoridades tenham feito circular os cartazes de busca nem que efetuaram uma investigação mais profunda sobre fatos razoavelmente relevantes que se observavam das mais de 20 declarações tomadas.<sup>220</sup>

195. Além disso, a Corte considera que é possível enquadrar estes fatos dentro de um contexto geral documentado nos autos. De fato, em janeiro de 2006, a Relatora das Nações Unidas sobre a Violência contra a Mulher afirmou que, "[a]o que parece, a polícia municipal de Ciudad Juárez não empreende ações de busca nem adota nenhuma outra medida preventiva no momento de receber uma denúncia de desaparecimento de uma mulher. Inexplicavelmente, a polícia costuma esperar que seja confirmado o cometimento de um crime."<sup>221</sup>

#### **2.4. Alegados estereótipos projetados pelos funcionários para os familiares das vítimas**

196. A Comissão alegou que "quando foi denunciado cada desaparecimento, os familiares receberam comentários por parte de agentes estatais sobre a conduta de suas filhas que consideram ter influenciado a inação estatal posterior".

197. Os representantes afirmaram que "as autoridades minimizavam os fatos ou desacreditavam" as denúncias dos familiares das vítimas "sob o pretexto de que eram mocinhas que 'andavam com o namorado ou 'andavam de paqueras".

198. A mãe da jovem Herrera declarou que, ao interpor a denúncia, as autoridades lhe disseram que sua filha "não está desaparecida, anda com o namorado ou anda com os amigos de gandaia",<sup>222</sup> "que se lhe acontecia isso era porque ela procurava, porque uma menina bem comportada, uma mulher bem comportada, fica em sua casa".<sup>223</sup>

199. A mãe da jovem González afirmou que, quando compareceram para apresentar o relato de desaparecimento, um funcionário haveria dito a uma amiga de sua filha que "provavelmente havia saído com o namorado, porque as garotas

<sup>220</sup> Entretanto, a Corte observa que existe uma declaração de um agente policial afirmando a tomada de diversas declarações, incluindo algumas tomadas na maquiladora onde trabalhava a jovem González e na escola onde estudava a jovem Ramos (Cf. testemunho de José Miramontes Caro efetuado em 14 de abril de 2009 perante um Agente do Ministério Público, expediente de anexos às alegações finais escritas do Estado, tomo XLVIII, anexo 4, folhas 17221 e 17222).

<sup>221</sup> Relatório da Relatora Especial sobre a violência contra a mulher, folha 2018, nota 64 *supra*.

<sup>222</sup> Cf. declaração prestada pela senhora Monreal, nota 183 *supra*. Ver também a manifestação de Irma Monreal Jaime na petição apresentada perante a Comissão Interamericana em 6 de março de 2002 (expediente de anexos à demanda tomo XXVII, anexo 42, folha 9802). No mesmo sentido, o irmão da vítima declarou que as autoridades diziam não poder fazer nada "porque provavelmente se foi com o namorado" (Cf. declaração da perita Azaola Garrido, folha 3369, nota 186 *supra*).

<sup>223</sup> Cf. declaração da senhora Monreal Jaime, nota 183 *supra*.

eram muito 'paqueradoras' e provocavam os homens".<sup>224</sup> A mãe também afirmou que quando foram apresentar a denúncia lhe disseram que "provavelmente saiu com o o namorado, que provavelmente logo regressaria".<sup>225</sup>

200. Por sua vez, a mãe da jovem Ramos afirmou que os agentes policiais lhe disseram que ela tinha que procurar sua filha porque "todas as meninas que se perdem, todas [...]vão com o namorado ou querem viver sua vida sozinhas".<sup>226</sup> Acrescentou que em uma oportunidade solicitou aos agentes policiais que a acompanhassem a um salão de baile para procurar sua filha e que eles lhe haveriam dito "não senhora, é muito tarde, nós já temos que descansar e você espere o momento adequado para procurar a Laura", e, batendo nas suas costas, teriam manifestado: "vai você para que se relaxe, tome umas cervejas em nossa homenagem, porque nós não podemos acompanhá-la".<sup>227</sup>

201. O Estado não controverteu estas declarações das mães das vítimas.

202. Por outro lado, o testemunho da senhora Delgadillo Pérez, em relação ao desempenho das autoridades no presente caso, afirma que "[s]e determina[va] a responsabilidade ou não da vítima, em conformidade com o papel social que, a juízo do investigador, ela tinha na sociedade. Isto quer dizer que se a mulher assassinada gostava de se divertir, sair para dançar, tinha amigos e uma vida social, era considerada em parte como responsável pelo que sucedeu".<sup>228</sup> Segundo a testemunha, "[nessa] época as autoridades estigmatizavam as vítimas de desaparecimento pelo fato de serem mulheres", sendo a desculpa que "andavam com o namorado" ou "andavam como loucas", "chegou-se também a culpar as mães por permitir que suas filhas andassem sozinhas ou que saíssem à noite".<sup>229</sup>

203. A Corte ressalta que o testemunho da senhora Delgadillo Pérez, bem como as declarações das mães e familiares das vítimas concordam com o contexto descrito por diversas instâncias nacionais e internacionais, no qual funcionários e autoridades "minimizavam o problema" e denotavam "ausência de interesse e vocação para atender e reparar uma problemática social grave" (par. 154 *supra*).

204. Os representantes relacionam os comentários efetuados pelos funcionários que atenderam os casos com uma política que, no momento dos fatos, distinguiria entre "desaparecimentos de alto risco" e outros que não o eram.

205. A Anistia Internacional afirmou que, "no ano de 2001, a PGJECH havia colocado em prática o critério de 'desaparecimentos de alto risco', baseado unicamente

<sup>224</sup> Cf. comunicação apresentada por Josefina González perante a Comissão Interamericana em setembro de 2006 (escrito de anexos à demanda, tomo II, apêndice 5 volume I, folha 141).

<sup>225</sup> Cf. declaração da senhora González, nota 183 *supra*.

<sup>226</sup> Cf. declaração da senhora Monárrez, nota 183 *supra*.

<sup>227</sup> Cf. declaração da senhora Monárrez, nota 183 *supra* e cartão informativo emitido pelo Comandante da Agência Federal de Investigação informando da entrevista mantida com a senhora Benita Monárrez Salgado em 15 de outubro de 2003 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXXVII, anexo 50, registro III tomo II, folha 13579).

<sup>228</sup> Cf. declaração da testemunha Delgadillo Pérez, folha 3481, nota 187 *supra*.

<sup>229</sup> Cf. declaração da testemunha Delgadillo Pérez, folhas 3494 e 3495, nota 187 *supra*.

no comportamento da vítima. Se a mulher desaparecida era uma pessoa com uma rotina estável, esta poderia ser candidata a este tipo de busca. Este critério resultou altamente discriminatório e pouco funcional já que no ano de 2003, somente existia um caso de desaparecimento considerado como de alto risco".<sup>230</sup>

206. Em sentido similar, em 2003, a CNDH afirmou que "[a] Procuradoria do Estado adotou há três anos o critério de desaparecimentos de 'alto risco', baseado em que a jovem, antes de desaparecer, tinha uma rotina estável ou [não] havia manifestado sua vontade de abandonar sua família".<sup>231</sup> Além disso, em 2003, o CEDAW criticou a classificação entre os considerados de "alto risco" e os que não são.<sup>232</sup>

207. Por outro lado, a Corte constata que o formulário no qual os familiares denunciavam o desaparecimento requeria informação sobre as "preferências sexuais" das vítimas.<sup>233</sup>

208. O Tribunal considera que no presente caso, os comentários efetuados por funcionários no sentido de que as vítimas teriam ido com seus namorados ou que teriam uma vida censurável e a utilização de perguntas sobre a preferência sexual das vítimas constituem estereótipos. Por outro lado, tanto as atitudes como as declarações dos funcionários demonstram que existia, pelo menos, indiferença com relação aos familiares das vítimas e suas denúncias.

## 2.5. Descoberta dos corpos

209. Em 6 de novembro de 2001, foram encontrados os corpos de três mulheres em uma plantação de algodão.<sup>234</sup> Estas três mulheres foram posteriormente identificadas como as jovens Ramos, González e Herrera. Em 7 de novembro de 2001, em um local próximo dentro da mesma plantação de algodão, foram encontrados os corpos de

<sup>230</sup> Segundo um relatório da Anistia Internacional, em março de 2003, do total de 69 desaparecimentos somente um caso em Ciudad Juárez era considerado para as autoridades como de "alto risco". Tratava-se de uma jovem de 18 anos desaparecida desde 10 de maio de 2002 (Cf. Anistia Internacional, *Mortes Intoleráveis*, folha 2274, nota 64 *supra*). Cabe notar que segundo a CNDH, em um ofício de 18 de junho de 2003 observava "que os casos de [cinco pessoas] foram considerados como de 'alto risco'" (CNDH, Relatório especial, folha 2204, nota 66 *supra*).

<sup>231</sup> CNDH, Relatório especial, folha 2174, nota 66 *supra*.

<sup>232</sup> Cf. Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1950, nota 64 *supra*.

<sup>233</sup> Registro de Pessoas Desaparecidas N° 225/2001, folha 2609, nota 170 *supra*; Registro de Pessoas Desaparecidas N° 234/2001, folha 2603, nota 172 *supra*, e Registro de Persona Desaparecida N° 241/2001, folha 2613, nota 175 *supra*.

<sup>234</sup> Cf. atas de levantamento pericial de cadáver dos corpos não identificados N° 188/2001, 189/2001 e 190/2001 emitidas pelo Departamento de Serviços Periciais da Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Chihuahua em 6 de novembro de 2001 (expediente de anexos à demanda, tomo IX, anexo 35, 36 e 37, folhas 2672 a 2675, 2677 a 2679 e 2681 a 2683).

outras cinco mulheres,<sup>235</sup> que não são consideradas supostas vítimas no presente caso, pelos motivos expostos na Resolução do Tribunal de 19 de janeiro de 2009.<sup>236</sup>

210. A Comissão e os representantes manifestaram que os corpos das jovens Herrera, González e Ramos foram objeto de uma particular brutalidade por parte dos perpetradores dos homicídios. Os representantes acrescentaram que “[a] forma em que foram encontrados os corpos [das três vítimas] sugere que foram estupradas e abusadas com extrema crueldade”.

211. O Estado alegou que o laudo de autópsia concluiu que “os fenômenos cadavéricos iniciais já não eram observáveis [nos] corpo[s] pelo transcurso do tempo e pela ação ambiental sobre [os] mesmo[s] (contratura muscular post mortem e lividezes cadavéricas), o que implicava que o grau de decomposição era tão elevado que inibia cientificamente uma análise pormenorizada e, portanto, o estabelecimento da causa de morte”. O México enfatizou que o “estado de decomposição dos corpos (questão de ordem natural [que] não [lhe é] atribuível”) impediu “determinar a causa da morte”. Além disso, afirmou que a “primeira ação da Procuradoria Geral de Justiça foi determinar a natureza das mortes, levando em consideração as condições em que foram encontrados os corpos”.

212. Da prova apresentada se observa que em 6 de novembro de 2001, dia em que foram encontrados os cadáveres das três supostas vítimas, foi elaborada ata de levantamento pericial dos corpos<sup>237</sup> e uma declaração juramentada sobre o local do crime,<sup>238</sup> e, ademais, lhes foram praticadas as correspondentes autópsias, cujos

<sup>235</sup> Cf. declaração preliminar de evidência emitida por um agente do Ministério Público vinculado à Promotoria Especial para a Investigação de Homicídios de Mulheres no Inquérito de Investigação Prévia 27913/01/1501 em 8 de novembro de 2001 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo XIV, anexo 3, folhas 4778 a 4783).

<sup>236</sup> Nesta Resolução a Corte afirmou, *inter alia*:

40. Que [...] a Comissão emitiu os relatórios de admissibilidade somente em relação a [...] três vítimas e seus familiares. [...]

41. Que, com posterioridade à adoção dos relatórios de admissibilidade, na etapa de mérito, os representantes fizeram petições à Comissão para que esta se pronunciasse sobre possíveis violações aos direitos das outras supostas vítimas encontradas na plantação de algodão. Em particular, solicitaram à Comissão que tramitasse *motu proprio* estes casos e os reunisse aos casos que já se encontravam em desenvolvimento, ou que, supletivamente, fosse considerada a ANAD como peticionária pelas novas supostas vítimas. [...]

44. Que [...] a Comissão não se pronunciou em nenhum momento sobre as petições dos petionários [...]. A Corte observa que os representantes unicamente conheceram a posição da Comissão três anos depois, quando a Corte requereu esta informação. [...]

46. Que, tendo em consideração que em relação às novas supostas vítimas alegadas pelos representantes não foram cumpridas todas as etapas processuais necessárias que permitissem à Comissão integrá-las a seu Relatório de Mérito, a Corte deve recusar o pedido de incluir María de los Angeles Acosta Ramírez, Guadalupe Luna de la Rosa, Mayra Juliana Reyes Solís, Verónica Martínez Hernández, Bárbara Aracely Martínez Ramos, María Rocina Galicia Meraz, Merlin Elizabeth Rodríguez Sáenz e a mulher que permanece não identificada 195/01, assim como os senhores Víctor Javier García Ramírez, Gustavo González Meza e Edgar Álvarez Cruz como supostas vítimas no presente caso. [...]

<sup>237</sup> Cf. atas de levantamento pericial de cadáver, folhas 2672 a 2683, nota 234 *supra*.

<sup>238</sup> Cf. declaração juramentada sobre o local e os cadáveres emitida por um agente do Ministério Público de Chihuahua e duas testemunhas de assistência em 6 de novembro de 2001 (expediente de anexos à demanda, tomo IX, anexo 33, folhas 2661 a 2667).

laudos foram emitidos em 9 de novembro daquele mesmo ano.<sup>239</sup> Destes documentos consta a seguinte informação:

a) em relação a Esmeralda Herrera Monreal, vestia blusa rasgada<sup>240</sup> no lado superior direito e sutiã, ambas as alças levantadas por cima da região peitoral, bem como meias brancas rasgadas. O estado de conservação do corpo era incompleto, encontrando-se em uma posição de decúbito dorsal, com sua extremidade cefálica em direção ao oriente, suas extremidades inferiores em direção oposta e flexionadas, suas extremidades superiores estavam unidas entre si na região lombar, com um cordão preto o qual dava duas voltas em cada pulso, com dois nós no pulso direito e três na mão esquerda. O cordão rodeava o corpo em sua totalidade na região abdominal. Ao ser retirado o cordão observaram marcas equimóticas ao redor dos pulsos. A pele apresentava coloração violácea a negra. O crânio e o pescoço estavam descarnados, bem como a região clavicular direita, ombro direito, terço superior do braço direito e a região peitoral direita. O crânio apresentava alguns cabelos aderidos. Ausência de região mamária direita. Ausência parcial de partes do mamilo da região mamária esquerda. Ambas as mãos apresentavam desprendimento de pele a este nível em forma de luva. O cadáver apresentava fauna cadavérica. Debaxo do crânio, sobre o piso de terra, foi encontrada uma mancha avermelhada. Foi estabelecida causa de morte indeterminada e o tempo de morte entre 8 a 12 dias;

b) em relação a Claudia Ivette González, vestia blusa branca de alças e sutiã de cor clara. Seu estado de conservação era incompleto. Encontrava-se em uma posição de decúbito lateral direito, com a extremidade cefálica apontando para o oriente, das extremidades superiores a direita por debaixo do tórax e a esquerda levemente flexionada e separada do corpo. A extremidade inferior direita estendida e para o lado oposto da extremidade cefálica e a esquerda flexionada à altura da dobra do joelho. Presença de vegetação própria do local. Crânio descarnado com escassa presença de couro

<sup>239</sup> Cf. laudos de autópsia dos corpos não identificados 188/2001, 189/2001 e 190/2001 emitidos por um Médico Legista do Escritório Técnico de Serviços Periciais da Procuradoria de Chihuahua, em 9 de novembro de 2001 (expediente de anexos à demanda, tomo IX, anexos 40, 41 e 42, folhas 2696, 2697, 2699, 2700, 2702 e 2703).

<sup>240</sup> A declaração juramentada sobre o local do crime afirma o seguinte: "blusa de listras de cores branca, rosa e vermelho a qual se encontra rasgada na sua parte superior direita" (Cf. declaração juramentada sobre o local e os cadáveres, folha 2662, nota 238 *supra*). Por sua vez, o laudo de autópsia se refere a "blusa rasgada vermelha com branco e alaranjado faltando parte do lado direito" (Cf. laudo de autópsia do corpo não identificado 188/2001, folha 2696, nota 239 *supra*).

cabeludo. Ausência de tecido no pescoço e tórax. Foi estabelecida causa de morte indeterminada e o tempo de morte entre 4 a 5 semanas, e

c) em relação ao corpo de Laura Berenice Ramos Monárrez, vestia blusa branca de alças, de pescoço em V, e sutiã cor preta colocados ambos por cima da região mamária e se observava no mamilo direito uma ferida plana de 5 mm que cortou a ponta do mesmo. O estado de conservação do corpo era incompleto. Encontrava-se em posição de decúbito dorsal com a extremidade cefálica apontando para o sul, as extremidades inferiores em direção contrária e as superiores estendidas por cima da extremidade cefálica. Apresentava enrugamento na pele. O crânio descarnado em sua parte posterior. Cabelo escasso com cortes irregulares. Encontrava-se coberto de vegetação própria do local. Foi estabelecida causa de morte indeterminada e o tempo de morte entre 4 a 6 semanas.<sup>241</sup>

213. Em 2 de fevereiro de 2002, os peritos de campo que realizaram o levantamento pericial dos cadáveres em novembro de 2001 emitiram um parecer criminalístico<sup>242</sup> no qual indicaram, *inter alia*, que “é possível estabelecer que a[s] agress[ões] foram perpetradas no local da identificação dos corpos”. Acrescentaram que, apesar de que não foi possível por meio da autópsia legal determinar que houve violação sexual, “devido às condições de seminudez em que [...] foram encontradas, é possível estabelecer com alto grau de probabilidade que se trata de [...] crime[s] de índole sexual”.

214. Especificamente, em relação à jovem Herrera, concluíram que “[p]elo grau de dificuldade que se observava na amarração que apresentava [...] da cintura a suas extremidades superiores, [era] possível estabelecer que [...] chegou de mãos atadas ao local dos fatos”; que, em relação à ausência de tecido brando do tórax até a extremidade cefálica, era “possível estabelecer que [...] apresentava alguma lesão nestas regiões, que lhe causar[am] a morte”, e que tornava “factível supor que a causa da morte fosse estrangulamento”.

215. Em relação à jovem Ramos, os peritos concluíram que, com base nos hematomas que se observaram em diferentes tecidos ósseos, era “possível estabelecer que [...] foi severamente golpeada antes de sua morte”.

<sup>241</sup> Faz-se notar que a ata de levantamento pericial do cadáver estabelece o tempo de morte entre 3 a 4 semanas (Cf. ata de levantamento pericial de cadáver do corpo não identificado N° 190/2001, folha 2681, nota 234 *supra*). Por sua vez, o laudo de autópsia determina um tempo de morte entre 4 a 6 semanas. (Cf. laudo de autópsia do corpo não identificado 190/2001, folha 2703, nota 239 *supra*).

<sup>242</sup> Cf. parecer de criminalística emitido por peritos oficiais da Procuradoria Geral do Estado de Chihuahua nas áreas de criminalística de campo, fotografia forense e escavação forense em 2 de fevereiro de 2002 (expediente de anexos à demanda, tomo IX, anexo 62, folhas 2914 a 2920).

216. Em relação aos pareceres criminalísticos realizados por peritos de campo, em 9 de julho de 2003, o Diretor de Medicina Forense levou ao conhecimento do Sétimo Juízo Criminal que "um perito em criminalística de campo não se encontra capacitado para determinar questões estritamente médicas, como determinar a causa da morte de cada um dos cadáveres que são mencionados nas diferentes folhas dos autos [...], e tampouco é possível que [...] determine a data aproximada do falecimento de cada um; isso corresponde à área de medicina legal".<sup>243</sup>

217. Na decisão da Quarta Vara do Tribunal de Chihuahua proferida em 14 de julho de 2005, foi estabelecido, em referência ao parecer criminalístico (par. 213 *supra*), que os "peritos falam de probabilidade e estas não são mais que suposições, conjecturas, as quais, por seu caráter de índole subjetiva [...] não são, neste caso, meios adequados para chegar à verdade histórica e legal dos verdadeiros acontecimentos".<sup>244</sup>

218. Em 18 de novembro de 2005, a Equipe Argentina de Antropologia Forense (EAAF) realizou uma segunda autópsia dos restos da jovem Herrera.<sup>245</sup> Esta equipe estabeleceu que a autópsia realizada em 6 de novembro de 2001 (par. 212 *supra*) não teve em consideração os princípios gerais nos quais deve se basear uma correta necrópsia médico legal, de modo que, "[a]o carecer destas normas, não chega aos objetivos de uma autópsia médico-legal [...]. Inclusive em algum ponto de sua redação leva a [...] confusão [e] carece da profundidade necessária para realizar um diagnóstico diferido ao não ser completa a necrópsia e carecer de estudos complementares". A EAAF concluiu que, "[d]a leitura [da] autópsia não se podem tirar conclusões válidas, dad[a] a pobre descrição dos exames interno e externo, os quais haveriam permitido estabelecer uma hipótese fundada da causa de morte". Em relação à jovem Ramos, a família somente contava com uma clavícula, já que haviam incinerado os demais restos, a qual entregaram à EAAF para que confirmassem sua identidade.<sup>246</sup> Os restos da jovem González não foram incluídos nos casos a reexaminar pela EAAF diante da negativa dos familiares.<sup>247</sup>

219. Apesar das deficiências nas primeiras etapas das investigações, em especial no procedimento para a realização das autópsias - às quais o Tribunal se referirá em detalhe mais adiante - é possível concluir que Esmeralda Herrera Monreal, ao estar de mãos atadas nas costas, nua na parte inferior do corpo, com a camiseta e sutiã por cima da região peitoral, sem região mamária direita e com danos em partes do

<sup>243</sup> Cf. manifestação efetuada pelo Diretor da Direção de Serviços Periciais e Medicina Forense da Procuradoria Geral de Justiça e consignada em um auto assinado pelo Sétimo Juiz Criminal do Distrito Judiciário de Morelos em 9 de julho de 2003 (expediente de anexos à demanda, tomo IX, anexo 74, folhas 2982 a 2983).

<sup>244</sup> Cf. sentença de 14 de julho de 2005 proferida pela Quarta Vara Criminal do Supremo Tribunal de Justiça do Estado de Chihuahua (expediente de anexos à demanda, tomo X, anexo 83, folhas 3422 a 3500).

<sup>245</sup> Cf. nova autópsia de Esmeralda Herrera Monreal efetuada por Luis Alberto Bosio em 18 de novembro de 2005 (expediente de mérito, tomo VII, folha 2481).

<sup>246</sup> Cf. comparecimento de Benita Monárrez Salgado perante um agente do Ministério Público de Chihuahua em 24 de julho de 2006 (expediente de mérito, tomo VII, folha 2718).

<sup>247</sup> Cf. laudo de antropologia e genética forense, emitido pela Equipe Argentina de Antropologia Forense em relação a Esmeralda Herrera Monreal em 12 de junho de 2006 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXX, anexo 50, registro I, tomo I, folha 10341).

mamilo esquerdo (par. 212 *supra*), sofreu uma brutalidade tal que deve ter causado severos sofrimentos físicos e psíquicos antes de sua morte.

220. Em relação a Laura Berenice Ramos Monárrez e Claudia Ivette González, não é possível para este Tribunal, pelas deficiências indicadas nas primeiras etapas das investigações, diferenciar cientificamente quais sinais foram causados por agressão e quais pela passagem do tempo. Por isso, a Corte deve ter em consideração os diversos fatores que se deram em relação ao desaparecimento das vítimas. Em concreto, que o tratamento sofrido durante o tempo em que permaneceram sequestradas antes de sua morte com toda probabilidade lhes causou, ao menos, um sofrimento psicológico agudo, e que muito possivelmente os fatos ocorridos antes de sua morte, da mesma forma que no caso de Esmeralda Herrera Monreal, tiveram um motivo sexual, pois as jovens foram encontradas seminuas na parte inferior do corpo e Laura Berenice Ramos Monárrez com a blusa e o sutiã levantados por cima dos seios (par. 212 *supra*). O anterior se soma ao fato de que em Ciudad Juárez, no momento do desaparecimento das vítimas, existiam muitos casos análogos ao presente nos quais as mulheres apresentavam sinais de “violência sexual” (pars. 116 e 117 *supra*).

221. As três vítimas estiveram privadas de sua liberdade antes de sua morte. Pelas deficiências nos laudos de autópsia, o Tribunal não pode determinar com certeza quanto tempo durou seu sequestro.

### **3. A violência contra a mulher no presente caso**

222. A Comissão e os representantes se referiram ao vivido pelas jovens González, Ramos e Herrera como “violência contra a mulher”. Os representantes alegaram que “os assassinatos do presente caso coincidem em sua infinita crueldade e são crimes de ódio contra estas meninas e mulheres de Juárez, crimes misóginos realizados em uma enorme tolerância - e impulso social e estatal - à violência genérica contra as mulheres”.

223. O Estado reconheceu “[a] situação de violência contra a mulher em Ciudad Juárez [...] como um problema que deve ser combatido de forma integral”.

224. Antes de analisar a possível responsabilidade internacional do Estado neste caso, a Corte considera pertinente estabelecer se a violência que sofreram as três vítimas constitui violência contra a mulher segundo a Convenção Americana e a Convenção de Belém do Pará.

225. No Caso do Presídio Castro Castro Vs. Peru, a Corte se referiu a alguns alcances do artigo 5 da Convenção Americana em relação aos aspectos específicos de violência contra a mulher, considerando como referência de interpretação as disposições pertinentes da Convenção de Belém do Pará e da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, já que estes



instrumentos complementam o *corpus juris* internacional em matéria de proteção da integridade pessoal das mulheres, do qual faz parte a Convenção Americana.<sup>248</sup>

226. A Convenção de Belém do Pará define a violência contra a mulher como "qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada".<sup>249</sup>

227. Esta Corte estabeleceu "que nem toda violação de um direito humano cometida em prejuízo de uma mulher leva necessariamente a uma violação das disposições da Convenção de Belém do Pará".<sup>250</sup>

228. No presente caso, a Corte toma nota, em primeiro lugar, do reconhecimento do Estado com relação à situação de violência contra a mulher em Ciudad Juárez (par. 222 *supra*), bem como sua indicação de que os homicídios de mulheres em Ciudad Juárez "estão influenciados por uma cultura de discriminação contra a mulher" (par. 129 *supra*).

229. Em segundo lugar, o Tribunal observa o estabelecido *supra* (par. 133) em relação aos relatórios da Relatoria da CIDH, do CEDAW e da Anistia Internacional, entre outros, que afirmam que muitos dos homicídios de mulheres em Ciudad Juárez são manifestações de violência baseada em gênero.

230. Em terceiro lugar, as três vítimas deste caso eram mulheres jovens, de escassos recursos, trabalhadoras ou estudantes, como muitas das vítimas dos homicídios em Ciudad Juárez (par. 123 *supra*). As mesmas desapareceram e seus corpos apareceram em uma plantação de algodão. Teve-se como provado que sofreram graves agressões físicas e muito provavelmente violência sexual de algum tipo antes de sua morte.

231. Tudo isso leva a Corte a concluir que as jovens González, Ramos e Herrera foram vítimas de violência contra a mulher de acordo com a Convenção Americana e a Convenção de Belém do Pará. Pelos mesmos motivos, o Tribunal considera que os homicídios das vítimas ocorreram por razões de gênero e estão enquadrados dentro de um reconhecido contexto de violência contra a mulher em Ciudad Juárez. Corresponde agora analisar se a violência perpetrada contra as vítimas, que terminou com suas vidas, é atribuível ao Estado.

<sup>248</sup> Cf. *Caso do Presídio Miguel Castro Castro Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 25 de novembro de 2006. Série C N° 160, par. 276.

<sup>249</sup> Artigo 1° da Convenção de Belém do Pará.

<sup>250</sup> *Caso Perozo e outros Vs. Venezuela*, par. 295, nota 22 *supra*.

#### **4. Dever de respeito, garantia e não discriminação dos direitos consagrados nos artigos 4, 5 e 7 da Convenção Americana e acesso à justiça, em conformidade com os artigos 8 e 25 da mesma**

232. A Comissão Interamericana não alegou a violação dos artigos 5 e 7 da Convenção em detrimento das vítimas. Tendo isso em consideração, a Corte reitera que as supostas vítimas e seus representantes podem invocar a violação de outros direitos distintos aos já compreendidos na demanda, porquanto são eles os titulares de todos os direitos consagrados na Convenção, enquanto isso se atenha aos fatos já contidos na demanda,<sup>251</sup> a qual constitui o marco fático do processo.<sup>252</sup> Por outro lado, o momento para que as supostas vítimas ou seus representantes exerçam plenamente aquele direito de *locus standi in judicio* é o escrito de petições, argumentos e provas.<sup>253</sup>

233. No presente caso, as alegações dos representantes relativas à suposta violação dos artigos 5 e 7 da Convenção foram submetidas ao Tribunal em seu escrito de petições e argumentos e são baseadas em fatos contemplados na demanda da Comissão. Por isso, a Corte as analisará.

234. O Tribunal estabeleceu que, em conformidade com o artigo 1.1 da Convenção, os Estados estão obrigados a respeitar e garantir os direitos humanos nela reconhecidos. A responsabilidade internacional do Estado se fundamenta em atos ou omissões de qualquer poder ou órgão deste, independentemente de sua hierarquia, que violem a Convenção Americana.<sup>254</sup>

235. Em relação ao dever de respeito, a Corte afirmou que a primeira obrigação assumida pelos Estados Partes, nos termos do citado artigo, é a de “respeitar os direitos e liberdades” reconhecidos na Convenção. Assim, na proteção dos direitos humanos, está necessariamente compreendida a noção da restrição ao exercício do poder estatal.<sup>255</sup>

236. Sobre a obrigação de garantia, a Corte estabeleceu que pode ser cumprida de diferentes maneiras, em função do direito específico que o Estado deva garantir e das necessidades de proteção particulares.<sup>256</sup> Esta obrigação implica o dever dos Estados de organizar todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas através das quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira tal que sejam capazes

<sup>251</sup> Cf. *Caso “Cinco Aposentados” Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 28 de fevereiro de 2003. Série C N° 98, par. 155; *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras*, par. 127, nota 190 *supra*, e *Caso Escher e outros Vs. Brasil*, par. 191, nota 46 *supra*.

<sup>252</sup> Cf. *Caso do “Massacre de Mampiripán” Vs. Colômbia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 15 de setembro de 2005. Série C N° 134, par. 59; *Caso Escher e outros Vs. Brasil*, par. 63, nota 46 *supra* e *Caso Garibaldi Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 23 de setembro de 2009. Série C N° 203, par. 59.

<sup>253</sup> Cf. *Caso do “Massacre de Mampiripán” Vs. Colômbia*, par. 56, nota 252 *supra*; *Caso Perozo e outros Vs. Venezuela*, par. 33, nota 22 *supra*, e *Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela*, par. 135, nota 47 *supra*.

<sup>254</sup> Cf. *Caso Cantoral Huamani e García Santa Cruz Vs. Peru. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 10 de julho de 2007. Série C N° 167, par. 79 e *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras*, pars. 72 e 73, nota 190 *supra*.

<sup>255</sup> Cf. *A expressão “leis” no artigo 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, Parecer Consultivo OC-6/86 de 9 de maio de 1986. Série A N° 6, par. 21.

<sup>256</sup> Cf. *Caso do “Massacre de Mampiripán” Vs. Colômbia*, pars. 111 e 113, nota 252 *supra*; *Caso Perozo Vs. Venezuela*, par. 298, nota 22 *supra*, e *Caso Anzualdo Castro Vs. Peru*, par. 62, nota 30 *supra*.

de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos.<sup>257</sup> Como parte desta obrigação, o Estado possui o dever jurídico de "prevenir, razoavelmente, as violações dos direitos humanos, de investigar seriamente com os meios a seu alcance as violações que tenham sido cometidas dentro do âmbito de sua jurisdição a fim de identificar os responsáveis, de impor as sanções pertinentes e de assegurar à vítima uma correta reparação".<sup>258</sup> O decisivo é elucidar "se uma determinada violação [...] foi realizada com o apoio ou a tolerância do poder público ou se este atuou de maneira que a transgressão tenha ocorrido apesar de toda prevenção ou impunemente".<sup>259</sup>

237. Corresponde então ao Tribunal verificar se o México cumpriu suas obrigações de respeitar e garantir os direitos à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal das jovens González, Ramos e Herrera.

#### 4.1. Dever de respeito

238. A Comissão alegou que, "no presente caso, [...] ainda não se sabe se os assassinos são particulares ou agentes estatais, dado que os três casos continuam na impunidade".

239. Segundo os representantes, "em conformidade com o que se observa dos testemunhos, nos casos de Laura Berenice e Claudia Ivette as mães haviam indicado algum tipo de relação entre agentes do Estado e o desaparecimento de suas filhas". Em particular, afirmaram que a senhora Monárrez atestou em 2003 que, no momento dos fatos, sua filha tinha relação com um policial, mas o Estado não o intimou a declarar até o ano de 2007.

240. Por outro lado, os representantes afirmaram que "embora não tenhamos elementos de prova diretos, ao longo do presente escrito manifestamos algumas circunstâncias que o Estado não conseguiu esclarecer" e que mantêm o caso na impunidade. Segundo os representantes, esta impunidade "leva a apresentar duas hipóteses em relação aos autores materiais do desaparecimento, tortura e assassinato de Esmeralda, Laura e Claudia: a) Os autores eram agentes de autoridade ou b) Eram particulares organizados protegidos pelo Estado".

241. O Estado negou que houvesse responsabilidade de agentes do Estado nos homicídios das vítimas.

242. Tanto a Comissão como os representantes fazem alusão à possível participação de agentes estatais sem proporcionar prova a esse respeito, além da

<sup>257</sup> Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Mérito*. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C N° 4, par. 166; *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras*, par. 137, nota 190 *supra*, e *Caso Anzualdo Castro Vs. Peru*, par. 62, nota 30 *supra*.

<sup>258</sup> *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Mérito*, par. 174, nota 257 *supra*, e *Caso Anzualdo Castro Vs. Peru*, par. 62, nota 30 *supra*.

<sup>259</sup> *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Mérito*, par. 173, nota 257 *supra*; *Caso Godínez Cruz Vs. Honduras, Mérito*. Sentença de 20 de janeiro de 1989. Série C N° 5, par. 182, e *Caso Gangaram Panday Vs. Suriname, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 21 de janeiro de 1994. Série C N° 16, par. 62.

declaração da senhora Monárrez.<sup>260</sup> O fato de que a impunidade no presente caso impeça conhecer se os perpetradores são agentes estatais ou particulares atuando com seu apoio e tolerância, não pode levar este Tribunal a presumir que sim o foram e condenar automaticamente o Estado pelo descumprimento do dever de respeito. Portanto, não pode ser atribuída ao Estado responsabilidade internacional por violações aos direitos substantivos consagrados nos artigos 4, 5 e 7 da Convenção Americana.

#### 4.2. Dever de garantia

243. A Corte reitera que não basta que os Estados se abstenham de violar os direitos, mas que é imperativa a adoção de medidas positivas, determináveis em função das necessidades particulares de proteção do sujeito de direito, seja por sua condição pessoal ou pela situação específica em que se encontra.<sup>261</sup>

244. Os direitos à vida e à integridade pessoal revestem um caráter essencial na Convenção. Em conformidade com o artigo 27.2 do referido tratado, esses direitos fazem parte do núcleo inderrogável, pois não podem ser suspensos em casos de guerra, perigo público ou outras ameaças.

245. Além disso, o Tribunal estabeleceu que o direito à vida tem um papel fundamental na Convenção Americana, por ser o pressuposto essencial para o exercício dos demais direitos. Os Estados têm a obrigação de garantir a criação das condições que se requeiram para que não se produzam violações desse direito inalienável e, em particular, o dever de impedir que seus agentes atentem contra ele. A observância do artigo 4, relacionado com o artigo 1.1 da Convenção Americana, não somente pressupõe que nenhuma pessoa seja privada de sua vida arbitrariamente (obrigação negativa), mas ademais requer que os Estados adotem todas as medidas apropriadas para proteger e preservar o direito à vida (obrigação positiva),<sup>262</sup> conforme o dever de garantir o pleno e livre exercício dos direitos de todas as pessoas sob sua jurisdição.<sup>263</sup>

246. Em relação à obrigação de garantir o direito reconhecido no artigo 5 da Convenção Americana, esta implica o dever do Estado de prevenir e investigar possíveis atos de tortura ou outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. A esse respeito, o Tribunal afirmou que:

<sup>260</sup> Cf. testemunho prestado perante agente dotado de fé pública pela senhora Monárrez Salgado em 23 de julho de 2006 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXXVI, anexo 50 registro 2, tomo I, folha 13082).

<sup>261</sup> Cf. *Caso Baldeón García Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 6 de abril de 2006. Série C N° 147, par. 81; *Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguai. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 29 de março de 2006. Série C N° 146, par. 154; e *Caso do Massacre de Pueblo Bello Vs. Colômbia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de janeiro de 2006. Série C N° 140, par. 111.

<sup>262</sup> Cf. *Caso das "Crianças de Rua" (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala*, par. 144, nota 31 *supra*; *Caso do Presídio Castro Castro Vs. Peru*, par. 237, nota 248 *supra*, e *Caso Vargas Areco Vs. Paraguai. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C N° 155, par. 75.

<sup>263</sup> Cf. *Caso do Massacre de Pueblo Bello Vs. Colômbia*, par. 120, nota 261 *supra*; *Caso do Presídio Castro Castro Vs. Peru*, par. 237, nota 248 *supra*, e *Caso Vargas Areco Vs. Paraguai*, par. 75, nota 262 *supra*.

[à] luz da obrigação geral de garantir a toda pessoa sob sua jurisdição os direitos humanos consagrados na Convenção, estabelecida no artigo 1.1 da mesma, em conjunto com o direito à integridade pessoal, em conformidade com o artigo 5 (Direito à Integridade Pessoal) deste tratado, existe a obrigação estatal de iniciar de ofício e imediatamente uma investigação efetiva que permita identificar, julgar e punir os responsáveis, quando existe denúncia ou razão fundada para acreditar que foi cometido um ato de tortura.<sup>264</sup>

247. No que se refere ao artigo 7.1 da Convenção, esta Corte afirmou que este consagra em termos gerais o direito à liberdade e segurança e que os demais incisos do artigo 7 reconhecem diversas garantias que devem ser observadas na hora de privar alguém de sua liberdade. Daí se explica que a forma em que a legislação interna afeta o direito à liberdade é caracteristicamente negativa, quando permite que se prive ou restrinja a liberdade. Sendo, por isso, a liberdade sempre a regra e a limitação ou restrição sempre a exceção.<sup>265</sup> Consequentemente, o Estado deve prevenir que a liberdade dos indivíduos seja prejudicada pela atuação de agentes estatais e terceiros particulares, bem como investigar e punir os atos violatórios deste direito.

248. Corresponde agora ao Tribunal analisar se o Estado preveniu corretamente o desaparecimento, abusos e morte sofridas pelas três vítimas e se investigou as mesmas com a devida diligência. Em outras palavras, se cumpriu o dever de garantia dos artigos 4, 5 e 7 da Convenção Americana, em conformidade com o artigo 1.1 da mesma e o artigo 7 da Convenção de Belém do Pará, que complementa o *corpus juris* internacional em matéria de prevenção e sanção da violência contra a mulher,<sup>266</sup> e se permitiu o acesso à justiça aos familiares das três vítimas, conforme estipulam os artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 da mesma.

#### **4.2.1. Dever de prevenção dos direitos à liberdade pessoal, integridade pessoal e vida das vítimas**

249. A Comissão alegou que o Estado "não adotou medidas razoáveis para proteger a vida e prevenir os assassinatos" das vítimas, "apesar de que tinha conhecimento do risco iminente que corriam de serem assassinadas por haverem sido denunciadas como desaparecidas até a data dos fatos". Em sentido similar, afirmou que a informação apresentada pelo Estado durante o trâmite perante ela "não indica que foram implementadas normas e práticas orientadas a garantir uma ordem de busca

<sup>264</sup> *Caso do Presídio Miguel Castro Castro Vs. Peru*, par. 345, nota 248 *supra*; *Caso Vargas Areco Vs. Paraguai*, par. 79, nota 262 *supra*, e *Caso Bueno Alves Vs. Argentina. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 11 de maio de 2007. Série C N° 164, par. 89.

<sup>265</sup> *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez. Vs. Equador. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 21 de novembro de 2007. Série C N° 170, par. 53.

<sup>266</sup> *Cf. Caso do Presídio Miguel Castro Castro Vs. Peru*, par. 276, nota 248 *supra*.

imediatamente diante das denúncias de desaparecimento, ou que existiram disposições sancionadoras perante uma resposta deficiente de funcionários estatais”.

250. Os representantes afirmaram que “as autoridades mexicanas, no momento em que ocorreram os desaparecimentos das vítimas, tinham conhecimento de que existia um risco real e imediato para a vida destas”, “[d]evido a que os casos aqui expostos fazem parte do padrão de violência contra mulheres e meninas, e o Estado não tomou as medidas necessárias com a devida diligência para evitá-los”.

251. O Estado alegou que “cumpruiu suas obrigações de prevenção, investigação e sanção em cada um dos casos”.

252. A Corte estabeleceu que o dever de prevenção inclui todas as medidas de caráter jurídico, político, administrativo e cultural que promovam a proteção dos direitos humanos e que assegurem que as eventuais violações aos mesmos sejam efetivamente consideradas e tratadas como um fato ilícito que, como tal, é suscetível de acarretar sanções para quem as cometa, bem como a obrigação de indenizar as vítimas por suas consequências prejudiciais. É claro, por sua vez, que a obrigação de prevenir é de meio ou de comportamento e não se demonstra seu descumprimento pelo simples fato de que um direito tenha sido violado.<sup>267</sup>

253. A Convenção de Belém do Pará define a violência contra a mulher (par. 226 *supra*) e em seu artigo 7.b obriga os Estados Partes a utilizar a devida diligência para prevenir, punir e erradicar esta violência.

254. Desde 1992, o CEDAW estabeleceu que “os Estados também podem ser responsáveis por atos privados se não adotarem medidas com a devida diligência para impedir a violação dos direitos ou para investigar e castigar os atos de violência e indenizar as vítimas”.<sup>268</sup> Em 1993, a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher da Assembleia Geral das Nações Unidas instou os Estados a “[p]roceder com a devida diligência a fim de prevenir, investigar e, conforme a legislação nacional, castigar todo ato de violência contra a mulher, seja por atos perpetrados pelo Estado ou por particulares”<sup>269</sup> e o mesmo fez a Plataforma de Ação da Conferência Mundial sobre a Mulher de Beijing.<sup>270</sup> Em 2006, a Relatora Especial sobre violência contra a mulher da ONU afirmou que, “[t]omando como base a prática e a *opinio juris*, [...] pode-se concluir que há uma norma do Direito Internacional consuetudinário que obriga os Estados a prevenir e responder com a devida diligência aos atos de violência contra a mulher”.<sup>271</sup>

<sup>267</sup> Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Mérito*, par. 166, nota 257 *supra*; *Caso Perozo e outros Vs. Venezuela*, par. 149, nota 22 *supra*, e *Caso Anzualdo Castro Vs. Peru*, par. 63, nota 30 *supra*.

<sup>268</sup> Cf. CEDAW, Recomendação geral 19: A Violência contra a Mulher, 11º período de sessões, 1992, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 84 (1994), par. 9.

<sup>269</sup> Cf. Nações Unidas, Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher. Resolução da Assembleia Geral 48/104 de 20 de dezembro de 1993. A/RES/48/104, 23 de fevereiro de 1994, artigo 4.c.

<sup>270</sup> Nações Unidas, Relatório da Quarta Conferência Mundial sobre a Mulher, Beijing, 4 a 15 de setembro de 1995, Declaração e Plataforma de Ação de Beijing aprovada na 16ª sessão plenária realizada em 15 de setembro de 1995. A/CONF.177/20/Rev.1, página 54, par. 124 b.

<sup>271</sup> Relatório da Relatora Especial sobre a violência contra a mulher, *supra* nota 64.

255. No Caso *Maria Da Penha Vs. Brasil* (2000), apresentado por uma vítima de violência doméstica, a Comissão Interamericana aplicou pela primeira vez a Convenção de Belém do Pará e decidiu que o Estado havia descumprido sua obrigação de exercer a devida diligência para prevenir, punir e erradicar a violência doméstica, ao não condenar e punir o agressor durante 15 anos apesar das reclamações oportunamente efetuadas.<sup>272</sup> A Comissão concluiu que dado que a violação faz parte de um "padrão geral de negligência e falta de efetividade do Estado", não somente havia sido violada a obrigação de processar e condenar, mas também a de prevenir estas práticas degradantes.<sup>273</sup>

256. Por outro lado, a Relatoria Especial sobre a violência contra a mulher da ONU proporcionou diretrizes sobre que medidas devem tomar os Estados para cumprir suas obrigações internacionais de devida diligência em relação à prevenção, a saber: ratificação dos instrumentos internacionais de direitos humanos; garantias constitucionais sobre a igualdade da mulher; existência de leis nacionais e sanções administrativas que proporcionem reparação adequada às mulheres vítimas da violência; políticas ou planos de ação que se ocupem da questão da violência contra a mulher; sensibilização do sistema de justiça penal e da polícia em relação a questões de gênero, acessibilidade e disponibilidade de serviços de apoio; existência de medidas para aumentar a sensibilização e modificar as políticas discriminatórias na esfera da educação e nos meios de informação, e coleta de dados e elaboração de estatísticas sobre a violência contra a mulher.<sup>274</sup>

257. Além disso, segundo um Relatório do Secretário Geral da ONU:

É uma boa prática fazer com que o entorno físico seja seguro para as mulheres, e têm se utilizado auditorias comunitárias de segurança para detectar os locais perigosos, examinar os temores das mulheres e solicitar às mulheres suas recomendações para melhorar sua segurança. A prevenção da violência contra a mulher deve ser um elemento explícito no planejamento urbano e rural e na elaboração

<sup>272</sup> CIDH, Caso 12.051, Relatório N° 54/01, Maria Da Penha Maia Fernandes. Relatora Especial sobre a violência contra a mulher Vs. Brasil, Relatório Anual, 2000, OEA/Ser.L/V/II.111 Doc.20 rev. (2000).

<sup>273</sup> CIDH, Maria Da Penha Maia Fernandes Vs. Brasil, par. 56, nota 272 *supra*. No mesmo sentido se pronunciou o CEDAW. Assim, no caso *A.T. Vs. Hungria* (2005), determinou que o Estado não havia cumprido as obrigações estabelecidas na Convenção para prevenir a violência contra a vítima e protegê-la. Em particular, afirmou que "preocupa especialmente que não tenha sido promulgada legislação específica que combata a violência doméstica e o abuso sexual, e a inexistência de ordens judiciais de proteção ou de abandono do lar, ou de albergues para a proteção imediata das mulheres vítimas de violência doméstica" (Cf. CEDAW, Comunicação N° 2/2003, *Sra. A. T. Vs. Hungria*, 32° período de sessões, 26 de janeiro de 2005 par. 9.3). Em sentido similar, no caso *Yildirim Vs. Áustria*, no qual a vítima foi assassinada por seu marido, o Comitê CEDAW concluiu que o Estado havia faltado com seu dever de devida diligência por não o ter detido (Cf. CEDAW, Comunicação N° 6/2005, *Fatma Yildirim Vs. Áustria*, 39° período de sessões, 23 de julho a 10 de agosto de 2007, par. 12.1.4 e 12.1.5).

<sup>274</sup> Cf. Nações Unidas, A violência contra a mulher na família: Relatório da Sra. Radhika Coomaraswamy, Relatora Especial sobre a violência contra a mulher, com inclusão de suas causas e consequências, apresentado em conformidade com a resolução 1995/85 da Comissão de Direitos Humanos, UN Doc. E/CN.4/1999/68, 10 de março de 1999, par. 25.

dos edifícios e residências. Faz parte do trabalho de prevenção o melhoramento da segurança do transporte público e das estradas que utilizam as mulheres, por exemplo, para as escolas e instituições educacionais, os poços, os campos e as fábricas.<sup>275</sup>

258. De todo o anterior, observa-se que os Estados devem adotar medidas integrais para cumprir a devida diligência em casos de violência contra as mulheres. Em particular, devem contar com um marco jurídico de proteção adequado, com uma aplicação efetiva do mesmo e com políticas de prevenção e práticas que permitam atuar de uma maneira eficaz perante as denúncias. A estratégia de prevenção deve ser integral, ou seja, deve prevenir os fatores de risco e por sua vez fortalecer as instituições para que possam proporcionar uma resposta efetiva aos casos de violência contra a mulher. Além disso, os Estados devem adotar medidas preventivas em casos específicos nos quais é evidente que determinadas mulheres e meninas podem ser vítimas de violência. Tudo isto deve levar em consideração que em casos de violência contra a mulher, os Estados têm, além das obrigações genéricas contidas na Convenção Americana, uma obrigação reforçada a partir da Convenção do Belém do Pará. A Corte passará agora a analisar as medidas adotadas pelo Estado até a data dos fatos do presente caso para cumprir seu dever de prevenção.

259. O Estado alegou que, “a partir do contexto de violência em Ciudad Juárez reconhecido pelas autoridades governamentais, foram tomadas e continuaram adotando todas as medidas que foram consideradas necessárias para evitar que os fatos de violência contra as mulheres se repetissem”. Além disso, afirmou que ficou demonstrado “o fortalecimento da capacidade e da infraestrutura institucional orientadas a que as investigações nos casos de violência contra as mulheres sejam efetivas e representem um acompanhamento judicial consistente”, bem como “os amplos programas orientados a erradicar padrões socioculturais discriminatórios contra a mulher, como políticas integrais de prevenção, programas de atendimento a vítimas do crime, participação cidadã, e capacitação de funcionários públicos”.

260. A Comissão afirmou que existia uma “ausência de medidas estatais efetivas ante o desaparecimento e posterior morte das vítimas” e que “na época em que ocorreram os fatos, o Estado não havia adotado as políticas nem as medidas necessárias para garantir a efetiva prevenção, investigação e sanção de fatos violentos contra as mulheres”.

261. Os representantes alegaram de maneira geral que “nenhuma das poucas ações adotadas pelas autoridades desde 1993 até 2001 e os recursos econômicos destinados podem ser considerados como medidas efetivas para prevenir a violência contra mulheres e meninas”.

<sup>275</sup> Nações Unidas, Assembleia Geral, Estudo a fundo sobre todas as formas de violência contra a mulher. Relatório do Secretário Geral, Sexagésimo Primeiro Período de Sessões, A/61/122/Add.1, 6 de julho de 2006, par. 352.



262. Da prova apresentada ao Tribunal se observa, em primeiro lugar, que o México criou a Promotoria Especial para a Investigação de Homicídios de Mulheres em Ciudad Juárez da Procuradoria de Justiça de Chihuahua (doravante denominada a "FEIHM") em 1998,<sup>276</sup> como resposta à Recomendação nº 44/98 da CNDH.<sup>277</sup> Segundo o Estado, esta Promotoria foi criada como "uma primeira resposta ao fenômeno de violência contra as mulheres em Ciudad Juárez".

263. A esse respeito, o Relatório da Relatoria da CIDH de 2003 afirmou que, segundo o que informaram autoridades do Estado de Chihuahua durante a visita da Relatora em 2002, esta Promotoria "ha[via] colocado em prática as medidas necessárias para reagir pronta e corretamente" aos homicídios, estava formada por agentes "com capacitação especializada", que a mesma havia sido "dotada de capacidade técnica para responder de maneira mais eficaz a esses crimes", que haviam sido instalados diversos sistemas de informação e que cada um dos homicídios "havia sido designado a determinado grupo de agentes encarregados da investigação em todas suas etapas, para evitar o possível custo da perda de informação e para garantir a integridade da investigação."<sup>278</sup>

264. Em relação aos êxitos da FEIHM, destaca a resposta do Estado ao Relatório do CEDAW em 2005, na qual afirmou que "sua instalação gerou um processo de investigação que levou a obter resultados favoráveis e permitiu a identificação, julgamento e sanção dos responsáveis em 45,72% dos casos".<sup>279</sup> A esse respeito, a Corte observa o estabelecido previamente (par. 159 *supra*), em relação a que, no ano de 2005, ao redor de 38% dos casos de homicídios de mulheres em Ciudad Juárez contavam com sentenças condenatórias ou sanções. Em segundo lugar, a Corte observa que na mesma resposta do Estado ao Relatório do CEDAW esclarece que a cifra de 45,72% de sentenças se refere aos crimes não sexuais, enquanto dos 92 crimes sexuais documentados, somente quatro haviam recebido sentença<sup>280</sup> (par. 161 *supra*).

265. Por outro lado, a FEIHM teve vários promotores especiais,<sup>281</sup> a maioria com uma permanência de alguns meses, e a informação com que contava era insuficiente

<sup>276</sup> Cf. Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1922, nota 64 *supra*; CNDH, Relatório Especial, folha 2168, nota 66 *supra*, e Anistia Internacional, *Mortes Intoleráveis*, folha 2265, nota 64 *supra*.

<sup>277</sup> Cf. Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1963, nota 64 *supra*. Segundo a CNDH, a criação desta Promotoria obedeceu a que "as investigações de todos os homicídios que se suscitavam em Ciudad Juárez, Chihuahua, de 1993 a 1996, estavam a cargo do grupo de homicídios da Polícia Judiciária da mesma entidade federativa" e segundo a Anistia Internacional, "foi uma reivindicação das organizações locais desde o ano de 1996 em razão da incapacidade da [Procuradoria Geral de Justiça do Estado] de responder à situação" (Cf. CNDH, Relatório Especial, folha 2168, nota 66 *supra*, e Anistia Internacional, *Mortes Intoleráveis*, folha 2278, nota 64 *supra*).

<sup>278</sup> Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez, México*, folha 1752, nota 64 *supra*.

<sup>279</sup> Cf. Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1963, nota 64 *supra*.

<sup>280</sup> Cf. Promotoria Especial para o Atendimento de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres em Ciudad Juárez, Relatório Final, folhas 14617 a 14651, nota 87 *supra*.

<sup>281</sup> Cf. Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1937, nota 64 *supra*, e CNDH, Relatório Especial, folha 2235, nota 66 *supra*.

para realizar uma análise integral sobre os homicídios e desaparecimentos ocorridos em Ciudad Juárez, bem como sobre o impacto da FEIHM nesta situação.<sup>282</sup>

266. Finalmente, segundo o Relatório da Relatoria da CIDH do ano de 2003, “[a] informação disponível reflete que os esforços realizados para melhorar a reação frente a esses crimes através da Promotoria Especial alcançaram alguns êxitos” e que, “[c]ertamente, a situação não é tão grave como nos primeiros anos, em que em alguns casos o único ‘expediente’ de um assassinato consistia em uma sacola de ossos”.<sup>283</sup>

267. Também consta nos autos perante a Corte que, em 27 de junho de 1998 foi publicada no Diário Oficial do Estado de Chihuahua a “Lei Sobre o Sistema Estadual de Segurança Pública”,<sup>284</sup> mas o Estado não proporcionou argumentos nem prova sobre como esta medida contribuiu a prevenir, segundo sua alegação, que “os fatos de violência contra as mulheres se repetissem”.

268. A Corte toma nota de que, segundo a Lei Orgânica do Poder Executivo do Estado de Chihuahua, reformada em 1998 e vigente em 2001, é função da Procuradoria Geral de Justiça do Estado “[d]itar as medidas adequadas para combater e erradicar a violência contra a mulher e as crianças, desenvolvendo para tal efeito mecanismos institucionais”,<sup>285</sup> bem como “[c]onceder a proteção que a lei prevê aos direitos das vítimas”.<sup>286</sup>

269. Além disso, a Corte constata que, no âmbito federal, foi criado o Instituto Nacional de Mulheres (doravante denominado o “INMUJERES”), através de uma lei publicada no Diário Oficial em 12 de janeiro de 2001.<sup>287</sup> Esta lei estabeleceu que o objetivo geral do INMUJERES é “promover e fomentar as condições que possibilitem a não discriminação, a igualdade de oportunidades e de tratamento entre os gêneros; o exercício pleno de todos os direitos das mulheres e sua participação equitativa na vida política, cultural, econômica e social do país”.<sup>288</sup> Entretanto, as atividades e programas do INMUJERES indicados nos autos são posteriores a 2001, ano dos homicídios das vítimas, de modo que não é aplicável ao presente caso.

270. O México também fez referência à criação, em 1998, de um programa piloto denominado “Programa de Atendimento a Vítimas do Crime” e que em 2000, como parte deste Programa, “foi criada uma base de dados para facilitar a busca e localização de pessoas desaparecidas”. Entretanto, a Corte observa que não conta com informação pertinente nos autos para apreciar estas iniciativas.

<sup>282</sup> Cf. CNDH, Relatório Especial, folha 2235, nota 66 *supra*, e Anistia Internacional, *Mortes Intoleráveis*, folha 2278, nota 64 *supra*.

<sup>283</sup> CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folha 1752, nota 64 *supra*.

<sup>284</sup> Cf. Lei Sobre o Sistema Estadual de Segurança Pública emitida pelo Congresso do Estado, publicada no Diário Oficial do Estado N° 51 de 27 de junho de 1998 e reformada no ano de 2002, 2004 e 2005 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLII, anexo 72, folhas 15326 a 15364).

<sup>285</sup> Cf. artigo 35, inciso V da Lei Orgânica do Poder Executivo do Estado de Chihuahua, publicada no Diário Oficial N° 79 de 1° de outubro de 1986, última reforma POE 2005.01.19/N° 6.

<sup>286</sup> Cf. artigo 35, inciso VI da Lei Orgânica do Poder Executivo do Estado de Chihuahua, nota 285 *supra*.

<sup>287</sup> Cf. Lei do Instituto Nacional das Mulheres (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLIII, anexo 86, folhas 16010 a 16019).

<sup>288</sup> Artigo 4 da Lei do Instituto Nacional das Mulheres, folha 16010, nota 287 *supra*.

271. Ademais, o Estado apresentou como prova um relatório da Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Chihuahua apresentado perante a Comissão Interamericana em março de 2002, o qual indicou uma série de ações adotadas por parte do governo estadual. O México não remeteu prova adicional sobre as diversas medidas indicadas neste documento. Além disso, o Estado não aprofundou sobre estas ações em suas alegações<sup>289</sup> nem ofereceu informação específica como a data e lugares em que foram implementadas, ou sobre os resultados das mesmas. Isso impede que a Corte possa apreciá-las.

272. O Tribunal toma nota de que os relatórios da Relatoria da CIDH e da Anistia Internacional, ambos do ano de 2003, faziam alusão a uma série de medidas tomadas pelo Estado que incluíam a ampliação de iluminação pública, pavimentação de estradas, incremento de segurança nas regiões de alto risco, melhoria na seleção dos motoristas de ônibus que transportam trabalhadores a toda hora, programas de controle estrito do consumo de álcool e a instalação de duas linhas telefônicas de urgência.<sup>290</sup> Entretanto, estes relatórios não proporcionam as datas quando foram realizadas estas medidas, de modo que é impossível para o Tribunal apreciá-las como medidas de prevenção adotadas pelo México antes de 2001.

273. A Corte observa que relatórios nacionais e internacionais coincidem em que a prevenção dos casos de homicídios de mulheres em Ciudad Juárez, bem como a resposta a eles, foi ineficaz e insuficiente.<sup>291</sup> Segundo o Relatório do CEDAW de 2005, não foi senão até o ano de 2003 e sobretudo como acompanhamento ao Relatório da Relatoria da CIDH "que se começ[ou] a encarar de frente a necessidade de um programa global [e] integrado, com áreas de intervenção distintas e complementares". O CEDAW concluiu que, "[c]onsiderando que no presente há uma maior vontade política, principalmente nas estruturas federais [...], não pode deixar de afirmar que, [...] desde 1993, no que respe[it]a à prevenção, à investigação e à sanção [...], as políticas adotadas e as medidas tomadas foram ineficazes e permitiram um clima de impunidade".<sup>292</sup>

274. Desde o ano de 1998, o Estado foi advertido publicamente sobre a problemática existente em Ciudad Juárez, por meio da Recomendação n° 44 da CNDH. Nesta Recomendação, a CNDH afirmou que obteve argumentos:

<sup>289</sup> O Estado mencionou o Programa de Tolerância Zero e a Operação Cruzeiro em suas alegações, mas não explicou os êxitos ou resultados destes programas (Cf. escrito de contestação da demanda, expediente de mérito, tomo III, folha 1031). A Corte observa que no documento da Procuradoria descrito no par. 270 *supra*, o Estado mencionou que os Crimes diminuíram como resultado destes programas, mas não ofereceu maior explicação nem proporcionou prova adicional a esse respeito.

Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, nota 64 *supra*.

<sup>290</sup> Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folha 1820, nota 64 *supra*, e Anistia Internacional, *Mortes Intoleráveis*, folha 2285, nota 64 *supra*.

<sup>291</sup> Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folha 1749, nota 64 *supra*; Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1924, nota 64 *supra*, e CNDH, Recomendação 44/1998, folha 2155, nota 72 *supra*.

<sup>292</sup> Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folhas 1938 e 1926, nota 64 *supra*.

[q]ue permitem afirmar que as autoridades estatais incorreram em uma omissão culposa ao observar o crescimento deste fenômeno social e não atendê-lo, controlá-lo ou erradicá-lo, já que não somente não o previram nem preveniram, mas tampouco tomaram cuidados; e tomando como referência os casos de mulheres assassinadas durante 1998, é uma tendência que, ao não serem tomadas de imediato as medidas necessárias para preveni-los e reprimi-los, lamentavelmente ultrapassar[ão] as cifras dos anos anteriores.<sup>293</sup>

275. Em 1999, a Relatora sobre execuções extrajudiciais da ONU visitou Ciudad Juárez, reuniu-se com autoridades estatais e em seu relatório observou que “o Governo, ao descuidar deliberadamente da proteção das vidas dos cidadãos em razão de seu sexo, havia provocado uma sensação de insegurança em muitas das mulheres de Ciudad Juárez. Ao mesmo tempo, havia conseguido que os autores desses crimes ficassem impunes”.<sup>294</sup>

276. Em 2003, a CNDH determinou que “mais de cinco anos depois de haver sido emitida [a Recomendação nº 44], o fenômeno social não foi controlado e, ao contrário, o índice de criminalidade contra as mulheres que vivem ou transitam no município de Juárez, Chihuahua, continuou sua escala ascendente”. Com relação a recomendações específicas feitas pela CNDH relativas a convênios de colaboração com outras Procuradorias e corpos policiais, ao estabelecimento de programas de segurança pública e a capacitações aos corpos policiais, a CNDH concluiu que “[as] declarações apresentadas [...] permitiram observar a insuficiência das ações adotadas”.<sup>295</sup>

277. Segundo os fatos do presente caso, as vítimas González, Ramos e Herrera eram mulheres jovens de 20, 17 e 15 anos, respectivamente, todas humildes, uma estudante, as outras duas trabalhadoras. Saíram de sua casa um dia e seus corpos foram encontrados dias ou semanas mais tarde em uma plantação de algodão com sinais de violência sexual e outros maus-tratos. Nos dias entre seus desaparecimentos e a descoberta de seus corpos, suas mães e familiares recorreram às autoridades em busca de respostas, mas se encontraram com juízos de valor sobre o comportamento das vítimas e com nenhuma ação concreta destinada a encontrá-las com vida além do recebimento de declarações.

278. A Corte considerou provado e o Estado reconheceu que, no ano de 2001, Ciudad Juárez vivia uma forte onda de violência contra as mulheres. Os fatos do caso revelam paralelos significativos com o contexto provado.

279. Apesar de que o Estado tinha pleno conhecimento do risco que corriam as mulheres de serem objeto de violência, não demonstrou ter adotado medidas efetivas de prevenção antes de novembro de 2001 que reduzissem os fatores de

<sup>293</sup> CNDH, Recomendação 44/1998, folha 2155, nota 72 *supra*.

<sup>294</sup> Relatório da Relatora sobre as execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias, folha 2053, nota 73 *supra*.

<sup>295</sup> CNDH, Relatório Especial, folhas 2224 e 2226, nota 266 *supra*.

risco para as mulheres. Ainda que o dever de prevenção seja de meio e não de resultado (par. 251 *supra*), o Estado não demonstrou que a criação da FEIHM e algumas adições a seu contexto legislativo, por mais que tenham sido necessárias e demonstrem um compromisso estatal, foram suficientes e efetivas para prevenir as graves manifestações da violência contra a mulher que eram vividas em Ciudad Juárez na época do presente caso.

280. Agora, em conformidade com a jurisprudência da Corte, é claro que um Estado não pode ser responsável por qualquer violação de direitos humanos cometida entre particulares dentro de sua jurisdição. De fato, as obrigações convencionais de garantia a cargo dos Estados não implicam uma responsabilidade ilimitada dos Estados frente a qualquer ato ou fato de particulares, pois seus deveres de adotar medidas de prevenção e proteção dos particulares em suas relações entre si se encontram condicionados ao conhecimento de uma situação de risco real e imediato para um indivíduo ou grupo de indivíduos determinado, e às possibilidades razoáveis de prevenir ou evitar esse risco. Ou seja, ainda que um ato ou omissão de um particular tenha como consequência jurídica a violação de determinados direitos humanos de outro particular, este não é automaticamente atribuível ao Estado, pois deve se limitar às circunstâncias particulares do caso e à concretização destas obrigações de garantia.<sup>296</sup>

281. No presente caso, existem dois momentos-chave nos quais o dever de prevenção deve ser analisado. O primeiro é antes do desaparecimento das vítimas e o segundo antes da localização de seus corpos sem vida.

282. Sobre o primeiro momento antes do desaparecimento das vítimas, a Corte considera que a falta de prevenção do desaparecimento não leva, *per se*, à responsabilidade internacional do Estado porque, apesar de que este tinha conhecimento de uma situação de risco para as mulheres em Ciudad Juárez, não foi estabelecido que tinha conhecimento de um risco real e imediato para as vítimas deste caso. Ainda que o contexto neste caso e suas obrigações internacionais impõem ao Estado uma responsabilidade reforçada com relação à proteção de mulheres em Ciudad Juárez, as quais se encontravam em uma situação de vulnerabilidade, em especial as mulheres jovens e humildes, não impõem uma responsabilidade ilimitada frente a qualquer fato ilícito contra elas. Finalmente, a Corte não pode senão fazer presente que a ausência de uma política geral que houvesse sido iniciada pelo menos em 1998 – quando a CNDH advertiu sobre o padrão de violência contra a mulher em Ciudad Juárez –, é uma falta do Estado no cumprimento geral de sua obrigação de prevenção.

283. Em relação ao segundo momento – antes da descoberta dos corpos –, dado o contexto do caso, o Estado teve conhecimento de que existia um risco real e imediato de que as vítimas teriam sido agredidas sexualmente, submetidas a

<sup>296</sup> Cf. *Caso do Massacre de Pueblo Bello Vs. Colômbia*, par. 123, nota 261 *supra*; *Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguai*, par. 155, nota 261 *supra*, e *Caso Valle Jaramillo e outros Vs. Colômbia*, par. 78, nota 49 *supra*. Ver também ECHR, *Case of Kiliç v. Turkey*, Judgment of 28 March 2000, paras. 62 and 63 e ECHR, *Case of Osman v. the United Kingdom*, Judgment of 28 October 1998, paras. 115 and 116.

abusos e assassinadas. A Corte considera que, ante tal contexto, surge um dever de devida diligência estrita frente a denúncias de desaparecimento de mulheres, em relação à sua busca durante as primeiras horas e os primeiros dias. Esta obrigação de meio, ao ser mais estrita, exige a realização exaustiva de atividades de busca. Em particular, é imprescindível a atuação rápida e imediata das autoridades policiais, do Ministério Público e judiciais, ordenando medidas oportunas e necessárias dirigidas à determinação do paradeiro das vítimas ou do local onde possam se encontrar privadas de liberdade. Devem existir procedimentos adequados para as denúncias e que estas levem a uma investigação efetiva desde as primeiras horas. As autoridades devem presumir que a pessoa desaparecida está privada de liberdade e continua com vida até que seja posto fim à incerteza sobre o que ocorreu.

284. O México não demonstrou ter adotado as medidas razoáveis, em conformidade com as circunstâncias que rodeavam os casos, para encontrar as vítimas com vida. O Estado não atuou com rapidez dentro das primeiras horas e dias depois das denúncias de desaparecimento, perdendo horas valiosas. No período entre as denúncias e a descoberta dos corpos das vítimas, o Estado se limitou a realizar formalidades e a tomar declarações que, ainda que importantes, perderam seu valor uma vez que estas não repercutiram em ações de busca específicas. Além disso, as atitudes e declarações dos funcionários aos familiares das vítimas, que davam a entender que as denúncias de desaparecimento não deviam ser tratadas com urgência e rapidez, levam o Tribunal a concluir razoavelmente que houve uma demora injustificada depois das apresentações das denúncias de desaparecimento. Tudo isso demonstra que o Estado não atuou com a devida diligência requerida para prevenir corretamente as mortes e agressões sofridas pelas vítimas e que não atuou como razoavelmente era de se esperar, em conformidade com as circunstâncias do caso, para pôr fim à sua privação de liberdade. Este descumprimento do dever de garantia é particularmente sério devido ao contexto conhecido pelo Estado – o qual colocava as mulheres em uma situação especial de vulnerabilidade – e às obrigações reforçadas impostas em casos de violência contra a mulher pelo artigo 7.b da Convenção de Belém do Pará.

285. Além disso, a Corte considera que o Estado não demonstrou ter adotado normas ou implementado as medidas necessárias, em conformidade com o artigo 2 da Convenção Americana e o artigo 7.c da Convenção de Belém do Pará, que permitissem às autoridades oferecer uma resposta imediata e eficaz diante das denúncias de desaparecimento e prevenir adequadamente a violência contra a mulher. Tampouco demonstrou ter adotado normas ou tomado medidas para que os funcionários responsáveis por receber as denúncias tivessem a capacidade e a sensibilidade para entender a gravidade do fenômeno da violência contra a mulher e a vontade para atuar de imediato.

286. Em razão de todo o exposto, o Tribunal considera que o Estado violou os direitos à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal reconhecidos nos artigos 4.1, 5.1, 5.2 e 7.1 da Convenção Americana, em relação à obrigação geral de garantia

contemplada no artigo 1.1 e à obrigação de adotar disposições de direito interno contemplada no artigo 2 da mesma, bem como às obrigações contempladas no artigo 7.b e 7.c da Convenção de Belém do Pará, em detrimento de Claudia Ivette González, Laura Berenice Ramos Monárrez e Esmeralda Herrera Monreal.

#### **4.2.2. Dever de investigar os fatos efetivamente, em conformidade com os artigos 8.1 e 25.1 da Convenção, derivado da obrigação de garantia dos direitos à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal**

287. Da obrigação geral de garantia dos direitos à vida, integridade pessoal e liberdade pessoal deriva a obrigação de investigar os casos de violações desses direitos; ou seja, do artigo 1.1 da Convenção em conjunto com o direito substantivo que deve ser amparado, protegido ou garantido.<sup>297</sup> Além disso, o México deve observar o disposto nos artigos 7.b e 7.c da Convenção de Belém do Pará, que obriga a atuar com a devida diligência<sup>298</sup> e a adotar a normativa necessária para investigar e punir a violência contra a mulher.

288. Em sua sentença de mérito proferida no caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, a Corte estabeleceu que, em conformidade com o dever de garantia:

[o] Estado está [...] obrigado a investigar toda situação na qual tenham sido violados os direitos humanos protegidos pela Convenção. Se o aparato do Estado atua de modo que tal violação fique impune e não se restabeleça, enquanto seja possível, à vítima a plenitude de seus direitos, pode afirmar-se que descumpriu o dever de garantir seu livre e pleno exercício às pessoas sujeitas à sua jurisdição. O mesmo é válido quando se tolere que os particulares ou grupos deles atuem livre ou impunemente em prejuízo dos direitos humanos reconhecidos na Convenção.<sup>299</sup>

289. O dever de investigar é uma obrigação de meio e não de resultado, que deve ser assumida pelo Estado como um dever jurídico próprio e não como uma simples formalidade condenada de antemão a ser infrutífera.<sup>300</sup> A obrigação do Estado de investigar deve ser cumprida diligentemente para evitar a impunidade e para que este tipo de fatos não volte a se repetir. Nesse sentido, a Corte recorda que a impunidade fomenta a repetição das violações de direitos humanos.<sup>301</sup>

<sup>297</sup> Cf. *Massacre de Pueblo Bello Vs. Colômbia*, par. 142, nota 261 *supra*; *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 12 de agosto de 2008. Série C N° 186, par. 115, e *Caso Perozo e outros Vs. Venezuela*, par. 298, nota 22 *supra*.

<sup>298</sup> Cf. *Caso do Presídio Miguel Castro Castro Vs. Peru*, par. 344, nota 248 *supra*.

<sup>299</sup> *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Mérito*, para. 176, nota 257 *supra*, e *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras*, par. 76, nota 190 *supra*.

<sup>300</sup> Cf. *Caso Anzualdo Castro Vs. Peru*, par. 123, nota 30 *supra*, e *Caso Garibaldi Vs. Brasil*, par. 113, nota 252 *supra*.

<sup>301</sup> Cf. *Caso Anzualdo Castro Vs. Peru*, par. 179, nota 30 *supra*, e *Caso Garibaldi Vs. Brasil*, par. 141 nota 252 *supra*.

290. À luz desse dever, uma vez que as autoridades estatais tenham conhecimento do fato, devem iniciar *ex officio* e sem demora, uma investigação séria, imparcial e efetiva por todos os meios legais disponíveis e orientada à determinação da verdade e à perseguição, captura, julgamento e eventual castigo de todos os autores dos fatos, em especial quando estão ou possam estar envolvidos agentes estatais.<sup>302</sup>

291. Por outro lado, a Corte advertiu que esta obrigação se mantém “qualquer que seja o agente ao qual possa eventualmente ser atribuída a violação, também os particulares, pois, se seus atos não são investigados com seriedade, resultariam, de certo modo, auxiliados pelo poder público, o que comprometeria a responsabilidade internacional do Estado”.<sup>303</sup>

292. Nesse sentido, no contexto da obrigação de proteger o direito à vida, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos desenvolveu a teoria da “obrigação processual” de efetuar uma investigação oficial efetiva em casos de violações a este direito.<sup>304</sup> A Corte Interamericana também aplicou esta teoria em diversos casos.<sup>305</sup>

293. A Corte considera que o dever de investigar efetivamente, seguindo os padrões estabelecidos pelo Tribunal (pars. 287 a 291 *supra*) tem alcances adicionais quando se trata de uma mulher que sofre uma morte, maltrato ou violação à sua liberdade pessoal no âmbito de um contexto geral de violência contra as mulheres. Em sentido similar, o Tribunal Europeu afirmou que quando um ataque é motivado por razões de raça, é particularmente importante que a investigação seja realizada com vigor e imparcialidade, levando em consideração a necessidade de reiterar continuamente a condenação ao racismo por parte da sociedade e para manter a confiança das minorias na habilidade das autoridades de protegê-las da ameaça de violência racial.<sup>306</sup> O critério anterior é totalmente aplicável ao se analisar os alcances do dever de devida diligência na investigação de casos de violência por razão de gênero.

294. Para determinar se a obrigação processual de proteger os direitos à vida, integridade pessoal e liberdade pessoal pela via de uma investigação séria sobre o ocorrido foi cumprida integralmente neste caso, é preciso examinar as diversas ações tomadas pelo Estado com posterioridade à descoberta dos corpos sem vida, bem como os procedimentos no âmbito interno destinados a elucidar os fatos ocorridos e a identificar os responsáveis pelas violações cometidas em detrimento das vítimas.

295. O Tribunal analisará a controvérsia entre as partes sobre alegadas irregularidades relacionadas com 1) a custódia da cena do crime, coleta e manejo de

<sup>302</sup> Cf. *Caso do Massacre de Pueblo Bello Vs. Colômbia*, par. 143, nota 261 *supra*; *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá*, par. 144, nota 297 *supra*, e *Caso Valle Jaramillo e outros Vs. Colômbia*, par. 101, nota 49 *supra*.

<sup>303</sup> *Caso do Massacre de Pueblo Bello Vs. Colômbia*, par. 145, nota 261 *supra*, e *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras*, par. 78, nota 190 *supra*.

<sup>304</sup> Cf. ECHR, *Ergi v. Turkey*, Judgment of 28.07.1998, Reports of Judgments, n. 81, paras. 85-86, ECHR, *Akkoç v. Turkey*, Judgment of 10 October 2000, paras. 77 to 99, and ECHR, *Kiliç v. Turkey*, Judgment of 28 March 2000, paras. 78 to 83.

<sup>305</sup> Cf. *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 7 de junho de 2003. Série C N° 99, par. 112; *Caso Valle Jaramillo e outros Vs. Colômbia*, par. 97, nota 49 *supra*, e *Caso Garibaldi Vs. Brasil*, par. 23, nota 252 *supra*.

<sup>306</sup> Cf. ECHR, *Case of Angelova and Iliev v. Bulgaria*, Judgment 26 July 2007, para. 98.



evidências, elaboração das autópsias e a identificação e entrega dos restos das vítimas; 2) atuação seguida contra supostos responsáveis e alegada fabricação de culpados; 3) demora injustificada e inexistência de avanços substanciais nas investigações; 4) fragmentação das investigações; 5) falta de sanção aos funcionários públicos envolvidos em irregularidades, e 6) negação de acesso aos autos e demoras ou negação de cópias do mesmo.

#### **4.2.2.1. Alegadas irregularidades na custódia da cena do crime, coleta e manejo de evidências, elaboração das autópsias e a identificação e entrega dos restos das vítimas**

296. Tal como foi indicado (par. 20 *supra*), o Estado alude a duas etapas das investigações, a primeira entre 2001 e 2003 e a segunda entre 2004 e 2009. O Estado reconheceu sua responsabilidade por algumas irregularidades na primeira etapa, mas alegou que na segunda etapa estas deficiências foram corrigidas e foi impulsionado o "Programa de Identidade Humana" com a participação da EAAF.

297. A Corte observa que, em 1º de maio de 2005, a Procuradoria de Chihuahua contratou a EAAF com o fim de assessorar na "identificação de restos de mulheres não identificadas nas cidades de Juárez e Chihuahua", bem como "na revisão de casos nos quais os familiares das vítimas expressam dúvidas sobre a identidade dos restos que receberam".<sup>307</sup> Levando em consideração as conclusões elaboradas pela EAAF em relação ao presente caso, a prova disponível nos autos e o reconhecimento de responsabilidade do Estado, o Tribunal se referirá às irregularidades que se apresentaram: a) na descoberta dos corpos, na custódia da cena do crime, e na coleta e manejo de evidências; b) na realização de autópsias, e c) na realização de exames de DNA, identificação e entrega dos restos mortais.

#### **a) Irregularidades na elaboração do relatório de descoberta dos corpos, preservação da cena do crime e a coleta e manejo de evidências**

298. A Comissão alegou que "a ata de levantamento pericial dos cadáveres não afirma os métodos utilizados para coletar e preservar a evidência" e que as autoridades "associaram alguns elementos de evidência [...] com determinados cadáveres [...] em razão de sua proximidade com os corpos, sendo que tudo isso foi encontrado em um espaço amplo". Os representantes alegaram que as autoridades não rastream o local devidamente. Agregaram que do conjunto "de objetos e provas observados no local, não houve maiores resultados além da tipificação sanguínea de alguns, sem que posteriormente fossem confrontados com outros elementos e com os corpos". Além disso, a Comissão e os representantes afirmaram que não foi feita "constância ou identificação do local onde ficaram resguardadas as evidências" nem dos funcionários

<sup>307</sup> Cf. contrato de prestação de serviços profissionais realizado pela Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Chihuahua com a Equipe Argentina de Antropologia Forense em 1º de maio de 2005 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLV, anexo 136, folhas 16581 a 16586).

a cargo das mesmas. Os representantes acrescentaram que “[n]ão há uma ordem nem uma sequência para marcar as provas encontradas”, o que resultou “em contradições e inconsistências nos resultados dos pareceres periciais”.

299. Entre as irregularidades reconhecidas pelo Estado durante a primeira etapa das investigações se encontram “[a] preservação inapropriada do local da descoberta”, a não adoção de “medidas necessárias” para que a cena do crime “não fosse contaminada”, “o processamento não exaustivo das evidências obtidas” e a não realização de “diligências periciais sobre os indícios probatórios”.

300. Este Tribunal estabeleceu que a eficiente determinação da verdade no contexto da obrigação de investigar uma morte deve ocorrer a partir das primeiras diligências com todo empenho.<sup>308</sup> Nesse sentido, a Corte especificou os princípios orientadores que devem ser observados em uma investigação quando se está diante de uma morte violenta. As autoridades estatais que conduzem uma investigação deste tipo devem tentar como mínimo, *inter alia*: i) identificar a vítima; ii) recuperar e preservar o material probatório relacionado com a morte, com o fim de ajudar em qualquer potencial investigação penal dos responsáveis; iii) identificar possíveis testemunhas e obter suas declarações em relação à morte que se investiga; iv) determinar a causa, forma, lugar e momento da morte, bem como qualquer padrão ou prática que possa ter causado a morte, e v) distinguir entre morte natural, morte acidental, suicídio e homicídio. Ademais, é necessário investigar exaustivamente a cena do crime, devem ser realizadas autópsias e análise de restos humanos, de forma rigorosa, por profissionais competentes e empregando os procedimentos mais apropriados.<sup>309</sup>

301. Além disso, os padrões internacionais afirmam que, em relação à cena do crime, os investigadores devem, como mínimo, fotografar esta cena, qualquer outra evidência física e o corpo como foi encontrado e depois de movê-lo; todas as amostras de sangue, cabelo, fibras, fios ou outras pistas devem ser coletadas e conservadas; examinar a área em busca de pegadas de sapatos ou qualquer outra que tenha natureza de evidência, e fazer um relatório detalhando qualquer observação da cena, as ações dos investigadores e a disposição de toda a evidência coletada.<sup>310</sup> O Protocolo de Minnesota estabelece, entre outras obrigações, que ao investigar uma cena de crime deve ser fechada a área contígua ao cadáver e proibido o ingresso à mesma, salvo para o investigador e sua equipe.<sup>311</sup>

302. Em 6 de novembro de 2001, foi feito o levantamento pericial dos cadáveres das três vítimas. A informação nos autos perante a Corte afirma que uma ligação de

<sup>308</sup> Cf. *Caso Servellón García e outros Vs. Honduras. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 21 de setembro de 2006. Série C N° 152, par. 120; *Caso do Presídio Miguel Castro Castro Vs. Peru*, par. 383, nota 248 *supra*, e *Caso Zambrano Vélez e outros Vs. Equador. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 4 de julho de 2007. Série C N° 166, par. 121.

<sup>309</sup> Cf. *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*, par. 127, nota 305 *supra*; *Caso Escué Zapata Vs. Colômbia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 4 de julho de 2007. Série C N° 165, par. 106, e *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras*, par. 102, nota 190 *supra*.

<sup>310</sup> Cf. Manual sobre a Prevenção e Investigação Efetiva de Execuções Extrajudiciais, Arbitrárias e Sumárias das Nações Unidas, Doc. E/ST/CSDHA/12 (1991).

<sup>311</sup> Cf. Manual sobre a Prevenção e Investigação Efetiva de Execuções Extrajudiciais, nota 310 *supra*.

um "trabalhador da construção que cruzava o terreno a pé para cortar distância"<sup>312</sup> alertou sobre a existência dos corpos. Entretanto, essa informação nem nenhuma outra relacionada com as circunstâncias da descoberta foi mencionada no respectivo relatório judicial. Somente consta que o agente do Ministério Público iniciou a investigação à raiz de uma ligação telefônica do operador de rádio da Polícia Judiciária do Estado.<sup>313</sup>

303. Na declaração juramentada de 6 de novembro, foram resenhadas um total de 26 evidências e indícios.<sup>314</sup> Entretanto, estas não são, com exceção de uma, as evidências que figuram nas três atas de levantamento pericial de cadáver,<sup>315</sup> cada uma das quais afirma evidências distintas sem que se observe a localização das mesmas, a relação entre elas e sua relação com a declaração juramentada. Outras evidências foram encontradas em 7 de novembro de 2001, durante a identificação dos outros cinco cadáveres (par. 209 *supra*). Entretanto, a lista das evidências coletadas em 7 de novembro é igual à elaborada em 6 de novembro.<sup>316</sup> Ademais, nas atas de levantamento pericial dos outros cinco cadáveres também constam outras evidências distintas das anteriores,<sup>317</sup> sem que se demonstre nos autos a localização das mesmas, a relação entre elas e com a declaração juramentada.

304. Com posterioridade à coleta de provas efetuada em 6 e 7 de novembro, os familiares das vítimas fizeram duas investigações entre 24 e 25 de fevereiro de 2002 para obter prova adicional no local da descoberta dos corpos. Encontraram um número significativo de evidências. O inventário das provas coletadas inclui itens de vestuário, nove peças de calçado e 11 objetos diversos entre os que se encontrava uma placa de veículo fronteiro e uma carteira de motorista municipal provisória. Também incluíam cabelos, restos de sangue, vestimenta das possíveis vítimas, pedaços de plástico, diversas embalagens, amostras de terra, restos ósseos, entre outros. Não se indica quem eram os funcionários responsáveis por estas amostras, onde foram enviadas e em que condições foram conservadas.<sup>318</sup> Algumas destas provas

<sup>312</sup> Cf. declaração testemunhal prestada perante agente dotado de fé pública pelo senhor Máynez Grijalva em 21 de abril de 2009 (expediente de mérito, tomo XIII, folha 3845).

<sup>313</sup> Cf. aviso emitido pelo agente do Ministério Público vinculado à Promotoria Especial para a Investigação de Homicídios de Mulheres em Ciudad Juárez, em 6 de novembro de 2001 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo XIV, anexo 3, folha 4742) e resolução proferida pela Quarta Vara Criminal do Supremo Tribunal de Justiça do Estado de Chihuahua em 14 de julho de 2005 (expediente de anexos à demanda, tomo IX, anexo 83, folha 3431).

<sup>314</sup> Cf. declaração juramentada sobre o local e os cadáveres, folha 2667, nota 238 *supra*.

<sup>315</sup> Cf. atas de levantamento pericial de cadáver, nota 234 *supra*.

<sup>316</sup> Cf. lista de evidências realizada pelo Chefe do Escritório Técnico de Serviços Periciais e Medicina Legal em 13 de novembro de 2001 (expediente de anexos à demanda, tomo IX, anexo 44, folhas 2708, 2720 e 2721) e declaração juramentada sobre o local e os cadáveres, folha 2667, nota 238 *supra*.

<sup>317</sup> Cf. atas de levantamento pericial de cadáver, folhas 2710, 2712, 2714, 2716 e 2718, nota 234 *supra*.

<sup>318</sup> Nestas averiguações dos familiares encontraram o título de eleitor e a carteira de trabalho da jovem González (Cf. declaração juramentada sobre o local e objetos emitida em 24 de fevereiro de 2002 pela agente do Ministério Público ligada à Promotoria Especial para a Investigação de Homicídios de Mulheres, expediente de anexos à demanda, tomo IX, anexo 63, folhas 2923 e 2924); declaração juramentada sobre o local e objetos emitida em 25 de fevereiro de 2002 pelo agente do Ministério Público vinculado à Promotoria Especial para a Investigação de Homicídios de Mulheres, expediente de anexos à demanda, tomo IX, anexo 64, folhas 2927 e 2928), e declaração prestada pela senhora Monárrez Salgado perante o agente do Ministério Público vinculado à Controladoria de Assuntos Internos Região Norte em 23 de julho de 2006 (expediente de anexos à demanda tomo IX, anexo 84, folhas 3504 a 3507).

permaneceram mais de seis anos sem serem analisadas. De fato, em 22 de novembro de 2007, no contexto da organização de caixas com evidência sobre casos tramitados em Ciudad Juárez, foi encontrada uma caixa com amostras de cabelo e ossos das vítimas, sem nenhuma indicação sobre por que esta prova se encontrava nesse local e sem indicação sobre procedimentos estabelecidos para proteger estas evidências, ou seja, sem devida cadeia de custódia.<sup>319</sup>

305. Sobre este ponto, o Manual das Nações Unidas indica que a devida diligência em uma investigação médico-legal de uma morte exige a manutenção da cadeia de custódia de todo elemento de prova forense.<sup>320</sup> Isso consiste em realizar um registro escrito preciso, complementado, conforme corresponda, por fotografias e demais elementos gráficos, para documentar a história do elemento de prova à medida que passa pelas mãos de diversos investigadores encarregados do caso. A cadeia de custódia pode se estender além do julgamento e da condenação do autor, dado que as provas antigas, devidamente preservadas, poderiam servir para a absolvição de uma pessoa condenada erroneamente. A exceção são os restos mortais de vítimas positivamente identificadas que podem ser devolvidos a suas famílias para seu devido sepultamento, com a reserva de que não podem ser cremados e que podem ser exumados para novas autópsias.<sup>321</sup>

306. O Tribunal conclui que no presente caso ocorreram irregularidades relacionadas com: i) a falta de precisão das circunstâncias da descoberta dos cadáveres; ii) o pouco rigor na inspeção e proteção da cena do crime realizada pelas autoridades; iii) o indevido manejo de algumas das provas coletadas, e iv) os métodos utilizados não foram adequados para preservar a cadeia de custódia.

307. Ademais, a Corte observa que este caso não é o único no qual foram denunciadas negligências na coleta de provas (par. 150 *supra*). De fato, a Promotoria Especial para o Atendimento de Crimes relacionados com os Homicídios de Mulheres em Ciudad Juárez afirmou que, entre 1993 e 2005, frequentemente “os laudos periciais, fundamentalmente os de criminalística de campo, não correspond[iam] em seu conteúdo aos registros feitos no local dos fatos pelo agente do Ministério Público respectivo”.<sup>322</sup> Ademais, eram cometidos muitos erros na preservação da cena do crime,<sup>323</sup> destruição de provas<sup>324</sup> e irregularidades na preservação e análise de evidência.<sup>325</sup>

<sup>319</sup> Cf. testemunho prestado por uma perita em Química ligada à Direção Geral de Serviços Periciais e Ciências Forenses de Ciudad Juárez perante o agente do Ministério Público vinculado à Promotoria Mista para a Investigação de Homicídios de Mulheres em Ciudad Juárez em 15 de março de 2008 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXXVIII, anexo 50, folhas 14072 a 14074).

<sup>320</sup> Cf. Manual sobre a Prevenção e Investigação Efetiva de Execuções Extrajudiciais, nota 310 *supra*.

<sup>321</sup> Cf. declaração prestada perante agente dotado de fé pública pelo perito Snow em 17 de abril de 2009 (expediente de mérito, tomo XIV, folha 4225).

<sup>322</sup> Cf. Promotoria Especial para o Atendimento de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres no Município de Juárez, Relatório Final, folha 14580, nota 87 *supra*, e declaração da testemunha Doretti, folha 2326, nota 141 *supra*.

<sup>323</sup> Cf. Relatório da Comissão de Especialistas Internacionais das Nações Unidas, folha 1900, nota 76 *supra*, e Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1929, nota 64 *supra*.

<sup>324</sup> Cf. Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1929, nota 64 *supra*.

<sup>325</sup> Cf. declaração da testemunha Doretti, folha 2326, nota 141 *supra*.

## b) Irregularidades na realização de autópsias

308. Os representantes alegaram que as conclusões sobre a causa de morte das vítimas não são claras e não oferecem certeza. Além disso, destacaram que as autoridades não ordenaram os exames correspondentes e que colheram amostras de órgãos para realizar exames, mas não são conhecidos os resultados dos mesmos e a localização da amostra.

309. O Estado reconheceu "[o] processo impróprio de identificação dos corpos e de determinação da causa de morte".

310. A Corte ressalta que as autópsias têm como objetivo coletar, como mínimo, informação para identificar a pessoa morta, a hora, data, causa e forma da morte. Estas devem respeitar certas formalidades básicas, como indicar a data e hora de início e finalização, bem como o local onde é realizada e o nome do funcionário que a executa. Além disso, deve-se, *inter alia*, fotografar corretamente o corpo; tirar radiografias do cadáver, de sua bolsa ou envoltório e depois de desvesti-lo, documentar todas as lesões. Deve ser documentada a ausência, soltura ou dano dos dentes, bem como qualquer trabalho dental, e examinar cuidadosamente as áreas genital e paragenital em busca de marcas de abuso sexual. Em casos de suspeita de violência ou abuso sexual, devem ser preservados os líquidos oral, vaginal e retal, e os pelos externos e púbicos da vítima.<sup>326</sup> Além disso, o Manual das Nações Unidas indica que nos protocolos de autópsia devem ser anotadas a posição do corpo e suas condições, incluindo se está morno ou frio, leve ou rígido; proteger as mãos do cadáver; registrar a temperatura do ambiente e coletar qualquer inseto.<sup>327</sup>

311. No presente caso, um perito da EAAF que analisou a autópsia da jovem Herrera afirmou que esta não era completa, que foram omitidas tanto as anotações sobre as lesões no sistema ósseo e falta de pele como a realização de estudos para determinar outros indícios. Não foram descritos o período da putrefação, a macroscopia dos órgãos internos, nem foi examinado o crânio, ou seja, não havia abertura no mesmo.<sup>328</sup> As autópsias não anexaram fotografias nem radiografias, que deveriam ter sido tirados, nem fizeram referência a elas.<sup>329</sup> Conclusões similares podem ser estabelecidas sobre as demais autópsias a partir da prova disponível perante a Corte.<sup>330</sup> Tampouco documentaram a realização de exames específicos em busca de evidências de abuso sexual, o que é particularmente grave em razão do contexto provado no presente caso e das características que apresentavam os corpos no momento de sua descoberta (par. 212 *supra*).

312. A Corte constata que estas negligências não são isoladas, mas fazem parte de um contexto em Ciudad Juárez, segundo o qual "[e]m grande parte dos autos analisados não foi observado que tenha sido pedido, nem se incluía nos autos

<sup>326</sup> Cf. Manual sobre a Prevenção e Investigação Efetiva de Execuções Extrajudiciais, nota 310 *supra*.

<sup>327</sup> Cf. Manual sobre a Prevenção e Investigação Efetiva de Execuções Extrajudiciais, nota 310 *supra*.

<sup>328</sup> Cf. declaração prestada pelo perito Bosio perante agente dotado de fé pública em 15 de abril de 2009 (expediente de mérito, tomo VI, folha 2279).

<sup>329</sup> Cf. declaração do perito Bosio, folha 2378, nota 328 *supra*.

<sup>330</sup> Cf. laudos de autópsia, nota 239 *supra*.

qualquer laudo pericial para a busca de fibras nas roupas das vítimas, para efeito de uma posterior confronta[ção]; o anterior, inclusive, nos restos humanos ou esqueletos de vítimas não identificados”.<sup>331</sup> Segundo um relatório da Anistia Internacional de 2003, as autópsias não foram realizadas “conforme os padrões necessários para contribuir ao esclarecimento dos crimes”,<sup>332</sup> nem tampouco são expostos os meios utilizados para chegar a conclusões, como por exemplo, a estatura, tipo de morte ou a possível hora ou data de morte.<sup>333</sup> Além disso, a Promotoria Especial para o Atendimento de Crimes relacionados com os Homicídios de Mulheres em Ciudad Juárez faz referência a que “foi detectado que, em alguns casos[,] estes laudos estabelecem datas nas quais está plenamente confirmado que as vítimas ainda estavam com vida”.<sup>334</sup> Ademais, a testemunha Doretti afirmou que muitos autos de homicídio “não continham informação sobre a localização final dos restos depois de sua passagem pelo [Serviço Médico Forense], incluindo tanto aqueles que foram entregues a seus familiares como os que foram enterrados como restos não [i]dentificados em cemitérios municipais ou depositados” naquele serviço.<sup>335</sup>

### c) Alegadas irregularidades na identificação e entrega dos corpos

313. A Comissão e os representantes aludiram a contradições e inconsistências nos resultados de identificação dos restos mortais. O Estado “reconhec[eu] a falta de uma determinação científica e irrefutável da identidade das três vítimas em um primeiro momento”. A Corte analisará a seguir irregularidades a) na designação dos nomes aos corpos encontrados, b) na entrega incompleta dos corpos sem que existisse uma identificação positiva, e c) nas controvérsias relativas às análises de DNA.

#### c.1) Designação inicial arbitrária de nomes aos corpos

314. A Comissão e os representantes alegaram que a designação inicial dos nomes aos corpos foi arbitrária. Os representantes, além disso, afirmaram que no momento em que se “proferiu ordem formal de prisão contra dois acusados, cada um dos corpos tinha nome e sobrenome, apesar de que [...] não haveriam aparecido novas evidências ou provas científicas que levassem a essa conclusão”.

315. Sobre a relevância de uma identificação das vítimas segundo as regras de devida diligência, o perito Castresana Fernández afirmou o seguinte:

<sup>331</sup> Promotoria Especial para o Atendimento de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres no Município de Juárez, Relatório Final, folha 14580, nota 87 *supra*.

<sup>332</sup> Anistia Internacional, *Mortes Intoleráveis*, folha 2301, nota 64 *supra*.

<sup>333</sup> Cf. Promotoria Especial para o Atendimento de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres no Município de Juárez, Relatório Final, folha 14580, nota 87 *supra*, e declaração do perito Bosio, folhas 2281, 2284 e 2286, nota 328 *supra*.

<sup>334</sup> Promotoria Especial para o Atendimento de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres no Município de Juárez, Relatório Final, folha 14580, nota 87 *supra*.

<sup>335</sup> Cf. declaração da testemunha Doretti, folha 2331, nota 141 *supra*.

Iniciada a investigação, quando é necessária a identificação da vítima, os procedimentos adequados – técnico forenses –, têm relevância visto que, em conformidade com as condições de descoberta dos cadáveres ou restos humanos, não é possível muitas vezes realizar a identificação de forma visual – direta ou por fotografia –, ou pelas peças de vestir e pertences que levava a vítima. Nestes casos, a identificação por meios científicos como os sistemas antropométrico, digital, geométrico de Matheios, biométricos, DNA, antropologia forense, odontologia forense etc., requerem de laboratórios especializados com a acreditação e o reconhecimento internacional que garantam a confiabilidade dos procedimentos e a idoneidade dos profissionais que realizem as provas.<sup>336</sup>

316. Em relação à designação arbitrária de nomes, a testemunha Máynez Grijalva declarou que "a identidade dos corpos dada pelo Procurador foi obtida da confissão dos detidos".<sup>337</sup> Além disso, a EAAF afirmou que foi solicitado que "quatro dos oito esqueletos recuperados[, incluindo as três vítimas, fossem] comparados [...] somente com uma desaparecida".<sup>338</sup> A EAAF acrescentou que "[os] ofícios nos quais foi realizado este pedido e o expediente consultado não especificam a razão pela qual certos corpos são comparados especificamente [...] apenas com certas mulheres desaparecidas em um e dois dias da descoberta".<sup>339</sup>

317. O Estado não controverteu as precisões de fato efetuadas por estes testemunhos e documentos, razão pela qual o Tribunal considera provadas estas irregularidades relacionadas com a designação arbitrária de identidades.

## c.2) Entrega dos corpos sem que existisse uma identificação positiva

318. Os padrões internacionais exigem que a entrega de restos mortais ocorra quando a vítima esteja claramente identificada, ou seja, uma vez que se tenha conseguido uma identificação positiva. O Protocolo de Minnesota estabelece que "o corpo deve ser identificado por testemunhas confiáveis e outros métodos objetivos".<sup>340</sup>

319. No presente caso, apesar de haver sido ordenada a realização de diversos laudos periciais,<sup>341</sup> incluindo alguns baseados na sobreposição crânio-facial e na realização de exames de DNA,<sup>342</sup> no momento da entrega dos corpos o Estado somente

<sup>336</sup> Declaração do perito Castresana Fernández, folha 2883, nota 137 *supra*.

<sup>337</sup> Declaração da testemunha Máynez Grijalva, folha 3846, nota 312 *supra*.

<sup>338</sup> Cf. EAAF, Laudo de antropologia e genética forense, folha 10330, nota 189 *supra*.

<sup>339</sup> Cf. EAAF, Laudo de antropologia e genética forense, folha 10331, nota 189 *supra*.

<sup>340</sup> Cf. Manual sobre a Prevenção e Investigação Efetiva de Execuções Extrajudiciais, nota 310 *supra*.

<sup>341</sup> Cf. ofício N° 0504/00 emitido pela agente do Ministério Público titular da Promotoria Especial para a Investigação de Homicídios de Mulheres em 10 de novembro de 2001 (expediente de anexos à demanda, tomo IX, anexo 39, folha 2687).

<sup>342</sup> Cf. ofício N° 0507/01 emitido pela agente do Ministério Público titular da Promotoria Especial para a Investigação de Homicídios de Mulheres em 8 de novembro de 2001 (expediente de anexos à demanda,

contava com os pareceres que alguns familiares emitiram sobre alguns dados físicos gerais e para o reconhecimento de vestimenta.<sup>343</sup>

320. De fato, no caso da jovem González, em 15 de novembro de 2001, sua irmã afirmou que a havia reconhecido por uma amostra de cabelo, uma unha, um casaco e uma blusa, bem como por uma restauração dentária.<sup>344</sup> O corpo foi entregue aos familiares naquele mesmo dia.<sup>345</sup> No caso da jovem Herrera, em 16 de novembro de 2001, foi reconhecida por seu irmão e por seu pai através “da roupa que encontraram” no local da descoberta dos cadáveres.<sup>346</sup> Naquele mesmo dia o corpo foi entregue aos familiares.<sup>347</sup> Sobre este caso, a EAAF considerou que ao serem entregues os restos aos familiares “ainda não se contava com elementos suficientes para estabelecer uma identificação positiva”.<sup>348</sup> No caso da jovem Ramos, em 22 de março de 2002, sua mãe afirmou que reconheceu o corpo de sua filha por um sutiã e uns “*huaraches*” (sandálias) que lhe mostraram. Além disso, afirmou que lhe perguntaram se sua filha tinha uma fratura no braço, ao que respondeu afirmativamente.<sup>349</sup> Esta identificação foi ratificada pelo tio da vítima ao reconhecer os traços que lhe foram descritos e a fratura no braço.<sup>350</sup> Nesse mesmo dia o corpo lhes foi entregue.<sup>351</sup>

321. Depois de ter entregado os corpos aos familiares, o Escritório de Serviços Periciais de Chihuahua emitiu pareceres em matéria de craniometria e odontologia e determinou “coincidência em relação ósseo-facial” e “características em dentes” ao comparar fotografias das vítimas, seu crânio e sua dentadura.<sup>352</sup>

---

tomo IX, anexo 39, folha 2688); ofício 504/01 emitido pela agente do Ministério Público titular da Promotoria Especial para a Investigação de Homicídios de Mulheres em 8 de novembro de 2001 (expediente de anexos à demanda, tomo IX, anexo 39, folha 2689); ofício N° 513/01 emitido pela agente do Ministério Público titular da Promotoria Especial para a Investigação de Homicídios de Mulheres em 9 de novembro de 2001 (expediente de anexos à demanda, tomo IX, anexo 39, folha 2690), e ofício N° 514/01 emitido pela agente do Ministério Público titular da Promotoria Especial para a Investigação de Homicídios de Mulheres em 9 de novembro de 2001 (expediente de anexos à demanda, tomo IX, anexo 39, folha 2691).

<sup>343</sup> Cf. EAAF, Laudo de antropologia e genética forense, folha 10331, nota 189 *supra*.

<sup>344</sup> Cf. comparecimento de Mayela Banda González, folhas 2796 e 2797, nota 173 *supra*.

<sup>345</sup> Cf. ofício N° 530/01 emitido pela agente do Ministério Público ligada à Promotoria Especial para a Investigação de Homicídios de Mulheres em 15 de novembro de 2001 (expediente de anexos à demanda, tomo IX, anexo 51 e 53, folha 2799).

<sup>346</sup> Cf. declaração testemunhal de identificação de cadáver efetuada por Adrián Herrera Monreal em 16 de novembro de 2001 (expediente de anexos à demanda, tomo IX, anexo 54, folha 2882) e declaração testemunhal de identificação de cadáver efetuada por Antonio Herrera Rodríguez (expediente de anexos à demanda, tomo IX, anexo 55, folha 2884).

<sup>347</sup> Cf. ofício N° 534/01 emitido pela agente do Ministério Público ligada à Promotoria Especial para a Investigação de Homicídios de Mulheres em 16 de novembro de 2001 (expediente de anexos à demanda, tomo IX, anexos 56 e 57, folha 2886).

<sup>348</sup> Cf. declaração da perita Doretti, folha 2347, nota 141 *supra*.

<sup>349</sup> Cf. declaração testemunhal de identificação de cadáver efetuada por Benita Monárrez Salgado em 22 de março de 2002 (expediente de anexos à demanda, tomo IX, anexo 67, folha 2934).

<sup>350</sup> Cf. declaração testemunhal de identificação de cadáver efetuada por Pablo Monárrez Salgado em 22 de março de 2002 (expediente de anexos à demanda, tomo IX, anexo 68, folha 2937).

<sup>351</sup> Cf. ofício N° 248/02 MP autorização de entrega do cadáver de Laura Berenice Ramos Monárrez emitido pela agente do Ministério Público ligada à Promotoria Especial para a Investigação de Homicídios de Mulheres em 22 de março de 2002 (expediente de anexos à demanda, tomo IX, anexo 69 e 70, folha 2939).

<sup>352</sup> Cf. laudo de identificação forense emitido pelo Escritório de Serviços Periciais em relação à jovem González em 21 de novembro de 2001 (expediente de anexos à demanda, tomo IX, anexo 58, folhas 2888 a 2893); laudo de identificação forense emitido pelo Escritório de Serviços Periciais em relação à jovem



322. Em relação à utilização desta metodologia de sobreposição craniofacial, a prova pericial disponível nos autos indica que deve estar complementada com outros laudos para chegar a uma identificação positiva. O perito Snow precisou que "nenhum antropólogo forense responsável utiliza esta técnica como meio de identificação positiva".<sup>353</sup> Por exemplo, no caso da jovem Herrera, a testemunha Doretti esclareceu que "a análise de sobreposição crânio-foto deveria ter sido reforçada por uma análise genética completa antes da entrega dos restos". A esse respeito, a testemunha precisou que esta entrega dos restos gerou que um laudo genético realizado quase um ano depois apresentasse resultados inconclusivos em razão da pouca informação genética recuperada.<sup>354</sup>

323. Ademais, a EAAF afirmou que, em outubro de 2003, foram solicitadas novas análises genéticas para os outros casos de Campo Algodoeiro. Entretanto, os restos das vítimas do presente caso não foram analisados, "possivelmente porque já haviam sido entregues a suas famílias e as amostras coletadas em setembro de 2002 se esgotaram nas análises de 2002".<sup>355</sup>

324. A Corte conclui que o reconhecimento efetuado por parte de familiares não era suficiente para uma identificação positiva, e tampouco o eram as provas craniofaciais. Ademais, a Corte constata que a entrega de corpos foi realizada antes que existisse certeza sobre a identidade dos mesmos, o que gerou maiores dificuldades no processo posterior de identificação através de amostras de DNA.

325. Contudo, o Tribunal observa que a identificação final da jovem Ramos foi alcançada entre 18 de outubro de 2005 e 16 de março de 2006, depois de a EAAF efetuar um segundo exame de DNA em uma clavícula que sua família conservava.<sup>356</sup> Em 15 de março de 2006, a mãe da jovem Herrera compareceu perante o Ministério Público a fim de expressar seu desejo de não continuar com a análise de DNA, manifestando sua conformidade com a identificação efetuada previamente.<sup>357</sup> Os familiares da jovem González afirmaram sua conformidade com a identificação inicial (par. 218 *supra*).

### c.3). Controvérsias relativas às análises de DNA

326. A Comissão e os representantes alegaram que os resultados das amostras de DNA "foram entregues dois anos depois" e que "não pud[eram] obter perfis genéticos completos".

Herrera em 21 de novembro de 2001 (expediente de anexos à demanda, tomo IX, anexo 59, folhas 2895 a 2900), e laudo de identificação forense emitido pelo Escritório de Serviços Periciais em relação à jovem Ramos em 8 de janeiro de 2002 (expediente de anexos à demanda, tomo IX, anexo 72, folhas 2955 a 2962).

<sup>353</sup> Cf. declaração do perito Snow, folha 4224, nota 321 *supra*, e declaração da perita Doretti, folha 2345, nota 141 *supra*.

<sup>354</sup> Cf. declaração da perita Doretti, folha 2347, nota 141 *supra*.

<sup>355</sup> Cf. EAAF, laudo de antropologia e genética forense, folha 10341, nota 189 *supra*.

<sup>356</sup> Cf. EAAF, laudo de antropologia e genética forense, folhas 10358, 10367 e 10368, nota 189 *supra*.

<sup>357</sup> Cf. testemunho da senhora Irma Monreal Jaime prestado perante agente do Ministério Público ligado ao grupo da Promotoria Mista para a Investigação de Homicídios de Mulheres em 15 de março de 2006 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXX, anexo 50, Registro I, tomo I, folha 10230).

327. O Estado argumentou que “a demora nos resultados de [...] DNA [...] não obedecia à negligência por parte da autoridade ministerial local, mas ao procedimento que estas perícias requerem”.

328. No presente caso, foram realizados três laudos genéticos, em 2002. Em um laudo de setembro de 2002, foi concluído que não existia relação genética entre o corpo identificado como o da jovem Ramos e sua família,<sup>358</sup> o que contradizia as conclusões estabelecidas pelos exames antropológicos.<sup>359</sup> Em outra análise genética, realizada em outubro de 2002, foi determinado que a jovem Ramos não apresentava parentesco com duas famílias analisadas<sup>360</sup> e foi determinada “provável relação de parentesco genético [de um esqueleto] com a [f]amília Herrera”.<sup>361</sup> No caso da jovem González, não se conseguiu confrontar com sua família “devido à ausência de perfil genético em [seu] esqueleto”.<sup>362</sup>

329. Sobre este resultado, a EAAF afirmou que o fato de que se tenha concluído que dois dos perfis genéticos de dois esqueletos pertencem a uma mesma pessoa exigia “novas amostras dos restos para poder ratificar ou retificar o diagnóstico”.<sup>363</sup> Adicionalmente, a EAAF criticou que “nem todos os restos foram comparados com todos os familiares das oito famílias”.<sup>364</sup>

330. Em relação ao caso da jovem Herrera, a EAAF afirmou que a conclusão de uma das análises era “insuficiente [...] para estabelecer uma relação genética”<sup>365</sup> e que “[n]ão consta nos autos a cadeia de custódia das amostras dos restos mencionados que são analisados nesta primeira análise genética”.<sup>366</sup>

331. A Corte constata que existiram irregularidades na aplicação das provas genéticas e que estas somente tiveram um resultado parcialmente positivo para o caso da jovem Herrera. Para o caso da jovem González não foi obtido nenhum resultado, enquanto no caso da jovem Ramos os resultados contradisseram a identificação já realizada pelos familiares e o laudo crânio-foto. Em relação à alegação referente ao excessivo tempo que levou à realização dos mencionados exames, não foi oferecida argumentação que permita concluir sobre demoras não razoáveis.

332. Levando em consideração todo o anterior, a Corte considera que o presente caso se relaciona ao verificado pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime em outros casos similares. Este escritório constatou a “falta de coleta de amostras de DNA das vítimas, das desaparecidas e dos respectivos familiares”.<sup>367</sup> Quando estas

<sup>358</sup> Cf. EAAF, laudo de antropologia e genética forense, folha 10339, nota 189 *supra*.

<sup>359</sup> Cf. declaração da testemunha Doretti, folhas 2352 e 2353, nota 141 *supra*.

<sup>360</sup> Cf. parecer realizado por uma perita em genética forense em 8 de outubro de 2002 (expediente de anexos à demanda, tomo XI, folha 2908).

<sup>361</sup> Cf. parecer em genética forense, folha 2908, nota 360 *supra*.

<sup>362</sup> Cf. parecer em genética forense, folha 2908, nota 360 *supra*.

<sup>363</sup> Cf. EAAF, laudo de antropologia e genética forense, folha 10339, nota 189 *supra*.

<sup>364</sup> Cf. EAAF, laudo de antropologia e genética forense, folha 10339, nota 189 *supra*.

<sup>365</sup> Cf. EAAF, laudo de antropologia e genética forense, folha 10341, nota 189 *supra*.

<sup>366</sup> Cf. EAAF, laudo de antropologia e genética forense, folha 10338, nota 189 *supra*.

<sup>367</sup> Cf. Relatório da Comissão de Especialistas Internacionais das Nações Unidas, folha 1901, nota 76 *supra*.

foram realizadas, muitas mostraram resultados distintos às identificações iniciais.<sup>368</sup> Nesse sentido, os resultados das análises genéticas obtidos eram em alguns casos contraditórios entre si, "um laboratório, por exemplo, obtém um resultado positivo entre determinados restos e uma determinada família [...], enquanto outro laboratório obtém resultados negativos ao realizar a mesma comparação". Tampouco foram utilizadas soluções possíveis, tais como "juntas de peritos para revisar as opiniões divergentes e proporcionar maiores elementos de análise".<sup>369</sup>

333. Levando em consideração o exposto, bem como o reconhecimento de responsabilidade efetuado pelo Estado, o Tribunal concluiu que ocorreram irregularidades relacionadas com: i) falta de informação no relatório sobre a descoberta dos cadáveres, ii) incorreta preservação da cena do crime, iii) falta de rigor na coleta de evidências e na cadeia de custódia, iv) contradições e insuficiências das autópsias, e v) irregularidades e insuficiências na identificação dos corpos, bem como em sua entrega irregular.

#### **4.2.2.2. Alegadas irregularidades na atuação contra os supostos responsáveis e alegada fabricação de culpados**

334. A Comissão alegou que foram acusados como responsáveis pelos assassinatos os senhores Víctor Javier García Uribe e Gustavo González Meza (doravante denominados "o senhor García" e "o senhor González"), apesar de que não tinham uma "relação evidente com os fatos" e que sua "detenção [...] foi realizada de maneira arbitrária e suas confissões de culpa foram extraídas sob tortura". Os representantes concordaram com a Comissão e acrescentaram que o "Procurador [ordenou] 'armar' o expediente e fabricar culpados para evitar a pressão social". Além disso, afirmaram que o senhor González faleceu na penitenciária depois de uma cirurgia de hérnia, a qual estaria relacionada com a tortura sofrida. A Comissão e os representantes acrescentaram que os advogados defensores dos senhores García e González foram assassinados em circunstâncias ainda não esclarecidas e que seus familiares teriam recebido ameaças, o que motivou a adoção de medidas cautelares a seu favor.

335. O Estado manifestou que a Corte "unicamente pode conhecer das supostas violações" pela morte das três vítimas e não em relação ao processo penal contra os senhores García e González. Além disso, o Estado afirmou que "a hipótese da provável responsabilidade" destes senhores "não pode nem deve ser considerada como uma fabricação de culpados", mas "foi o resultado da análise de vários elementos de convicção que [...] permitiam, nesse momento, presumir [sua] participação direta" nos homicídios. Entretanto, o Estado reconheceu que a investigação contra estes senhores fez com que não se esgotassem "outras linhas de investigação" e que "a determinação da não responsabilidade penal" desses dois senhores "gerou [nos]

<sup>368</sup> Cf. Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1930, nota 64 *supra*, e declaração da perita Doretti, folha 2352, nota 141 *supra*.

<sup>369</sup> Cf. declaração da perita Doretti, folha 2334, nota 141 *supra*.

familiares falta de credibilidade nas autoridades investigadoras, perda de indícios e provas pelo simples transcurso do tempo”.

336. Em relação à alegação de incompetência indicada pelo Estado, a Corte reitera o proferido na Resolução de 19 de janeiro de 2009 (par. 9 *supra*), no sentido de que toda a prova disponível nos autos em torno ao ocorrido com os senhores García e González pode ser utilizada como “prova relevante no momento de avaliar [...] as supostas falhas nas investigações conduzidas no foro interno” sobre a morte das três vítimas.

337. A esse respeito, depois da descoberta dos corpos na plantação de algodão nos dias 6 e 7 de novembro de 2001, os senhores García e González foram detidos em 9 de novembro de 2001. Em suas declarações iniciais aceitaram terem cometido os crimes e descreveram a forma como os teriam realizado.<sup>370</sup> Entretanto, em 12 de novembro de 2001, ao serem ouvidos em “declaração preparatória”, afirmaram que a confissão que haviam feito se originava de atos de tortura que haviam recebido e em ameaças contra eles e seus familiares.<sup>371</sup>

338. Em 5 de fevereiro de 2002, o advogado do senhor González morreu por disparos por parte da Polícia Judiciária do Estado de Chihuahua, em circunstâncias ainda não esclarecidas.<sup>372</sup> Naquele mesmo dia, segundo um relatório da Anistia Internacional de 2003, a esposa do senhor García foi ameaçada por dois homens não identificados.<sup>373</sup> Em 8 de fevereiro de 2003, o senhor González faleceu no centro penitenciário onde se encontrava preso, horas depois de uma intervenção cirúrgica.<sup>374</sup>

339. Em 13 de outubro de 2004, o Terceiro Juiz Criminal do Distrito Judicial Bravos condenou o senhor García a 50 anos de prisão como responsável pelos homicídios na plantação de algodão.<sup>375</sup> O Juiz afirmou que a “retratação” dos acusados

<sup>370</sup> Cf. declaração de Víctor Javier García Uribe perante o Agente do Ministério Público vinculado à Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Chihuahua em 9 de novembro de 2001 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo XIV, anexo 3, folhas 4839 a 4842) e declaração de Gustavo González Meza perante o Agente do Ministério Público vinculado à Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Chihuahua em 9 de novembro de 2001 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo XIV, anexo 3, folhas 4854 a 4857).

<sup>371</sup> Cf. declaração preparatória de Gustavo González Meza perante o Terceiro Juiz Criminal do Distrito Bravos, Chihuahua, em 12 de novembro de 2001 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo XIV, anexo 3, folhas 4887 a 4894) e declaração preparatória de Víctor Javier García Uribe perante o Terceiro Juiz Criminal do Distrito Bravos, Chihuahua, em 12 de novembro de 2001 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo XIV, anexo 3, folhas 4896 a 4904).

<sup>372</sup> A CNDH afirmou que “foi assassinado ao ser confundido, segundo as autoridades do Estado de Chihuahua, com um delinquente, e, segundo certos relatórios, o advogado que atualmente defende o senhor García Uribe também foi ameaçado” (CNDH, Relatório Especial, folha 2230, nota 66 *supra*; CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folha 1749, nota 64 *supra*, e Anistia Internacional, *Mortes Intoleráveis*, folha 2294, nota 64 *supra*).

<sup>373</sup> A Comissão e os representantes afirmaram que, em janeiro de 2006, o advogado do senhor García foi assassinado em circunstâncias ainda não esclarecidas. Entretanto, a única prova disponível nos autos é a declaração de uma jornalista que foi recusada pelo Tribunal por motivos de forma (par. 106 *supra*).

<sup>374</sup> Cf. resolução de arquivamento por morte do processado Gustavo González Meza (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo XVIII, anexo 3, folhas 6164 a 6166).

<sup>375</sup> Cf. Terceiro Juiz Criminal do Distrito Judicial Bravos, sentença proferida na causa criminal 74/2004, “*Guadalupe Luna de la Rosa e outras*” em 13 de outubro de 2004 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo XVIII, folhas 6213 a 6398).

"não produz nenhuma convicção" porque "são o resultado de reflexões de maior meditação sobre as consequências que traz o reconhecimento do cometimento de um crime ou ainda sugestões de assessores". O Juiz acrescentou que "as marcas de violência encontradas em seus corpos não podem ser a razão [pela] qu[al] incluíram suas assinaturas em suas primeiras declarações."

340. Em 14 de julho de 2005, a Quarta Vara do Supremo Tribunal de Justiça de Chihuahua revogou a decisão de primeira instância por falta de prova contra o senhor García.<sup>376</sup> Além disso, esta Vara afirmou que para deter e acusar o senhor García foi utilizada uma investigação prévia relacionada a "fatos totalmente distintos" ocorridos em 1999, o que "de nenhuma forma [...] era determinante para ordenar [sua] detenção". Finalmente, foi feito constar que não houve ordem judicial de detenção quando perfeitamente poderia haver sido conseguida. A partir do anterior, a Vara afirmou que "a detenção dos [senhores García e González] foi arbitrária". Em relação às confissões efetuadas, a Vara afirmou que "resulta difícil acreditar que, conhecendo seus direitos [à não autoincriminação,] ambos os acusados houvessem relatado de forma tão minuciosa [...] sua participação nos fatos" e que, inclusive, houvessem aceitado os fatos de 1999 "sem que ninguém lhes perguntasse a esse respeito". Também aludiu à "contradição que existe entre [as confissões] e as autópsias", de tal forma que "as confissões dos dois acusados foram elaboradas para coincidir com as datas dos desaparecimentos das mulheres que se disseram ofendidas".

341. É importante ressaltar que, em 2003, a CNDH considerou que "não existe nenhum momento em que tenha ficado detalhado ou constância que permita ao menos presumir que as lesões foram autoinfligidas, mas existem, em contrapartida, as afirmações de que [...] foram objeto de tortura", de maneira que, para a CNDH, "ficou confirmado que [...] foram objeto de sofrimentos graves para que prestassem uma confissão sobre um crime". Além disso, precisou que a defesa "aparece em um trabalho distante do que deveria ser realizado em termos constitucionais", "visto que, inclusive, em uma parte da confissão complementa a resposta de seus defendidos para alcançar uma melhor acusação".<sup>377</sup>

342. Por sua vez, a EAAF ressaltou irregularidades relacionadas com o fato de que: i) somente lhes tenham sido mostrados cartazes de fotos de oito mulheres desaparecidas, sendo que havia mais mulheres desaparecidas naquela data; ii) justamente os cartazes que lhes foram apresentados constituíram a lista final de vítimas de Campo Algodoeiro publicada oficialmente; iii) é notória a similitude de suas declarações com o conteúdo de documentos oficiais, como por exemplo os cartazes e as autópsias, iv) recordavam com muita precisão dados físicos e de vestimenta de cada uma de suas vítimas, a mais de um ano e meses de alguns desaparecimentos e

<sup>376</sup> Cf. Quarta Vara Criminal do Supremo Tribunal de Justiça do Estado de Chihuahua, sentença de 14 de julho de 2005 (expediente de anexos à demanda, tomo X, anexo 83, folhas 3422 a 3500).

<sup>377</sup> CNDH, Relatório Especial, folhas 2229 e 2230, nota 66 *supra*, e Segundo Inspetor Geral da Comissão Nacional de Direitos Humanos, ofício N° V2/004191 de 27 de fevereiro de 2004 (expediente de anexos à demanda, tomo IX, anexo 78, folhas 2994 e 2995).

que também recordavam o mesmo. Além disso, a EAAF considerou que dado o nível de contradição nas perícias prestadas, não havia explicação sobre sua apreciação na sentença de condenação.<sup>378</sup>

343. A Corte recorda que os senhores García e González não são as vítimas em relação a quem se está determinando a existência de supostas violações à Convenção. Entretanto, a informação sobre as irregularidades na investigação é fundamental para avaliar o acesso à justiça que tiveram as mães e demais familiares das três mulheres assassinadas. Levando em consideração a prova analisada, é possível concluir que as investigações sobre os “crimes da plantação de algodão” se relacionam a um contexto de irregularidades na determinação de responsáveis por crimes similares. Assim, por exemplo, em 2003, a CNDH se referiu à “obtenção indiscriminada de confissões” por parte de agentes do Ministério Público e elementos policiais. A partir de 89 casos que foram submetidos ao conhecimento da autoridade judicial, a CNDH observou que:

[a]s pessoas envolvidas no cometimento dos crimes confessaram de maneira “espontânea” sua participação perante o agente do Ministério Público do Estado, apesar de que com posterioridade tenham manifestado perante o órgão judicial que haviam sido submetidos a torturas, maus-tratos ou ameaças para que assinassem declarações com as que não se encontravam em conformidade, e que lhes haviam sido arrancadas com violência.

[..]

é claro que no caso de torturas causadas em pessoas detidas, geralmente os responsáveis costumam recorrer a práticas orientadas a não deixar nenhuma marca no corpo da vítima, e se for o caso a justificar sua atuação por meio da simulação de atestados médicos, os quais, por regra geral, sem cumprir nenhum parâmetro metodológico, resumem-se em afirmar que a pessoa examinada se encontrava “sem lesões”.<sup>379</sup>

344. Um Relatório do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC) sobre sua missão a Ciudad Juárez analisou o Caso Campo Algodoeiro e outros casos. Este Escritório verificou que vários juízes invertiam indevidamente o ônus da prova, rechaçavam as alegações de tortura subestimando a veracidade das retratações e indicavam que não estavam suficientemente provadas sem uma avaliação médico-pericial das lesões e sem que houvesse sido iniciada uma investigação prévia a esse respeito. O relatório concluiu que:

<sup>378</sup> Cf. declaração da testemunha Doretti, folha 2379, nota 141 *supra*.

<sup>379</sup> CNDH, Relatório Especial, folhas 2228 e 2229, nota 66 *supra*.

[e]m todos os procedimentos examinados se reproduz o mesmo padrão: [...] uma parte significativa dos [acusados] confessa os crimes de que são acusados no momento de prestar declaração na fase pré-processual ou na investigação prévia, assistidos por defensor público (não designado por eles), e não ratificam esta declaração em presença judicial, [...] denunciando tratamentos desumanos e degradantes, e [...] crimes de tortura, por meio dos quais aqueles teriam obtido sua confissão. Invariavelmente, tais alegações são rejeçadas pelos Juízes intervenientes, pelas sucessivas decisões por eles proferidas, com argumentos mais ou menos abstratos, ou com terminologia técnico-jurídica diversa, mas sem ordenar investigações ou diligências dirigidas a esclarecer se as denúncias de torturas têm ou não fundamento. Isto ocorre, apesar de que, em vários casos, tais denúncias são extremamente detalhadas, reproduzem nos distintos procedimentos examinados os métodos supostamente utilizados pela Polícia Judiciária (descargas eléctricas ou "cigarras", cobertores empapados de água, asfixia com sacolas de plástico, etc.) e aparecem confirmadas por relatórios inequívocos emitidos por médicos particulares e/ou de instituições oficiais que comprovam as marcas físicas de maus-tratos incompatíveis com as hipóteses de autolesão, bem como por fotografias e outros meios de prova. [...] As denúncias de privações ilegítimas de liberdade e de torturas, seguidas da não investigação das mesmas pelo Ministério Público e pelos Juízes, têm como resultado, também sistemático, a aceitação por parte dos operadores jurídicos das declarações de acusados e testemunhas em tais condições como provas de acusação válidas para, com base nelas, construir e sustentar a acusação. Em Chihuahua, os processos se constroem, [...] fundamentalmente, sobre a autoacusação dos processados, e sobre a acusação de coprocessados e testemunhas.<sup>380</sup>

345. Em sentido similar, a Comissão para Ciudad Juárez afirmou que "as perícias oferecidas [...] estavam dirigidas a justificar uma hipótese do Ministério Público".<sup>381</sup> O Relator das Nações Unidas para a Independência de Juízes e Advogados aludiu, em 2002, à tortura de cinco integrantes de uma quadrilha, acusados de alguns dos crimes.<sup>382</sup> Ademais, em um relatório de 2003, a Anistia Internacional documentou ao

<sup>380</sup> Cf. Relatório da Comissão de Especialistas Internacionais das Nações Unidas, folhas 1878, 1879, 1883 e 1891, nota 76 *supra*.

<sup>381</sup> Cf. Comissão para Prevenir e Erradicar a Violência contra as Mulheres em Ciudad Juárez, Terceiro Relatório de Gestão, folha 9011, nota 101 *supra*.

<sup>382</sup> Cf. Relatório do Relator Especial sobre a Independência de Juízes e Advogados, folha 2100, nota 74 *supra*.

menos outros três casos na cidade de Chihuahua nos quais foi denunciada a utilização de tortura para obter confissões de suspeitos de assassinatos de mulheres.<sup>383</sup>

346. Levando em consideração todo o anterior, a Corte aceita o reconhecimento de responsabilidade estatal em relação a que a investigação dirigida contra os senhores García e González implicou que “não se continu[asse] esgotando outras linhas de investigação” e que “a determinação da não responsabilidade criminal” desses dois senhores “gerou [nos] familiares falta de credibilidade nas autoridades investigadoras, perda de indícios e provas pelo simples transcurso do tempo”. Ademais, o Tribunal ressalta que a falta de devida investigação e sanção das irregularidades denunciadas propicia a reiteração no uso de tais métodos por parte dos investigadores. Isso afeta a capacidade do Poder Judiciário para identificar e perseguir os responsáveis e alcançar a sanção que corresponda, o que torna inefetivo o acesso à justiça. No presente caso, estas irregularidades geraram o reinício da investigação quatro anos depois de ocorridos os fatos, o qual gerou um impacto grave na eficácia da mesma, mais ainda pelo tipo de crime cometido, onde a apreciação de evidências é ainda mais difícil com o transcurso do tempo.

#### **4.2.2.3. Alegada demora injustificada e inexistência de avanços substanciais nas investigações**

347. A Comissão alegou que “não houve acompanhamento a testemunhos-chave com informação pertinente para a investigação”. Os representantes concordaram com isso e agregaram que “não há nenhum suspeito indiciado pelos assassinatos” e que no caso da jovem González o Estado “se apresentou perante a Corte sem nenhum avanço”.

348. O Estado afirmou que na segunda etapa de investigações “continuou [o] trabalho [investigativo utilizando] os registros iniciais das diligências efetuadas a partir da descoberta dos cadáveres”, incluindo “os relatórios de paradeiro desconhecido, os testemunhos obtidos, a inspeção do local do descobrimento, a relação das evidências coletadas e os laudos de identificação”.

349. A esse respeito, a jurisprudência da Corte afirmou que um Estado pode ser responsável por deixar de “ordenar, praticar ou apreciar provas que houvessem sido de muita importância para o devido esclarecimento dos homicídios”.<sup>384</sup>

350. No presente caso, em 9 de março de 2006, a Titular da Promotoria Mista para o Atendimento de Homicídios de Mulheres em Ciudad Juárez recebeu o inquérito criminal sobre as mortes da plantação de algodão. Isso ocorreu com posterioridade a 14 de julho de 2005, data na qual foi revogada a condenação do único acusado, a qual havia ocorrido em 13 de outubro de 2004.<sup>385</sup> A Corte constata que, sem justificativa

<sup>383</sup> Cf. Anistia Internacional, *Mortes Intoleráveis*, folha 2273, nota 64 *supra*.

<sup>384</sup> *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala*, par. 230, nota 31 *supra*.

<sup>385</sup> Cf. acordo de 9 de março de 2006 da Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Chihuahua Região Norte, Promotoria Mista para a Investigação de Homicídio de Mulheres em Ciudad Juárez no Inquérito de



alguma, as investigações estiveram paralisadas durante quase oito meses depois da anulação da condenação.

351. Por outro lado, durante a audiência pública, a Corte foi informada sobre os resultados da segunda etapa das investigações e o plano de trabalho a seguir por parte do Ministério Público.<sup>386</sup> Entretanto, não existem resultados das diligências anunciadas pelo Agente do Ministério Público encarregado da investigação, tais como o estudo de certas vestimentas, novas análises genéticas e a investigação sobre supostos responsáveis.

352. Finalmente, o Tribunal ressalta que as falhas investigativas na primeira etapa das investigações, e que foram aceitas pelo Estado, dificilmente poderiam ser reparadas pelas diligências probatórias tardias e insuficientes que o Estado desenvolveu a partir do ano de 2006. Prova disso são os oito anos transcorridos desde que aconteceram os fatos sem que a investigação passasse de sua fase preliminar.

#### **4.2.2.4. Alegadas irregularidades relacionadas com a fragmentação das investigações e seu suposto impacto na geração de impunidade**

O Tribunal observa que a controvérsia entre as partes sobre a fragmentação dos casos está relacionada a três temas distintos: a) as alegadas irregularidades no início de uma investigação por tráfico de órgãos e a não articulação desta com a investigação por desaparecimento e homicídio, b) a alegada necessidade de que o foro federal conhecesse do presente caso, e c) as alegadas irregularidades derivadas de investigar os três casos de forma separada.

##### **a) Alegadas irregularidades no início de uma investigação por tráfico de órgãos e a não articulação desta com a investigação por desaparecimento e homicídio**

353. As oito mortes da plantação de algodão foram o objeto de uma mesma investigação por parte da PGR, entre os anos de 2003 e 2006, que indagava, no foro federal, a possível vinculação com o crime organizado, em particular com o tráfico de órgãos.<sup>387</sup> O crime de homicídio continuou sendo competência da PGJE.<sup>388</sup>

354. A Comissão alegou que "quando a Procuradoria Geral de Justiça da República reteve os inquéritos em exercício de sua faculdade de atração, não houve atividade processual nem investigativa alguma". Os representantes consideraram que

Investigación Previa 27913/01-I (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXX, anexo 50, folha 10184) e resolução da Quarta Vara Criminal do Supremo Tribunal de Justiça do Estado de Chihuahua de 14 de julho de 2005 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo X, anexo 83, folhas 3422 a 3500).

<sup>386</sup> Declaração prestada pela testemunha Caballero Rodríguez na audiência pública realizada em 28 de abril de 2009.

<sup>387</sup> Cf. relatório da Procuradoria Geral da República, "Homicídios de Mulheres em Ciudad Juárez, Chihuahua" (expediente de anexos à demanda, tomo II, apêndice 5, folhas 184 a 216) e Promotoria Especial para o Atendimento de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres no Município de Juárez, Chihuahua, terceiro relatório, janeiro 2005 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo X, anexo 81, folha 3362).

<sup>388</sup> Cf. Terceiro Relatório da Promotoria Especial, folha 3363, nota 387 *supra*.

esta linha de investigação “foi considerada inverossímil”, “com falta de seriedade”, que “despertou mais curiosidade e sensacionalismo” e que, “depois de quatro anos, [...] tampouco houve contribuição de elementos na investigação dos homicídios” da plantação de algodão. Ademais, ressaltaram que “nunca existiu nenhuma relação entre a investigação prévia federal e o processo contra [os senhores García e González]”.

355. O Estado alegou que nesta investigação por tráfico de órgãos foram realizados “273 laudos de medicina forense, genética forense, retrato falado, trabalho social, psiquiatria, grafoscopia, poligrafia, fotografia, criminologia, criminalística, psicologia, datiloscopia, áudio, estomatologia forense, reconstrução facial, identificação, compilação hemerográfica, inspeção com sensor binomial, vitimologia, química e antropologia forense. Também foram realizadas 737 declarações ministeriais, 246 indagações da Agência Federal de Investigação, dois pedidos de assistência jurídica internacional e 43 cartas precatórias em apoio à Procuradoria Geral de Chihuahua”. Além disso, estabeleceu que “[o] material derivado das diligências da PGR foi integrado à investigação prévia reiniciada com o nº 27913/01-1”.

356. Em relação à não atração do crime de homicídio ao foro federal, o perito Castresana Fernández afirmou que, “[d]e acordo com o princípio de investigação integral, a PGR deveria investigar os fatos de desaparecimento e homicídio de Campo Algodoeiro”.<sup>389</sup>

357. A Corte observa que, apesar de que a legislação interna prevê a possibilidade de que as autoridades federais conheçam também dos crimes de foro comum quando estes tenham conexão com crimes federais,<sup>390</sup> neste caso isso não ocorreu.<sup>391</sup> Entretanto, os representantes não argumentaram por que isso desconhece a obrigação de garantir um acesso efetivo à justiça. Em particular, não fica claro se se trata de uma faculdade ou de uma obrigação e de que forma isso afetava a investigação. A insuficiente motivação dos representantes impede o Tribunal de realizar um pronunciamento sobre esta alegação.

358. Sobre os resultados da investigação por tráfico de órgãos, a Corte observa que, de fato, algumas diligências da mesma foram trasladadas em 2007 à investigação prévia sobre homicídio.<sup>392</sup> Entretanto, a Corte não conta com evidência para determinar se foi apresentada toda a prova mencionada pelo Estado. Além disso, os representantes tampouco argumentaram em que sentido essa prova era relevante. Ao contrário, sustentam que esta linha de investigação era “inverossímil”. Levando em consideração o anterior, o Tribunal declara que os representantes não ofereceram elementos que

<sup>389</sup> Declaração do perito Castresana Fernández, folha 2902, nota 137 *supra*.

<sup>390</sup> Cf. artigo 73 inciso XXI da Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos (expediente de anexos à contestação da demanda, Tomo XXVIII, Anexo 43, folha 9852).

<sup>391</sup> Cf. declaração da testemunha Delgadillo Pérez, folha 3513, nota 187 *supra*, e declaração do perito Castresana Fernández, folha 2902, nota 137 *supra*.

<sup>392</sup> Cf. registro de 16 de agosto de 2007 pelo qual o agente do Ministério Público vinculado à Promotoria Mista para a Investigação de Homicídios em Ciudad Juárez localiza diferentes diligências (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXXVII, anexo 50, registro III, tomo II, folhas 10569, 10570, 13577, 13578, 13641 e 13642).

permitam concluir que a suposta negligência na remissão de prova constitui - ou contribui a - uma violação de direitos humanos.

359. Em relação à falta de conexão entre esta investigação federal e a investigação em Chihuahua, nos autos perante a Corte não consta prova suficiente em relação a que tenha existido intercâmbio de informação entre a procuradoria local e federal em relação aos homicídios das jovens Herrera, González e Ramos. Além disso, a investigação perante a PGR começou antes de que houvesse concluído o processo contra o senhor García. Não existe explicação que permita compreender por que esta investigação alternativa, a qual provavelmente continha informação relacionada com o mencionado acusado, não foi apreciada no processo realizado em Chihuahua.<sup>393</sup> Sem argumentação sobre prova, é insuficiente resenhar os fatos descritos para concluir sobre seu impacto na ineficácia da investigação.

### **b) Alegadas irregularidades pela falta de atração dos inquiridos por parte da Procuradoria Geral da República**

360. Os representantes alegaram que "os investigadores [deveriam chegar] à conclusão, ao menos como hipótese de investigação, de que se encontravam perante um grupo criminoso organizado", de modo que "a competência para a investigação e persecução dos crimes deveria ser atribuída, desde o momento da descoberta dos cadáveres, ao conhecimento das autoridades policiais, do Ministério Público e judiciais do foro federal". O não fazê-lo "impediu a aplicação da normativa específica e a utilização dos meios legais e materiais de investigação previstos para o crime organizado, que não são, entretanto, aplicáveis aos delitos comuns".

361. A testemunha Delgadillo Pérez afirmou que "[n]ão há explicação por parte do Estado sobre por que a Federação não atraiu a investigação pelos homicídios das oito mulheres se[,] como foi demonstrado[,] a Procuradoria local não tinha a capacidade técnica, científica e profissional para fazê-lo".<sup>394</sup> O perito Castresana Fernández afirmou que pela forma em que foram cometidos os assassinatos e abandonados os cadáveres, com o risco iminente para os responsáveis de serem descobertos, deriva-se que era crime organizado e se infere que foram funcionários do Estado ou particulares que simplesmente gozavam da proteção daqueles. Levando em consideração esta hipótese, o perito indicou que "a manutenção deliberada da investigação no foro estadual, apesar de existirem fundados indícios que atribuíam a competência ao foro federal, tinha outra consequência igualmente determinante de impunidade: impediu a aplicação da normativa específica e a utilização dos meios legais e materiais de

<sup>393</sup> Embora a Promotoria Especial tenha afirmado que não se encontra confirmado que em nenhuma das 19 investigações tenham sido "violadas leis federais que justifiquem a figura da atração", este órgão afirmou que no Anexo B do relatório "são detalhadas as hipóteses de investigação correspondentes, assim como a proposta de diligências a serem praticadas em cada uma das 19 investigações prévias" em relação a 22 homicídios objeto deste relatório. Mesmo que o anterior signifique um indício de intercâmbio de informação, a Corte observa que não consta que tenham sido recomendadas diligências similares para os casos das jovens Herrera, González e Ramos (Terceiro Relatório da Promotoria Especial, folha 3363, nota 387 *supra*).

<sup>394</sup> Declaração da testemunha Delgadillo Pérez, folha 3513, nota 187 *supra*.

investigação previstos para o crime organizado, que não são, entretanto, aplicáveis ao crime comum”. Acrescentou que o anterior fez com que o caso ficasse nas mãos “das mesmas autoridades estatais que manifestavam tão escassa diligência”.<sup>395</sup>

362. O Estado não apresentou alegações sobre este ponto. Entretanto, anexou um relatório no qual faz referência a diversos critérios que regulam a atração de casos perante o foro federal. Neste relatório é mencionado o convênio entre a PGR e a PGJCH para avançar ações conjuntas de investigação, um projeto de reforma constitucional na matéria e o estabelecimento da Promotoria Especial que investigaria os homicídios de mulheres que fossem de competência federal.<sup>396</sup>

363. A Corte observa que a prova testemunhal e pericial apresentada pelos representantes se refere, em primeiro lugar, a que esta atração tinha que ocorrer pela falta de capacidade técnica das autoridades de Chihuahua. A Corte não encontra argumentos sobre o direito interno que lhe permitam analisar a atribuição de competência ao foro federal como consequência das irregularidades que foram constatadas no presente caso. Em segundo lugar, não se argumenta quais são esses fundados indícios que atribuíam competência ao foro federal, além de presumir que a impunidade do caso implica a participação de agentes estatais ou do crime organizado. Tampouco são elaborados argumentos sobre o funcionamento da atração ao foro federal. Em resumo, os representantes não apresentam argumentação sobre prova e direito interno aplicável que permita analisar em que sentido a falta de atração dos crimes e a não aplicação de meios legais correspondentes ao crime organizado contribuiu para a ineficácia dos processos judiciais.

### **c) Alegadas irregularidades relacionadas com a fragmentação dos casos e a falta de investigação dos mesmos no âmbito de seu contexto**

364. Os representantes alegaram que a “individualiza[ção] da investigação dos homicídios” se transforma em “falta de busca da verdade e [...] justiça para as vítimas”. Afirmaram que “é pouco crível que uma única pessoa [...] possa estar envolvida” no homicídio “e que não tenha relação alguma com os homicídios das outras sete mulheres”. Acrescentaram que “não é crível” que “unicamente” essa pessoa “tenha assassinado Esmeralda, a tenha jogado em um local onde já se encontravam outros sete corpos em circunstâncias similares e tenha realizado alguma ação para acelerar o processo de decomposição [...] na parte superior de [seu] corpo”. Além disso, alegaram que “o caso *sub judice* não pode ser analisado de maneira descontextualizada desta situação de violações graves e sistemáticas contra meninas e mulheres vivida há 16 anos em Ciudad Juárez”.

365. O Estado afirmou que “o elemento comum nos três casos é a descoberta dos corpos no mesmo local”. A partir desse fato, alegou que “foi feito um exame concreto das circunstâncias dos casos” e “lhes foi dado um tratamento individualizado

<sup>395</sup> Declaração do perito Castresana Fernández, folhas 2902 e 2903, nota 137 *supra*.

<sup>396</sup> Cf. Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folhas 1980 e 1981, nota 64 *supra*.

dentro da investigação, sem rejeitar outros possíveis traços comuns, mas igualmente sem forçar vínculos entre eles", já que "foram observados detalhes particulares em cada caso que não possibilitavam uma investigação em conjunto, sob pena de propiciar confusão entre elementos distintos, que por fim houvesse redundado negativamente nos resultados". Além disso, afirmou que "[p]or metodologia de investigação delitiva, jamais se inicia com a hipótese de que dois casos são similares, pois isso constituiria uma distorção subjetiva na análise".

366. A jurisprudência da Corte indicou que certas linhas de investigação, quando eludem a análise dos padrões sistemáticos, nos quais se enquadram certo tipo de violações a direitos humanos, podem gerar ineficácia nas investigações.<sup>397</sup>

367. Neste caso, a Corte observa que quando foram reiniciadas as investigações em março de 2006, o Ministério Público decidiu, "por razões de método", "separar todas as atuações processuais" em um registro destinado a cada uma das oito vítimas encontradas na plantação de algodão.<sup>398</sup> Segundo a testemunha Caballero Rodríguez, o motivo da individualização foi "estabelecer linhas de investigação concretas em cada caso", "com independência de que seja um mesmo inquérito de investigação".<sup>399</sup>

368. Os representantes não apresentaram uma argumentação clara e prova suficiente que demonstre que o estabelecimento de linhas de investigação concretas para cada um dos oito casos da plantação de algodão pode ter impactado na eficácia das mesmas. Entretanto, o Tribunal considera que, apesar de que a individualização das investigações pode, em teoria, inclusive favorecer o avanço das mesmas, o Estado deve ser consciente de que estas se enquadram dentro de um contexto de violência contra a mulher. Portanto, deve adotar as providências que sejam necessárias para verificar se o homicídio concreto que investiga se relaciona ou não com este contexto. A investigação com devida diligência exige levar em consideração o ocorrido em outros homicídios e estabelecer algum tipo de relação entre eles. Isso deve ser impulsionado de ofício, sem que sejam as vítimas e seus familiares quem tenham o ônus de assumir tal iniciativa.

369. No presente caso, nas investigações pelos três crimes, não se encontram decisões do Ministério Público dirigidas a relacionar estas indagações com os padrões nos que se enquadram os desaparecimentos de outras mulheres. Isto foi ratificado pelo agente do Ministério Público na audiência pública do presente caso. Por todo o anterior, a Corte considera que não é aceitável o argumento do Estado no sentido de que o único fator em comum entre os oito casos seja que apareceram na mesma região, nem é admissível que não exista uma mínima apreciação judicial dos efeitos do contexto sobre as investigações destes homicídios.

370. O ocorrido no presente caso é concordante com o indicado previamente no contexto, em relação a que em muitas investigações se observa a falta de contemplação

<sup>397</sup> Cf. *Caso do Massacre de La Rochela Vs. Colômbia*. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 11 de maio de 2007. Série C N° 163, pars. 156, 158 e 164.

<sup>398</sup> Cf. acordo de 9 de março de 2006 da Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Chihuahua Região Norte, folha 10184, nota 385 *supra*.

<sup>399</sup> Declaração da testemunha Caballero Rodríguez, nota 386 *supra*.

das agressões a mulheres como parte de um fenômeno generalizado de violência de gênero. Nesse sentido, a CNDH afirmou em seu relatório do ano de 2003 que a FEIHM não estava estudando “o fenômeno de maneira global, mas que, a cada assunto tem sido concedido um tratamento individual, à margem das possibilidades legais, como se se tratasse de casos isolados plenamente diferentes e não de maneira integral”.<sup>400</sup> Por sua vez, a testemunha Delgadillo Pérez declarou que “[n]ão existe uma estratégia integral na investigação dos homicídios a partir de padrões de violência detectados em cada caso”. Acrescentou que “ainda que seja uma promotoria especial, é designado um determinado número de casos a cada agente do Ministério Público”<sup>401</sup> e “não existem mesas de discussão sobre estratégias de investigação e determinação dos fatos a investigar, onde a titular da promotoria, a equipe de investigadores, os policiais e os peritos possam ter uma visão global do que ocorre em cada fato denunciado”.<sup>402</sup>

#### **4.2.2.5. Alegada falta de sanção aos funcionários públicos envolvidos com irregularidades no presente caso**

371. Os representantes alegaram que alguns dos funcionários que incorreram em irregularidades, omissões e negligências no presente caso continuaram trabalhando na PGE, alguns somente foram sancionados administrativamente e com um “alcance muito limitado”, e outros não foram investigados e sancionados.

372. O Estado afirmou que, a partir de outubro de 2004, analisou os inquéritos de 255 homicídios de mulheres em Ciudad Juárez com o fim de revisar as atuações dos servidores públicos nas diligências de investigação. Alegou que foram consignadas 20 ações perante tribunais criminais contra funcionários públicos e iniciados 62 procedimentos administrativos perante o órgão de controle interno governamental (Secretaria da Controladoria do Estado de Chihuahua). Nestes procedimentos administrativos, 15 funcionários foram inabilitados, cinco destituídos, três suspensos e dois reпреndidos. Atualmente, restam abertos 12 procedimentos administrativos.

373. Em outros casos, o Tribunal se referiu a instâncias disciplinares de caráter judicial em alguns países, concedendo importante valor simbólico à mensagem de repreensão que pode significar este tipo de sanções sobre funcionários públicos e membros das forças armadas.<sup>403</sup> Além disso, o Tribunal ressalta a importância das atuações disciplinares a fim de controlar a atuação destes funcionários públicos, particularmente quando as violações de direitos humanos respondem a padrões generalizados e sistemáticos.

374. Sobre a relação das ações disciplinares com o direito de acesso à justiça, o Tribunal afirmou que nos processos disciplinares devem ser determinadas as

<sup>400</sup> Cf. CNDH, Relatório Especial, folha 2235, nota 66 *supra*.

<sup>401</sup> Cf. declaração da testemunha Delgadillo Pérez, folha 3481, nota 187 *supra*.

<sup>402</sup> Cf. declaração da testemunha Delgadillo Pérez, folha 3481, nota 187 *supra*.

<sup>403</sup> Cf. Caso do “Massacre de Mapiripán” Vs. Colômbia, par. 215, nota 252 *supra*.

circunstâncias em que foi cometida a infração ao dever funcional que conduz ao menosprezo do Direito Internacional dos Direitos Humanos.<sup>404</sup>

375. No presente caso, o relatório final da Promotoria Especial para o Atendimento de Crimes Relacionados aos Homicídios de Mulheres no Município de Juárez inclui uma lista de funcionários públicos que entrevistaram em 139 processos judiciais relacionados com estes homicídios, bem como o número daqueles com possível responsabilidade penal e administrativa para cada caso. Entretanto, esta lista não inclui nenhuma das três execuções deste caso.<sup>405</sup> Adicionalmente, o Estado apresentou um relatório de funcionários sancionados, indicando o nome do funcionário e o expediente sobre o qual lhe foi atribuída possível responsabilidade, bem como também o estado processual do caso. Entretanto, a Corte observa que nesta segunda lista tampouco são mencionados funcionários que tenham sido investigados pelas irregularidades cometidas na investigação do ocorrido com as jovens Herrera, González e Ramos.<sup>406</sup>

376. De igual forma, em um escrito apresentado pelos representantes perante a Procuradora Geral de Justiça do Estado de Chihuahua, foi incluída uma lista de 25 funcionários públicos que se alega deveriam ser investigados por diversas omissões, negligências e irregularidades relacionadas com o Caso Campo Algodoeiro.<sup>407</sup> O Estado não realizou nenhuma alegação em relação às denúncias efetuadas pelos representantes neste escrito.

377. O Tribunal ressalta que as sanções administrativas ou penais têm um papel importante para criar a classe de competência e cultura institucional adequada para enfrentar os fatores que explicam o contexto de violência contra a mulher que foi provado no presente caso. Se se permite que pessoas responsáveis por estas graves irregularidades continuem em seus postos, ou pior ainda, ocupem posições de autoridade, pode-se gerar impunidade e criar as condições para que os fatores que incidem no contexto de violência persistam ou sejam agravadas.

378. A partir da informação disponível nos autos perante a Corte, conclui-se que não foram investigados nenhum dos funcionários supostamente responsáveis pelas negligências ocorridas no presente caso. Em concreto, não foram esclarecidas as graves irregularidades na persecução dos responsáveis e no manejo das evidências durante a primeira etapa da investigação. Isso torna ainda mais manifesta a situação de vulnerabilidade das vítimas, contribui à impunidade e propicia a repetição crônica das violações dos direitos humanos.

<sup>404</sup> Cf. *Caso do Massacre de La Rochela Vs. Colômbia*, par. 207, nota 397 *supra*.

<sup>405</sup> Cf. Promotoria Especial para o Atendimento de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres em Ciudad Juárez, Relatório Final, folhas 14881 a 14892, nota 87 *supra*.

<sup>406</sup> Cf. Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Chihuahua, Relatório de Funcionários Sancionados, emitido em 27 de abril de 2009 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLIX, anexo 5, folhas 17319 a 17346).

<sup>407</sup> Cf. denúncia de fatos apresentada pela Associação Nacional de Advogados Democráticos A.C. em 5 de junho de 2007 (expediente de anexos à demanda, tomo X, anexo 92, folhas 3546 a 3588).

#### 4.2.2.6. Alegada negação de acesso aos autos e demoras ou negação de cópias do mesmo

379. A Comissão alegou que os familiares “não tiveram acesso aos autos” nem lhes foi permitido fotocopiá-lo. Entretanto, a Comissão não precisou com clareza datas e argumentos sobre prova a esse respeito.

380. Os representantes alegaram que “o acesso aos [autos]tem sido negado de maneira sistemática”. Afirmaram que, em dezembro de 2004, a Procuradora de Chihuahua se comprometeu a entregar cópia dos autos e que isto não ocorreu. Alegaram que o mesmo pedido foi realizado por escrito durante os anos de 2005, 2006 e 2007 sem ter resposta. Entretanto, os representantes não apresentaram cópias destas petições.

381. Além disso, os representantes alegaram que, em 4 de agosto de 2006, reuniram-se com a Procuradora e a EAAF e solicitaram verbalmente cópia das investigações realizadas até o momento. Precisaram que as cópias foram entregues a uma das mães, um mês depois, mas de uma maneira incompleta, de modo que solicitaram a parte restante, sem obter resposta. Afirmaram que, em 13 de setembro de 2006, os familiares solicitaram “as cópias dos autos ou que permitissem sua leitura nos escritórios da Promotoria, ante estas duas possibilidades [a autoridade correspondente] se negou argumentando que se encontrava atualizando as investigações, devido a alguns acontecimentos recentes relacionados com aqueles homicídios”. Os representantes acrescentaram que ao menos em seis oportunidades que solicitaram por escrito os autos, estes lhes foram negados com o argumento de que “estão investigando” e que “o direito das vítimas a conhecer seus próprios autos não pode estar acima das ações das autoridades investigadoras”. O Tribunal observa que os representantes não apresentaram argumentação sobre se o direito interno regulamenta este tipo de restrições no acesso à informação, como funcionariam essas possíveis restrições no presente caso, e por que estas possíveis restrições são injustificadas ou desproporcionais.

382. Afirmaram, ademais, que solicitaram cópias dos autos perante a Subprocuradoria de Investigação Especializada em Crime Organizado. Obtiveram como resposta que “não se pode ter acesso ao inquérito porque ao se investigar crime organizado a informação é confidencial”. Acrescentaram que este inquérito “é mantido sob absoluta confidencialidade”. A Corte observa que tampouco foi apresentada argumentação sobre o direito interno que regulamentasse as restrições no acesso à informação sobre investigações em relação ao crime organizado.

383. A falta de acesso aos autos, alegaram os representantes, impediu que “conhec[essem] os avanços nas investigações e as linhas de investigação das autoridades para atribuir responsabilidade aos prováveis responsáveis por estes fatos”, e tampouco permitiu que os familiares “exerc[essem] seu direito constitucional de intervir nas investigações e, se fosse o caso, de apoiar as determinações do Ministério Público”. A Corte observa que não foi apresentada argumentação em relação a como se regulamenta este direito à intervenção no direito interno.



384. O Estado alegou que "concedeu [aos familiares das vítimas] toda a informação relativa aos autos" e que eles "e seus representantes designados no inquérito têm acesso às investigações a qualquer momento".

385. A testemunha Caballero Rodríguez afirmou que os familiares das vítimas têm acesso regular aos autos da investigação, podendo acessá-lo, lê-los e fotocopiá-los. Afirmou que "os familiares da [jovem Ramos] podem acessar os autos por meio de um representante interventor", a mãe da jovem González "teve contato em duas ocasiões [com ele e lhe] pediu relatórios dos autos, incluindo cópias autenticadas", e no caso da jovem Herrera "[o] interventor [...] não compareceu [perante o Ministério Público] para informação nesse sentido". Adicionalmente, fez notar que foi entregue recentemente ao interventor do caso da jovem González "a totalidade das atuações que integram o inquérito".<sup>408</sup>

386. A Corte nota que dentro da prova apresentada ao Tribunal se encontram duas decisões de negação de cópias. Uma delas estabelece que "estas cópias [...] serão expedidas", mas se informa que "no momento não é possível da[r] trâmite [ao] pedido por se encontrarem os autos em uma revisão na Cidade de Chihuahua" e se esclarece que ao retornarem os autos "será dado trâmite [ao] pedido e serão entregues as cópias solicitadas com a brevidade possível".<sup>409</sup> A outra decisão afirma que não consta nos autos "faculdades como representante" ao interventor que solicitou as cópias.<sup>410</sup> Do mesmo modo, incluem-se diversos pedidos de cópias e decisões de expedição de cópias.<sup>411</sup>

387. Concluindo, o Tribunal considera que não foi entregue prova suficiente sobre a negação de acesso aos autos e fotocópias do mesmo. Por outro lado, não são oferecidos argumentos sobre o direito interno que regulamenta a reserva da investigação prévia e o alegado "direito de intervenção". Além disso, não foi especificado o impacto específico que cada negação ou demora tenha tido no exercício de seus direitos como parte civil. Por todo o anterior, a Corte não conta com elementos para analisar estas alegações.

<sup>408</sup> Declaração prestada pela testemunha Caballero Rodríguez, nota 386 *supra*.

<sup>409</sup> Cf. decisão emitida por um Licenciado do Ministério Público vinculado à Promotoria Mista para o Atendimento de Homicídios de Mulheres em 3 de maio de 2007 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo XXIV, anexo 34, folhas 8480).

<sup>410</sup> Cf. decisão emitida por um Agente do Ministério Público em 30 de janeiro de 2008 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXXV, anexo 50, registro II, tomo IV, folha 12982).

<sup>411</sup> No caso da jovem González foram solicitadas cópias em 1º de abril de 2002, 2 de maio de 2007, 29 de janeiro de 2008, 4 de novembro de 2008 e 12 de fevereiro de 2009 e foram expedidas cópias em 1º de abril de 2002, 12 de fevereiro de 2009 e 11 de março de 2009 (Cf. expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXXII, anexo 50, registro II, tomo I, folha 11122; tomo XXIV, anexo 34, folhas 8478 e 8479; tomo XLVIII, anexo 4b, folha 17313, tomo XLVIII, folha 17193, e tomo XLVIII, folha 17208). No caso da jovem Ramos foram solicitadas cópias em 26 de fevereiro de 2002, 6 de março de 2007, 3 de maio de 2007 e 29 de janeiro de 2008 e foram expedidas cópias em 26 de fevereiro de 2002 e 1º de junho de 2007 (Cf. expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXXVI, anexo 50, registro III, tomo I, folha 13069; tomo XXIV, anexo 34, folhas 8481; tomo XXXVI, anexo 50, registro III, tomo I, folha 13129; expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo XXIV, anexo 34, folhas 8477; expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXXVI, anexo 50, registro III, tomo I, folha 13070, e anexo 50, registro III, tomo I, folha 13130). No caso da jovem Herrera foram expedidas cópias em 11 de março de 2002 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXX, anexo 50, folha 13171).

388. Para concluir, a Corte aceita o reconhecimento de responsabilidade pelas irregularidades cometidas na primeira etapa das investigações. Entretanto, o Tribunal constatou que na segunda etapa das mesmas estas falhas não foram reparadas totalmente. As irregularidades no manejo de evidências, a alegada fabricação de culpados, o atraso nas investigações, a falta de linhas de investigação que tenham em consideração o contexto de violência contra a mulher no qual ocorreram as execuções das três vítimas e a inexistência de investigações contra funcionários públicos por sua suposta grave negligência, violam o direito de acesso à justiça, a uma proteção judicial eficaz e o direito dos familiares e da sociedade a conhecer a verdade sobre o ocorrido. Ademais, denota um descumprimento estatal de garantir, através de uma investigação séria e correta, os direitos à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal das três vítimas. Tudo isso permite concluir que no presente caso existe impunidade e que as medidas de direito interno adotadas foram insuficientes para enfrentar as graves violações de direitos humanos ocorridas. O Estado não demonstrou ter adotado normas ou implementado as medidas necessárias, em conformidade com o artigo 2 da Convenção Americana e com o artigo 7.c da Convenção de Belém do Pará, que permitissem às autoridades realizarem uma investigação com devida diligência. Esta ineficácia judicial diante de casos individuais de violência contra as mulheres propicia um ambiente de impunidade que facilita e promove a repetição dos fatos de violência em geral e envia uma mensagem segundo a qual a violência contra as mulheres pode ser tolerada e aceita como parte da vida diária.

389. Em face do exposto, o Tribunal conclui que o Estado descumpriu seu dever de investigar – e com isso seu dever de garantir – os direitos consagrados nos artigos 4.1, 5.1, 5.2 e 7.1 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 da mesma e com o artigo 7.b e 7.c da Convenção de Belém do Pará, em detrimento de Claudia Ivette González, Laura Berenice Ramos Monárrez e Esmeralda Herrera Monreal. Pelos mesmos motivos, o Estado violou os direitos de acesso à justiça e proteção judicial, consagrados nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 da mesma e 7.b e 7.c da Convenção de Belém do Pará, em detrimento dos familiares das três vítimas identificadas no parágrafo 9 *supra*.

#### **4.3. Obrigação de não discriminar: a violência contra a mulher como discriminação**

390. A Comissão afirmou que “[é] essencial entender o vínculo entre a violência contra as mulheres e a discriminação que a perpetua para apreciar o alcance do dever de devida diligência no presente caso”. Segundo a Comissão, “atitudes discriminatórias contra as mulheres por parte de funcionários estatais influenciaram na investigação destes assassinatos”.

391. Os representantes afirmaram que, “além da violência por seu gênero, as meninas e as mulheres de Juárez sofrem uma dupla discriminação, já que a origem humilde de Claudia, Laura e Esmeralda, como as meninas e mulheres assassinadas ou que são informadas como desaparecidas, bem como das mães e famílias destas

mulheres, também gera uma discriminação de classe social". Acrescentaram que os danos gerados pelos fatos do caso "se intensificam porque têm como causa manter a desigualdade e a discriminação das mulheres" e que "entre outras condições de vulnerabilidade, os danos se ampliam, pois a impunidade criada e propiciada a partir do Estado [m]exicano sustenta e legitima os padrões de discriminação e violência contra as mulheres".

392. O Estado afirmou que "nas investigações pelo desaparecimento e pelos homicídios das jovens González, Herrera e Ramos não foram encontrados elementos que permitam supor [...] discriminação". Acrescentou que "estabeleceu os mecanismos necessários para que as pessoas que se encontram dentro de sua jurisdição [...] possam exercer [...] seus direitos sem serem objeto de nenhuma discriminação". Entretanto, reconheceu perante a Corte que os homicídios de mulheres em Ciudad Juárez se encontram influenciados por "uma cultura de discriminação contra a mulher".

393. Dada a controvérsia entre as partes e a ambiguidade do reconhecimento efetuado pelo Estado, o Tribunal analisará se a obrigação de não discriminar contida no artigo 1.1 da Convenção foi cumprida no presente caso.

394. Sob uma perspectiva geral, o CEDAW define a discriminação contra a mulher como "toda distinção, exclusão a restrição baseada no sexo que tenha por objetivo ou por resultado menosprezar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais nas esferas política, econômica, social, cultural e civil ou em qualquer outra esfera". No âmbito interamericano, a Convenção de Belém do Pará afirma que a violência contra a mulher é "uma manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens" e reconhece que o direito de toda mulher a uma vida livre de violência inclui o direito a ser livre de toda forma de discriminação.

395. O Comitê CEDAW declarou que a definição da discriminação contra a mulher "inclui a violência baseada no sexo, ou seja, a violência dirigida contra a mulher [i] porque é mulher ou [ii] que a afeta de forma desproporcional". O Comitê CEDAW também afirmou que "[a] violência contra a mulher é uma forma de discriminação que impede gravemente que goze de direitos e liberdades em pé de igualdade com o homem".<sup>412</sup>

396. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos declarou no Caso *Opuz Vs. Turquia* que "a falha do Estado em proteger as mulheres contra a violência doméstica viola o seu direito à igual proteção da lei e esta falha não necessita ser intencional". O Tribunal Europeu considerou que, ainda que a passividade judicial geral e discriminatória na Turquia não fosse intencional, o fato de que afetava principalmente as mulheres permitia concluir que a violência sofrida pela petionária e sua mãe podia ser considerada violência baseada em gênero, o que é uma forma de discriminação contra as mulheres. Para chegar a esta conclusão, o Tribunal aplicou o princípio segundo o qual uma vez que se demonstra que a aplicação de uma regra leva a um impacto

<sup>412</sup> Cf. CEDAW, Recomendação geral 19: A Violência contra a Mulher, par. 1 e 6, nota 268 *supra*.

diferente entre mulheres e homens, o Estado deve provar que se deve a fatores objetivos não relacionados com a discriminação. O Tribunal Europeu constatou que no local em que a petionária vivia se apresentava o número mais alto de vítimas de violência doméstica, que as vítimas eram todas mulheres, que a maioria das vítimas eram da mesma origem e, além disso, que as mulheres vítimas enfrentavam problemas quando denunciavam a violência, como o fato em que os policiais não investigavam os fatos, mas assumiam que esta violência era um “tema familiar”.<sup>413</sup>

397. No Caso do Presídio Castro Castro Vs. Peru, a Corte afirmou que as mulheres detidas ou presas “não devem sofrer discriminação, e devem ser protegidas de todas as formas de violência ou exploração”, que “devem ser supervisionadas e revisadas por oficiais femininas”, que as mulheres grávidas e lactantes “devem ser providas de condições especiais”. Esta discriminação inclui “a violência dirigida contra a mulher porque é mulher ou que a afeta de forma desproporcional”, e que inclui “atos que causem danos ou sofrimentos de índole física, mental ou sexual, ameaças de cometer esses atos, coação e outras formas de privação da liberdade”.<sup>414</sup>

398. No presente caso, o Tribunal constata que o Estado afirmou perante o Comitê CEDAW que a “cultura de discriminação” da mulher “contribuiu a que [os] homicídios [de mulheres em Ciudad Juárez] não fossem percebidos no princípio como um problema de magnitude importante para o qual eram requeridas ações imediatas e contundentes por parte das autoridades competentes”. Ademais, o Estado também afirmou que esta cultura de discriminação contra a mulher estava baseada “em uma concepção errônea de sua inferioridade” (par. 132 *supra*).

399. A Corte considera que estas declarações apresentadas como prova pelo Estado são coincidentes com seu reconhecimento de responsabilidade no sentido de que em Ciudad Juárez existe uma “cultura de discriminação” que influenciou nos homicídios das mulheres em Ciudad Juárez. Além disso, a Corte observa que como já foi estabelecido *supra*, diferentes relatórios internacionais fizeram a conexão entre a violência contra a mulher e a discriminação contra a mulher em Ciudad Juárez.

400. Por outro lado, no momento de investigar esta violência, foi estabelecido que algumas autoridades mencionaram que as vítimas eram “avoadas” ou que “se foram com o namorado”, o que, somado à inação estatal no começo da investigação, permite concluir que esta indiferença, por suas consequências em relação à impunidade do caso, reproduz a violência que se pretende atacar, sem prejuízo de que constitui em si mesma uma discriminação no acesso à justiça. A impunidade dos crimes cometidos envia a mensagem de que a violência contra a mulher é tolerada, o que favorece sua perpetuação e a aceitação social do fenômeno, o sentimento e a sensação de insegurança nas mulheres, bem como uma persistente desconfiança destas no sistema de administração de justiça. A esse respeito, o Tribunal ressalta o afirmado pela Comissão Interamericana em seu relatório temático sobre “Acesso à Justiça para Mulheres Vítimas de Violência” no sentido de que:

<sup>413</sup> ECHR, *Case of Opuz v. Turkey*, Judgment of 9 June 2009, paras. 180, 191 e 200.

<sup>414</sup> Cf. *Caso do Presídio Miguel Castro Castro Vs. Peru*, par. 303, nota 248 *supra*.

[a] influência de padrões socioculturais discriminatórios pode ter como resultado uma desqualificação da credibilidade da vítima durante o processo penal em casos de violência e uma assunção tácita de responsabilidade dela pelos fatos, seja por sua forma de vestir, por sua ocupação laboral, conduta sexual, relação ou parentesco com o agressor, o que se traduz em inação por parte dos promotores, policiais e juízes frente a denúncias de fatos violentos. Esta influência também pode afetar de forma negativa a investigação dos casos e a apreciação da prova subsequente, que pode se ver marcada por noções estereotipadas sobre qual deve ser o comportamento das mulheres em suas relações interpessoais.<sup>415</sup>

401. De forma similar, o Tribunal considera que o estereótipo de gênero se refere a uma preconceção de atributos ou características possuídas ou papéis que são ou deveriam ser executados por homens e mulheres, respectivamente. Levando em consideração as manifestações efetuadas pelo Estado (par. 398 *supra*), é possível associar a subordinação da mulher a práticas baseadas em estereótipos de gênero socialmente dominantes e socialmente persistentes, condições que se agravam quando os estereótipos se refletem, implícita ou explicitamente, em políticas e práticas, particularmente no raciocínio e na linguagem das autoridades de polícia, como ocorreu no presente caso. A criação e uso de estereótipos se converte em uma das causas e consequências da violência de gênero contra a mulher.

402. Por isso, o Tribunal considera que, no presente caso, a violência contra a mulher constituiu uma forma de discriminação e declara que o Estado violou o dever de não discriminação contido no artigo 1.1 da Convenção, em relação ao dever de garantia dos direitos consagrados nos artigos 4.1, 5.1, 5.2 e 7.1 da Convenção Americana, em detrimento de Laura Berenice Ramos Monárrez, Esmeralda Herrera Monreal e Claudia Ivette González; bem como em relação ao acesso à justiça consagrado nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção, em detrimento dos familiares das vítimas identificados no parágrafo 9 *supra*.

### **5. Direitos das crianças, artigo 19 da Convenção Americana**

403. A Comissão alegou que o Estado "tinha um dever reforçado de proteger os direitos humanos de Laura Berenice Ramos e Esmeralda Herrera Monreal, por dois fatores, sua minoridade e a obrigação de adotar medidas especiais de cuidado, prevenção e garantia". Entretanto, segundo a Comissão, "as instâncias estatais encarregadas de fazer cumprir a lei não atuaram para prevenir que acontecessem fatos como os que aqui se analisa nem para individualizar e punir os responsáveis" e "as agências estatais encarregadas especificamente da proteção à infância não

<sup>415</sup> CIDH, *Acesso à justiça para mulheres vítimas de violência nas Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 20 janeiro 2007 (expediente de anexos à demanda, tomo VII, anexo 2, folha 1822).

interviewaram de nenhum modo nem na prevenção destes fatos nem em propor algum tipo de solução para o caso”.

404. Para os representantes, as meninas Herrera e Ramos “foram assassinadas oito anos depois de que se teve registro dos primeiros homicídios de meninas e mulheres em Ciudad Juárez. O Estado tinha a obrigação de adotar medidas especiais de proteção para garantir sua vida, liberdade e integridade pessoais”. Manifestaram que o Estado “falhou em adotar medidas para prevenir a violência comunitária e para assegurar o pleno gozo dos direitos fundamentais da infância”.

405. O Estado afirmou que “cumpre sua obrigação de proteção às crianças com a adoção de medidas em conformidade com sua situação especial de vulnerabilidade”. Ademais, argumentou que não teria responsabilidade internacional já que “não existiu participação direta de agentes estatais nos homicídios [...], além de que não foi demonstrado que a menoridade das vítimas houvesse sido um fator relevante”, e implementou “medidas especiais para assegurar a plena vigência dos direitos da criança”.

406. Como já foi estabelecido com anterioridade, na época dos fatos as autoridades públicas tinham conhecimento de um contexto de desaparecimentos, violência e homicídios contra mulheres jovens e meninas (par. 129 *supra*).

407. O Especialista Independente das Nações Unidas para o estudo da violência contra as crianças afirmou que “[a] violência contra as crianças se apresenta sob diversas formas e depende de uma ampla gama de fatores, das características pessoais da vítima e do agressor até seus entornos culturais e físicos”. O grau de desenvolvimento econômico, o nível social, a idade, o sexo e o gênero são alguns dos muitos fatores relacionados com o risco da violência letal. Além disso, manifestou que “a violência sexual afeta principalmente os que alcançaram a puberdade ou a adolescência”, sendo as meninas as mais expostas a sofrer este tipo de violência.<sup>416</sup>

408. Esta Corte estabeleceu que os meninos e meninas têm direitos especiais aos quais correspondem deveres específicos por parte da família, da sociedade e do Estado. Ademais, sua condição exige uma proteção especial que deve ser entendida como um direito adicional e complementar aos demais direitos que a Convenção reconhece a toda pessoa.<sup>417</sup> A prevalência do interesse superior da criança deve ser entendida como a necessidade de satisfação de todos os direitos da infância e da adolescência, que obriga o Estado e irradia efeitos na interpretação de todos os demais direitos da Convenção quando o caso se refira a menores de idade.<sup>418</sup> Além

<sup>416</sup> Nações Unidas, Relatório do Especialista Independente para o estudo da violência contra as crianças, Paulo Sérgio Pinheiro, apresentado em conformidade com a resolução 60/231 da Assembleia Geral, A/61/299, 29 de agosto de 2006, par. 25, 29 e 30.

<sup>417</sup> Cf. *Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança*. Parecer Consultivo OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Série A N° 17, par. 53, 54 e 60; *Caso Irmãos Gómez Paquiyauri Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 8 de julho de 2004. Série C N° 110, par. 164, e *Caso das Crianças Yean e Bosico Vs. República Dominicana. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 8 de setembro de 2005. Série C N° 130, par. 133.

<sup>418</sup> Cf. *Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança*, par. 56, 57 e 60, nota 417 *supra*, e *Caso das Crianças Yean e Bosico Vs. República Dominicana*, par. 134, nota 417 *supra*.

disso, o Estado deve prestar especial atenção às necessidades e aos direitos das supostas vítimas em consideração a sua condição de meninas, como mulheres que pertencem a um grupo em uma situação vulnerável.<sup>419</sup>

409. No presente caso, a Corte considera que o Estado tinha a obrigação de adotar todas as medidas positivas que fossem necessárias para garantir os direitos das meninas desaparecidas. Em concreto, o Estado tinha o dever de assegurar que fossem encontradas à maior brevidade, uma vez informada sua ausência pelos familiares, em especial em razão de que o Estado tinha conhecimento da existência de um contexto específico no qual meninas estavam desaparecendo.

410. Apesar da existência de legislação para a proteção da infância,<sup>420</sup> bem como de determinadas políticas estatais,<sup>421</sup> a Corte ressalta que da prova apresentada pelo Estado não consta que, no caso concreto, essas medidas tenham sido traduzidas em medidas efetivas para iniciar uma pronta busca, ativar todos os recursos para mobilizar as diferentes instituições e aplicar mecanismos internos para obter informação que permitisse localizar as meninas com rapidez e, uma vez encontrados os corpos, realizar as investigações, processar e punir os responsáveis de forma eficaz e expressa. Definitivamente, o Estado não demonstrou ter mecanismos de reação ou políticas públicas que dotassem as instituições envolvidas dos mecanismos necessários para garantir os direitos das meninas.

411. Consequentemente, este Tribunal considera que o Estado violou o direito consagrado no artigo 19 da Convenção, em relação aos artigos 1.1 e 2 deste tratado, em detrimento das crianças Esmeralda Herrera Monreal e Laura Berenice Ramos Monárrez.

## 6. Direito à integridade pessoal dos familiares das vítimas

412. Este Tribunal determinou que não subsiste a controvérsia em relação às alegadas violações ao direito consagrado no artigo 5.1 da Convenção em detrimento dos familiares das vítimas, em função das violações aceitas pelo Estado na "primeira etapa" das investigações (par. 20 *supra*). Sem prejuízo do anterior, a Corte considera oportuno precisar a natureza e o alcance de tais violações. Ademais, será determinado se houve ou não violação do artigo 5 da Convenção por fatos distintos aos reconhecidos pelo Estado. Nesse sentido, a Corte analisará a violação à integridade psíquica e moral dos familiares das vítimas pelos fatos ocorridos a estas, as investigações realizadas

<sup>419</sup> Cf. CEDAW, Recomendação geral 24: A mulher e a saúde, 20º Período de Sessões, A/54/38/Rev. 1, 1999, par. 6 e *Caso das Crianças Yean e Bosico Vs. República Dominicana*, par. 134, nota 417 *supra*.

<sup>420</sup> Cf. Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos, artigo 4 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 43, tomo XXVIII, folha 9816) e Lei para a Proteção dos Direitos das Meninas, Meninos e Adolescentes, publicada no Diário Oficial da Federação em 29 de maio de 2000, artigos 2 a 5 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 103, tomo XLIII, folha 16049).

<sup>421</sup> Como, por exemplo, a criação do Conselho Nacional para a Infância e a Adolescência (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 104, tomo XLIII, folhas 16065 a 16068); o Sistema Nacional para o Desenvolvimento Integral da Família (expediente de mérito, tomo III, folha 1082); o Plano de Ação Nacional para Prevenir, Atender e Erradicar a Exploração Sexual Comercial Infantil (expediente de mérito, tomo III, folha 1082), e a Campanha de Prevenção da Violência para a Infância (expediente de mérito, tomo III, folha 1085).

para determinar o ocorrido e o tratamento que as autoridades deram aos familiares e aos restos das vítimas. Posteriormente, serão analisadas as alegadas violações por atos de perseguição, ameaças e intimidações aos familiares das vítimas.

### **6.1. Sofrimento dos familiares pelo ocorrido às vítimas e pela busca da verdade**

413. A Comissão alegou que as mães das vítimas foram afetadas em sua integridade psíquica e moral como consequência direta do repentino desaparecimento de suas filhas, do desconhecimento de seu paradeiro durante um período considerável de tempo e da falta de investigação do ocorrido, bem como pelo tratamento que receberam por parte das autoridades, de atitudes indiferentes, até mesmo hostis.

414. Os representantes alegaram que “[o] desaparecimento, a tortura, o assassinato, a destruição de seus restos e a falta de respostas apropriadas, oportunas e eficazes por parte das autoridades para esclarecer as circunstâncias da morte [das vítimas], provocaram nos familiares danos consideráveis à sua saúde física e mental, à sua qualidade e ao projeto de vida, à sua sensação de bem-estar e violaram de maneira importante seu[s] sentimento[s] de dignidade, de segurança e de pertencimento a uma comunidade onde os direitos das vítimas são reconhecidos e respeitados, marcando um limite a suas expectativas de vida”.

415. A Corte declarou em outras oportunidades que os familiares das vítimas de violações dos direitos humanos podem ser, por sua vez, vítimas.<sup>422</sup>

416. No caso da jovem Ramos, sua mãe declarou perante este Tribunal que:

Passaram-se cinco meses para que pudessem me mostrar o corpo de minha filha, e não era corpo, eram ossos [...] e sempre me diziam que tinha de levar um médico ou um dentista, e os levava e nunca nos permitiram ver o corpo.

[...]

Necessitava saber se minha filha estava viva [ou] morta [e] necessitava reconhecer esse corpo, de modo que pedi à promotora suplente que, se eu reconhecesse o corpo, eles me entregariam o corpo como presente de aniversário, e me disse que era muito cruel, mas que

<sup>422</sup> Cf. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Mérito*. Sentença de 25 de novembro de 2000. Série C N° 70, par. 160; *Caso Escué Zapata Vs. Colômbia*, par. 77, nota 309 *supra* e *Caso Anzualdo Castro Vs. Peru*, par. 105, nota 30 *supra*. Embora na sentença do Caso Valle Jaramillo a Corte tenha estabelecido que, com relação aos familiares que não pertencem ao núcleo de “familiares diretos” não há presunção de sofrimento, mas corresponde ao Tribunal analisar nesses casos se existe, *inter alia*, vínculo afetivo, sofrimento ou se participaram na busca da verdade, no presente caso o Estado aceitou o alegado sofrimento dos familiares, de modo que a Corte não aplica tal análise no presente caso (Cf. *Caso Valle Jaramillo e outros Vs. Colômbia*, par. 119, nota 49 *supra*).



sim. Em 20 de março, consegui entrar para reconhecer os ossos e me disseram que podia fazer o que quisesse com eles.<sup>423</sup>

[...]

[As investigações realizadas pelas autoridades] foram nulas, ainda que eu lhes levava linhas precisas de investigação, nunca me deram atenção, tratavam de nos dar ajuda mínima que não restabelecia a dor que levava dentro, tudo o que tinha que lutar para seguir investigando [...].

[N]ão é [somente o] dano de que perdi minha filha, prejudicaram toda a família, meus filhos Claudia Ivonne e Jorge Daniel, eles necessitam de muito apoio psicológico porque lhes tiraram também uma parte, [...] já não estamos completos, [...] eu não necessito que me deem um tapinha nas costas de pobrezinha, eu necessitava que procurassem minha filha, que me entregassem a minha filha, que me entregassem o reconhecimento de que era minha filha ou não. Agora lhes exijo que [...] me devolvam toda minha vida, porque minha vida já não é a mesma, isso é o que eu peço a estas pessoas que eu sei que têm o poder para poder fazer que eles paguem todo o dano, tudo o que nos fizeram.<sup>424</sup>

417. No caso da mãe da jovem Herrera, em sua declaração perante a Corte relatou que:

A atitude das autoridades foi muito ruim [...] nunca foram dignos nem sequer [em] nos ligar, em [...] oito anos, [para] me dizer [como] vão as investigações [...] de tudo tenho que ficar sabendo pelos meios de comunicação.

[...]

O processo de identificação de minha filha foi feito quatro anos depois de eu pedir uma exumação e um DNA [...]. Esse processo foi muito difícil para mim e para minha família, porque voltamos a viver um funeral, uma exumação, eu em várias oportunidades [tentei] tirar minha vida, porque para mim a vida não tinha sentido, porque eu não via justiça [...]. Meus filhos mais novos tentaram tirar

<sup>423</sup> Cf. declaração da senhora Monárrez na audiência pública, nota 183 *supra*. Ver também declaração da senhora Benita Monárrez Salgado perante o agente do Ministério Público da Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Chihuahua em 24 de julho de 2006 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXIX, anexo 46, folha 10046).

<sup>424</sup> Cf. declaração da senhora Monárrez, nota 183 *supra*.

suas vidas, estiveram internados. Minha filha, que era uma menina de onze anos naquele momento, [...] fizeram investigações e as colava por toda a casa [...] porque as autoridades nunca elaboraram uma investigação.

[...]

Eu passava as noites imaginando o que fizeram à minha filha, como era estuprada, como era torturada. Era uma coisa horrível, que eu não podia dormir por estar imaginando. Da mesma maneira, por estar aguardando-a, eu tinha a esperança e a ilusão de que minha filha iria aparecer, que algum dia que eu chegasse de meu trabalho iram me dizer, da mesma forma que me diziam Esmeralda não aparece, [...] a Esmeralda está aqui, a Esmeralda apareceu.

418. A mãe da jovem González declarou perante a Corte que:

[E]u fiquei muito afetada, eu fiquei doente, minha irmã ficou mal também, e também tive um filho doente de câncer, ele foi afetado quando encontramos o cadáver, em dois meses [...] faleceu [...] [as autoridades] não me ajudaram em nada, nem sequer houve avanços [...]. Não [...] nos respeitaram [...] porque não descobriram os culpados, e continua havendo muitas mocinhas desaparecidas [...]. Eu já não confio neles [...]. Tenho filhas e tenho medo de que volte a acontecer porque a autoridade não faz nada [...].

[para] que nos dessem informação [...] íamos diariamente e [...] às vezes [...] tinham a porta fechada e não nos atendiam, nada mais que nossa força eram os jornalistas. [...]Fizeram um exame de DNA na minha filha e em mim pela primeira vez e passaram cerca de três meses e então vieram fazer outro exame de DNA. Me mandaram outra vez à Cidade do México e eu lhes disse: “pois se já haviam feito um, onde está?”. [Responderam] “Não senhora, porque se perdeu, estragou” [...].

O mais difícil é a impotência, [a] coragem por minhas filhas que ficam, isso é o que já não quero que me aconteça.<sup>425</sup>

419. Do acervo probatório se observa que, depois do desaparecimento das três vítimas, os familiares tiveram que empreender diferentes atuações para procurar as desaparecidas em virtude da inatividade das autoridades, as quais ao mesmo

<sup>425</sup> Cf. declaração da senhora González, nota 183 *supra*.

tempo emitiam juízos reprováveis contra as jovens, causando com isso sofrimento aos familiares. Assim, os relatórios periciais indicaram que os juízos emitidos pelas autoridades, no sentido de que a culpabilidade pelos desaparecimentos radicava na conduta das jovens, "produzem confusão e angústia nos familiares, em especial naqueles [aos] quais lhes consta que a vida de suas filhas não combina com estas versões".<sup>426</sup> Além disso, "[as] mães insistem no agravo experimentado pela negligência das autoridades e a desumanidade com que foram tratadas, destacando [...] o padecimento agravado por esse maltrato, por desalentar a denúncia que talvez houvesse permitido encontrá-las com vida e pela falta de informação durante todo o processo".<sup>427</sup>

420. Por outro lado, os familiares sofreram em sua saúde mental e emocional pela falta de diligência na determinação da identidade dos restos encontrados e pela falta de informação sobre as atuações realizadas por parte das autoridades. Assim, "[a] não identificação dos corpos [pelo lapso de vários anos] impediu às famílias viver os rituais que acompanham a morte e o enterro de seu ente querido, alterando bruscamente seu processo de luto. Não puderam sarar as feridas, obrigadas a viver com uma dor permanente que se reacende cada vez que as notícias anunciam a descoberta de novos cadáveres".<sup>428</sup>

421. A falta de investigações dirigidas a encontrar a verdade, julgar e, se for o caso, punir os responsáveis "agrava a experiência de impotência, desamparo e vulnerabilidade destas famílias".<sup>429</sup>

422. O Estado reconheceu que "as irregularidades admitidas pela autoridade no início das investigações dos [três] homicídios [...] afetaram diretamente os familiares [...]. Em razão disso, o Estado reconhece e aceita que o direito à integridade psíquica e moral dos familiares foi violado".

423. O Estado especificou o alcance de seu reconhecimento nos seguintes termos:

i) no momento em que os corpos foram localizados, as autoridades não tomaram as precauções suficientes para resguardar o local dos fatos e os demais elementos que foram encontrados no mesmo, elementos que constituem evidências materiais dos homicídios. Esta negligência obstaculizou e induziu a erros nas investigações iniciais dos homicídios, o que provocou um sofrimento adicional nos familiares das vítimas;

ii) os erros e negligências na condução do inquérito contribuíram de igual forma ao atraso nas investigações para encontrar os responsáveis dos homicídios. Esta questão afetou os familiares ao

<sup>426</sup> Cf. declaração prestada por meio de agente dotado de fé pública pela perita Lira Kornfeld em 21 de abril de 2009 (expediente de mérito, tomo XI, folha 3340).

<sup>427</sup> Cf. declaração da perita Lira Kornfeld, folha 3340, nota 426 *supra*.

<sup>428</sup> Cf. Anistia Internacional, *Mortes Intoleráveis*, folha 2282, nota 64 *supra*. Em igual sentido CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folha 1745, nota 64 *supra*.

<sup>429</sup> Cf. declaração da perita Lira Kornfeld, folha 3339, nota 426 *supra*.

não terem certeza sobre a seriedade, imparcialidade e exaustividade das investigações pelos homicídios das vítimas;

iii) o reinício das investigações dos homicídios se deveu em parte à necessidade de identificar as vítimas, em virtude de que os familiares haviam expressado dúvida razoável sobre os exames de identificação realizados, reconhecendo “o sofrimento das mães [...] ao terem que identificar os corpos de suas filhas, quando estes se encontravam em um alto grau de decomposição que os fazia praticamente irreconhecíveis”;

iv) o Estado é consciente do sofrimento que causa aos familiares das vítimas o fato de que não tenham sido identificados até agora os responsáveis pelos homicídios das jovens González, Herrera e Ramos, e

v) no início das investigações os familiares não foram informados pontualmente sobre os interrogatórios e as diligências que as autoridades realizavam para identificar e localizar os responsáveis. Reprovou as atitudes insensíveis mostradas pelos funcionários da Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Chihuahua com os familiares. Reprovou a insensibilidade das autoridades ao entregar os corpos das jovens González, Herrera e Ramos a seus familiares e lamentou as declarações emitidas por funcionários públicos em relação aos homicídios das jovens González, Herrera e Ramos, que feriram a integridade psíquica e moral de seus familiares.

424. Em razão do exposto, a Corte conclui que a violação da integridade pessoal dos familiares das vítimas se configurou pelas circunstâncias sofridas durante todo o processo desde que as jovens Esmeralda Herrera Monreal, Claudia Ivette González e Laura Berenice Ramos Monárrez desapareceram, bem como pelo contexto geral no qual ocorreram os fatos. A atuação irregular e deficiente das autoridades do Estado na hora de buscar o paradeiro das vítimas uma vez informados sobre seu desaparecimento, a má diligência na determinação da identidade dos restos, das circunstâncias e causas das mortes, o atraso na entrega dos cadáveres, a ausência de informação sobre o desenvolvimento das investigações e o tratamento dado aos familiares durante todo o processo de busca de verdade provocou neles um grande sofrimento e angústia. Tudo isso, a critério do Tribunal, configura um tratamento degradante, contrário ao artigo 5.1 e 5.2 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1, em detrimento de Irma Monreal Jaime, Benigno Herrera Monreal, Adrián Herrera Monreal, Juan Antonio Herrera Monreal, Cecilia Herrera Monreal, Zulema Montijo Monreal, Erick Montijo Monreal, Juana Ballín Castro, Irma Josefina González Rodríguez, Mayela Banda González, Gema Iris González, Karla Arizbeth Hernández Banda, Jacqueline Hernández, Carlos Hernández Llamas, Benita Monárrez Salgado, Claudia Ivonne Ramos Monárrez, Daniel Ramos Monárrez, Ramón Antonio Aragón

Monárrez, Claudia Dayana Bermúdez Ramos, Itzel Arely Bermúdez Ramos, Paola Alexandra Bermúdez Ramos e Atziri Geraldine Bermúdez Ramos.

## 6.2. Ameaças, intimidação e perseguições sofridas pelos familiares

425. A Comissão alegou que "as mães de Claudia Ivette, Esmeralda e Laura Berenice [...] foram vítimas de perseguição, maus-tratos e intimidação por parte de autoridades e agentes estatais de maneira contínua, desde a denúncia dos desaparecimentos até a atualidade". Para a Comissão, "a busca por justiça neste caso levou a que as mães e alguns membros de suas famílias sejam vítimas de perseguições e ameaças em diferentes momentos a partir de que ocorreram os desaparecimentos de suas filhas, colocando-se em risco suas vidas e integridade".

426. Os representantes afirmaram que, "ante a demanda de justiça e de investigação por parte das mães de Esmeralda, Laura, Claudia e suas famílias, a resposta do Estado mexicano foi a intimidação, perseguição, formas sistemáticas de dissuasão, até a violência contra elas: tanto de forma direta contra seus filhos, como também contra suas defensoras".

427. O Estado destacou que, "durante as investigações pelo desaparecimento, a localização dos restos e os interrogatórios para encontrar os responsáveis pelos homicídios de Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal e Laura Berenice Ramos Monárrez, não se encontram elementos que demonstrem atos de desprezo público, perseguição ou discriminação em agravo dos familiares destas três mulheres". O Estado assegurou que "não há elementos que permitam demonstrar acusações falsas ou ameaças cometidas por agentes do Estado contra os familiares das três vítimas. Pelo contrário, o Estado informou à Corte que os familiares das jovens González, Herrera e Ramos contam com todos os recursos contemplados na legislação nacional para denunciar possíveis acusações ou ameaças. Entretanto, como os familiares não compareceram para informar sobre estas atuações, as autoridades não contam com elementos para investigar as mesmas e punir os responsáveis.

428. A senhora Monárrez declarou perante o Tribunal o seguinte:

[por haver pegado os ossos de minha filha] começaram perseguições, carros, identificados como veículos oficiais da PGR tanto por mim como por minha filha Claudia Ivonne, que nos seguiam a todas as partes.

[...]

eu tive de sair de meu país porque em uma ocasião tentaram atropelar meus dois filhos menores e a mim, e tive que pedir asilo nos Estados Unidos, porque depois de que não procuraram minha filha eu formei uma organização chamada Integração de Mães por Juárez [...]

[E]stavamos sendo perseguidos, inclusive a minha filha Claudia Ivonne, ela havia ficado no México quando eu fui pedir asilo. Tivemos que passar por um processo muito difícil. Tivemos que ficar detidos. Eu fiquei três semanas com meu menino de cinco anos, que agora tem um problema. Ele não pode ver as autoridades. Ele não pode ver ninguém de uniforme que lhe dá pânico. Minha filha Claudia ficou no México porque não podiam nos ajudar todos ao mesmo tempo. Ficou com minhas netas. Tentaram tirar uma de minhas meninas de sete anos da escola. Puseram uma pistola na cabeça da Claudia e lhe disseram que ficasse calada, que [...] não continuasse dizendo nada porque senão iam machucá-la [...]

[As autoridades realizaram atos de perseguição] porque nunca puderam me comprar, mesmo com todas as coisas que me faziam para ter medo, [...] por isso fui embora. [...]

Tive que pedir a muitas pessoas que me ajudassem. Tive que vender comida na rua. Tivemos que dormir na rua. Tivemos que estar em um local com os indigentes da rua. Creio que minha família não merecia isto. Creio que as autoridades são tão culpadas de fazer com que eu tivesse que emigrar para proteger a vida de minhas filhas e a minha própria [...]. Fui embora em 4 de setembro de 2006 e minha filha [...] no ano passado, quando já não consegui suportar mais. [...].

[As hostilidades se deram] desde o princípio, quando minha filha desapareceu, desde então eu me senti com os pés e as mãos amarrados.<sup>430</sup>

429. Em 9 de julho de 2007, Claudia Ivonne Ramos Monárrez, irmã da jovem Ramos, declarou perante o Ministério Público que:

[n]o dia 2 de maio de [2006], apresent[ei] uma denúncia sobre alguns veículos e pessoas que andaram em minha casa perguntando onde eu vivia e com quem vivia e o que faz[i]a, e andaram investigando minha vida [...]. [A] denúncia foi feita perante a Procuradora e ela enviou ordens expressas a [uma] funcionária [que] tom[ou] uma declaração e tudo era feito em sigilo [...] [até] agora não foi investigado nada; [além disso] [...] há dois meses [...] solicitei por escrito uma cópia da denúncia que [inter]pus e me d[ei] conta que não era uma denúncia[,] [mas que] tomaram minha declaração como testemunho e o anexaram ao inquérito [...] de minha irmã Berenice

<sup>430</sup> Cf. declaração prestada pela senhora Monárrez, nota 183 *supra*.

Ramos [...] [de modo que] volto a solicitar que seja investigado [por que] funcionários judiciais e carros oficiais estiveram diante de meu domicílio.<sup>431</sup>

430. A família Ramos Monárrez solicitou asilo às autoridades estadunidenses. O Juiz que decidiu sobre o pedido de asilo político baseou sua decisão, *inter alia*, na declaração de várias testemunhas, que mencionaram que:

Há vários grupos que se manifestaram contra o feminicídio. Estes grupos realizaram protestos e marchas. Um destes grupos foi "Integração de Mães por Juárez", que foi fundada pela Senhora Monarrez Salgado. [A declarante] tenta participar de uma reunião da organização. Antes de chegar, alguns homens armados assaltaram os participantes, de modo que a reunião foi cancelada;<sup>432</sup>

[...]

Prevalece, claramente, um clima de medo e intimidação contra as pessoas que se manifestam contra os assassinatos e a falta de investigação relacionada com os homicídios das jovens mulheres em Ciudad Juárez [...]. A senhora Monarrez Salgado se converteu em uma das familiares das vítimas de feminicídio que mais se faz ouvir na hora de solicitar que a polícia investigue estes crimes [...]. Questionou publicamente a competência da polícia, seu nível de compromisso para resolver crimes e discutiu abertamente a possível participação direta da polícia no encobrimento dos feminicídios. [...] Participou de várias entrevistas nacionais e internacionais através de distintos meios de rádio, canais de televisão e jornais. [...] Os funcionários do governo e as pessoas diretamente vinculadas a ele estão por trás das ameaças e atos de intimidação, dado seu interesse em silenciar o apoio aos homicídios e as críticas em relação ao manejo dos casos de feminicídio por parte do governo.<sup>433</sup>

<sup>431</sup> Cf. declaração de Claudia Ivonne Ramos Monárrez perante o agente do Ministério Público da Procuradoria Geral de Justiça de Chihuahua em 9 de julho de 2007 (expediente de anexos à demanda, tomo X, anexo 91, folha 3544). Em relação a esta denúncia, ver também o pedido de cópia da denúncia por perseguição realizado em 25 de agosto de 2006, por Claudia Ivonne Ramos Monárrez perante a Promotoria Especial de assassinatos contra mulheres em 1º de maio de 2007 (expediente de anexos à contestação à demanda, tomo XXXVI, folha 13128).

<sup>432</sup> Cf. *United States Department of Justice, Executive Office for Immigration Review, written decision of the Immigration Court, April 13, 2009* (expediente de mérito, tomo XIII, folha 4015).

<sup>433</sup> Cf. *written decision of the Immigration Court*, folha 4023, nota 432 *supra*.

431. Finalmente, o mesmo Juiz considerou os testemunhos da família Ramos Monarrez, os quais qualificou como “consistentes e bem fundamentados pela prova documentada”.<sup>434</sup> Em relação às declarações da senhora Monarrez afirmou que:

Através dos meios de comunicação, a Sra. Monárrez Salgado acusou publicamente os funcionários do governo do México, incluindo o Governador e o Promotor Geral do Estado mexicano de Chihuahua, de serem cúmplices da morte de sua filha e da subsequente investigação deficiente.

[...]

Depois de identificar o corpo de sua filha, a Sra. Monárrez Salgado começou a receber ligações ameaçadoras. As pessoas que telefonaram lhe disseram que se continuasse falando, iam matá-la ou fazer desaparecer seus filhos. As ligações telefônicas foram contínuas, entretanto se intensificaram depois que a Corte Interamericana admitiu o caso dos Assassinatos de Campo Algodoeiro;

Um dia, enquanto caminhava para um funeral, a Sra. Monárrez Salgado percebeu que era seguida por uma caminhonete. A caminhonete acelerou e se dirigiu rapidamente para cima dela. Ela conseguiu sair do caminho. A caminhonete deu a volta na quadra e tentou atropelá-la novamente. A Sra. Monárrez Salgado conseguiu evitar o segundo ataque, razão pela qual a caminhonete se afastou. Depois dirigiu-se ao funeral;

Ao voltar do funeral, percebeu que alguém havia entrado em sua casa e havia revisado seus documentos relacionados com a morte de sua filha. Faltavam alguns documentos. Algumas semanas depois, alguém tentou entrar em sua casa pela segunda vez.

432. Da mesma maneira, a senhora Claudia Ivonne Ramos Monárrez e o senhor Jorge Daniel Ramos Monárrez declararam perante o Juiz de imigração sobre determinados fatos de perseguição que lhes fizeram sentir-se ameaçados e que suas vidas estivessem em perigo, de modo que solicitaram asilo às autoridades estadunidenses, o que lhes foi concedido.<sup>435</sup>

433. O Juiz concedeu o asilo ao constatar que, “no transcurso de oito anos, a família Monárrez Salgado teve de enfrentar atos de perseguição, ameaças e atentados contra suas vidas que chegaram ao nível de acoso. Cada membro da

<sup>434</sup> Cf. *written decision of the Immigration Court*, folha 4025, nota 432 *supra*.

<sup>435</sup> Cf. *written decision of the Immigration Court*, folhas 4018 a 4020, nota 432 *supra*.



família sofreu incidentes, chegando a ser uma séria ameaça contra suas vidas e, portanto, isso constituiria assédio. Assim, é claro que sofreram assédio quando se tem em consideração o efeito acumulativo dos anos de intimidação, perseguição e ataques físicos".<sup>436</sup>

434. A prova pericial apresentada no processo perante a Corte determinou, em relação aos familiares da jovem Ramos, que sofrem medo sustentado pelos perigos e diversas ameaças que sofreram, refletidos em fatos que colocaram em perigo sua segurança e sua integridade em espaços públicos, sem que as autoridades tenham dado atenção expressa e correta a suas demandas. Também sofreram sensações de solidão e isolamento pela desconfiança crescente nas autoridades.<sup>437</sup>

435. Dos autos do presente caso se observam certos dados em relação à existência de um padrão de condutas estatais para familiares de mulheres vítimas de violência em Ciudad Juárez que consistiam em tratamentos depreciativos e desrespeitosos e até agressivos quando tentavam obter informação sobre as investigações,<sup>438</sup> que geravam na maioria dos casos desconfiança e temor, razão pela qual não denunciavam os fatos. Em alguns casos os familiares manifestaram que lhes foi dito que deixassem de realizar investigações ou realizar outras atividades em busca de justiça.<sup>439</sup> Além disso, foi informado que "a perseguição e as ameaças aos familiares das vítimas, a seus representantes e às organizações da sociedade civil, incrementaram-se na mesma medida em que a pressão nacional e internacional aumentaram", fazendo-os responsáveis por essa dimensão nacional e internacional que a situação tomou.<sup>440</sup>

436. Com base no anterior, a Corte considera que do acervo probatório se observa que a senhora Monárrez sofreu diversos atos de perseguição desde o desaparecimento de sua filha até que abandonou seu país para asilar-se nos Estados Unidos, circunstâncias que também sofreram seus três filhos e netos.

437. Em relação à família Herrera, em 5 de abril de 2006, a senhora Monreal Jaime declarou perante a Promotoria que seu filho Adrián Herrera Monreal "foi interceptado em seu veículo, chegaram duas patrulhas da Polícia Municipal e duas caminhonetas da Polícia Judiciária, desceram-no, golpearam-no e levaram seu veículo. [O]ito meses depois o carro apareceu desmantelado em um terreno da Polícia Judiciária".<sup>441</sup> Esta declaração é consistente com a realizada perante esta Corte na audiência pública<sup>442</sup> e com a prova pericial apresentada.<sup>443</sup>

<sup>436</sup> Cf. *written decision of the Immigration Court*, folhas 4028 e 4029, nota 432 *supra*.

<sup>437</sup> Cf. declaração do perito de la Peña Martínez, folha 3352, nota 186 *supra*.

<sup>438</sup> Cf. CIDH, *Situación dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folhas 1745 e 1770, nota 64 *supra*, e Nações Unidas, Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1924, nota 64 *supra*.

<sup>439</sup> Cf. CIDH, *Situación dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folhas 1748 e 1769, nota 64 *supra*.

<sup>440</sup> Cf. Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1946, nota 64 *supra*.

<sup>441</sup> Declaração testemunhal de Irma Monreal Jaime perante o agente do Ministério Público ligado ao grupo da Promotoria Mista para a Investigação de Homicídios de Mulheres em 5 de abril de 2006 (expediente de anexos à contestação à demanda, tomo XXX, anexo 50 registro I tomo I, folha 10290).

<sup>442</sup> Cf. declaração prestada pela senhora Monreal, nota 183 *supra*.

<sup>443</sup> Cf. declaração da perita Azaola Garrido, folha 3366, nota 186 *supra*.

438. Por outro lado, não há um questionamento específico por parte do Estado contra estes fatos alegados, nem o mesmo ofereceu prova que desvirtue sua existência. Portanto, o Tribunal considera estabelecida a existência de atos de perseguição contra o senhor Adrián Herrera Monreal.

439. Em relação à família González, nem os representantes nem a Comissão precisam fatos concretos que refletem as alegadas perseguições e ameaças, nem construíram uma argumentação com fundamentos probatórios que permita à Corte realizar uma conclusão sobre a alegação.

440. Em virtude do exposto, a Corte conclui que os atos de perseguição sofridos pelos familiares configura uma violação ao direito à integridade pessoal, consagrado no artigo 5.1 e 5.2 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 da mesma, em detrimento de Adrián Herrera Monreal, Benita Monárrez Salgado, Claudia Ivonne Ramos Monárrez, Daniel Ramos Monárrez, Ramón Antonio Aragón Monárrez, Claudia Dayana Bermúdez Ramos, Itzel Arely Bermúdez Ramos, Paola Alexandra Bermúdez Ramos e Atziri Geraldine Bermúdez Ramos.

## VIII

### ARTIGO 11<sup>444</sup> (PROTEÇÃO DA HONRA E DA DIGNIDADE) DA CONVENÇÃO AMERICANA

441. Os representantes alegaram que “o Estado violou o direito à dignidade e à honra, previsto no artigo 11 da [Convenção], ao fomentar uma atitude de desprezo por parte da autoridade em relação às vítimas, por meio de perguntas e observações preconceituosas a certos familiares no momento de suas denúncias, bem como ao realizar declarações públicas ofensivas”. A critério dos representantes, “o Estado, ao manifestar de maneira pública uma atitude de desprezo e desprestígio pelas vítimas, afeta diretamente sua dignidade e honra; ademais, não cumpre sua obrigação de modificar os padrões culturais que fomentam a discriminação contra as mulheres nem de capacitar as autoridades encarregadas de prevenir, punir e erradicar a violência contra elas, como estabelece o artigo 8 da Convenção de Belém do Pará”. Posteriormente, consideraram que “isso estigmatizou e ridicularizou a ação que as mães realizavam em reivindicação de justiça”.

442. O Estado argumentou que “não se configuram violações ao direito à honra e à dignidade reivindicados pelos peticionários em agravo dos familiares das [três mulheres]”, já que “durante as investigações sobre o desaparecimento, a localização dos restos e os interrogatórios para encontrar os responsáveis pelos homicídios [...] não

<sup>444</sup> O artigo 11 estabelece:

1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.
3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

são encontrados elementos que demonstrem atos de desprezo público, perseguição ou discriminação contra os familiares [das] três mulheres".

443. O Tribunal procede a analisar estas alegações, apesar de que a Comissão não apresentou argumentos nesse sentido, já que se cumprem os requisitos expostos no parágrafo 232 *supra*.

444. O artigo 11 da Convenção reconhece que toda pessoa tem direito ao respeito a sua honra, proíbe todo ataque ilegal contra a honra e a reputação e impõe aos Estados o dever de oferecer a proteção da lei contra tais ataques. Em termos gerais, o direito à honra está relacionado com a autoestima e o valor próprio, enquanto a reputação se refere à opinião que os outros têm de uma pessoa.<sup>445</sup>

445. O Tribunal faz constar que as alegações relacionadas com a suposta violação do artigo 11 da Convenção em detrimento das vítimas e de suas mães se referem a fatos relativos ao tratamento que sofreram como consequência da busca das jovens desaparecidas e a posterior reivindicação de justiça. As consequências jurídicas destes fatos já foram examinadas em relação ao artigo 5 da Convenção, de modo que o Tribunal considera improcedente declarar uma violação ao artigo 11 da Convenção.

## IX REPARAÇÕES

446. É um princípio de Direito Internacional que toda violação de uma obrigação internacional que tenha produzido dano comporta o dever de repará-lo adequadamente.<sup>446</sup> Essa obrigação é regulamentada pelo Direito Internacional.<sup>447</sup> Em suas decisões a este respeito, a Corte se baseou no artigo 63.1 da Convenção Americana.

447. Em conformidade com as considerações expostas sobre o mérito e as violações à Convenção declaradas nos capítulos anteriores, bem como à luz dos critérios fixados na jurisprudência da Corte em relação à natureza e alcances da obrigação de reparar,<sup>448</sup> a Corte procederá a analisar as pretensões apresentadas pela Comissão e pelos representantes, e a postura do Estado, com o objetivo de dispor as medidas dirigidas a reparar os danos.

<sup>445</sup> Cf. *Caso Tristán Donoso*, par. 57, nota 9 *supra*, e *Caso Escher e outros Vs. Brasil*, par. 117, nota 46 *supra*.

<sup>446</sup> Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones e Custas*. Sentença de 21 de julho de 1989. Série C N° 7, par. 25; *Caso Anzualdo Castro Vs. Peru*, par. 170, nota 30 *supra*, e *Caso Dacosta Cadogan Vs. Barbados. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 24 de setembro de 2009. Série C N° 204, par. 94.

<sup>447</sup> Cf. *Caso Anzualdo Castro Vs. Peru*, par. 170, nota 30 *supra*, e *Caso Dacosta Cadogan Vs. Barbados*, par. 94, nota 446 *supra*.

<sup>448</sup> Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones e Custas*, pars. 25 e 26, nota 446 *supra*; *Caso Anzualdo Castro Vs. Peru*, par. 173, nota 30 *supra*, e *Caso Dacosta Cadogan Vs. Barbados*, par. 95, nota 446 *supra*.

## 1. Parte lesada

448. A Corte reitera que as pessoas declaradas vítimas de uma violação de um direito reconhecido na Convenção são consideradas “parte lesada”.<sup>449</sup> Neste caso, o Tribunal declarou que o Estado violou os direitos humanos de Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal e Laura Berenice Ramos Monárrez, bem como de seus familiares identificados no parágrafo 9 *supra*, de modo que serão considerados como “parte lesada” e beneficiários das reparações que são ordenadas neste capítulo.

## 2. Alegada “dupla reparação” das medidas solicitadas pelos representantes

449. O Estado manifestou que as reparações solicitadas pelos representantes “são excessivas, repetitivas e constituem um pedido de dupla reparação ao se referirem muitas delas aos mesmos conceitos de violação”. Acrescentou que “determinar e conceder por separado estas [...] medidas de reparação implicaria uma carga desproporcional para o Estado, pois estas excederiam o dano causado”. O Estado afirmou que estas reparações “não podem se referir ao mesmo conceito de violação” e “devem ter em consideração os apoios [médicos, econômicos em dinheiro, psicológicos e legais] oferecidos”.

450. A Corte recorda que o conceito de “reparação integral” (*restitutio in integrum*) implica o restabelecimento da situação anterior e a eliminação dos efeitos que a violação produz, bem como uma indenização como compensação pelos danos causados. Entretanto, levando em consideração a situação de discriminação estrutural na qual se enquadram os fatos ocorridos no presente caso e que foi reconhecida pelo Estado (pars. 129 e 152 *supra*), as reparações devem ter uma vocação transformadora desta situação, de tal forma que as mesmas tenham um efeito não somente restitutivo, mas também corretivo. Nesse sentido, não é admissível uma restituição à mesma situação estrutural de violência e discriminação. Do mesmo modo, a Corte recorda que a natureza e quantia da reparação ordenada dependem do dano ocasionado nos planos tanto material como imaterial. As reparações não podem implicar nem enriquecimento nem empobrecimento para a vítima ou seus familiares, e devem ter relação direta com as violações declaradas. Uma ou mais medidas podem reparar um dano específico sem que estas sejam consideradas uma dupla reparação.

451. Em conformidade com isso, a Corte apreciará as medidas de reparação solicitadas pela Comissão e pelos representantes, de forma que estas: i) refram-se diretamente às violações declaradas pelo Tribunal; ii) reparem proporcionalmente os danos materiais e imateriais; iii) não signifiquem enriquecimento nem empobrecimento; iv) na maior medida do possível, restabeleçam às vítimas a situação anterior à violação naquilo que não interfira com o dever de não discriminar; v) orientem-se a identificar e eliminar as causas de discriminação; vi) sejam adotadas sob uma perspectiva de

<sup>449</sup> Cf. *Caso da “Panel Blanca” (Paniagua Morales e outros) Vs. Guatemala. Reparaciones e Custas*. Sentença de 25 de maio de 2001. Série C N° 76, par. 82; *Caso Acevedo Buendía e outros (“Demitidos e Aposentados da Controladoria”) Vs. Peru*, par. 112, nota 46 *supra*, e *Caso Dacosta Cadogan Vs. Barbados*, par. 97, nota 446 *supra*.

gênero, levando em consideração os diferentes impactos que a violência causa em homens e mulheres, e vii) considerem todos os atos jurídicos e ações alegadas pelo Estado nos autos dirigidas a reparar o dano ocasionado.

### **3. Obrigação de investigar os fatos e identificar, julgar e, se for o caso, punir os responsáveis pelas violações**

#### **3.1. Identificação, processo e sanção dos responsáveis pelo desaparecimento, abusos e homicídio por razões de gênero das jovens González, Ramos e Herrera**

452. A Comissão afirmou que "uma reparação integral exige que o Estado investigue com a devida diligência, de forma séria, imparcial e exaustiva, os desaparecimentos e posteriores assassinatos" das vítimas com o propósito de "esclarecer a verdade histórica dos fatos", para o que o Estado deveria "adotar todas as medidas judiciais e administrativas necessárias com o fim de completar a investigação, localizar, julgar e punir o ou os autores intelectuais e materiais dos fatos, e informar sobre os resultados". Os representantes coincidiram com esta petição.

453. A Corte aceitou o reconhecimento de responsabilidade do Estado pelas irregularidades cometidas na primeira etapa das investigações, mas também concluiu que muitas delas não foram reparadas na segunda etapa (par. 388 *supra*). O Tribunal concluiu que no presente caso existia impunidade e que essa impunidade é causa e, por sua vez, consequência da série de homicídios de mulheres por razões de gênero que foi confirmada no presente caso.

454. A Corte considera que o Estado está obrigado a combater esta situação de impunidade por todos os meios disponíveis, já que esta propicia a repetição crônica das violações de direitos humanos.<sup>450</sup> A ausência de uma investigação completa e efetiva sobre os fatos constitui uma fonte de sofrimento e angústia adicional para as vítimas, que têm o direito a conhecer a verdade sobre o ocorrido.<sup>451</sup> Este direito à verdade exige a determinação da mais completa verdade histórica possível, o que inclui a determinação dos padrões de atuação conjunta e de todas as pessoas que de diversas formas participaram nestas violações.<sup>452</sup>

455. Por isso, a Corte dispõe que o Estado deve conduzir eficazmente o processo penal em curso e, se for o caso, os que chegarem a ser abertos, para identificar, processar e punir os responsáveis materiais e intelectuais pelo desaparecimento, maus-

<sup>450</sup> Cf. *Caso Goiburú e outros Vs. Paraguai. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 22 de setembro de 2006. Série C N° 153, par. 164; *Caso dos Massacres de Ituango Vs. Colômbia. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 1° de julho de 2006. Série C N° 148, par. 399, e *Caso Baldeón García Vs. Peru*, par. 195, nota 261 *supra*.

<sup>451</sup> Cf. *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá*, par. 146, nota 297 *supra*, e *Caso Valle Jaramillo e outros Vs. Colômbia*, par. 102, nota 49 *supra*.

<sup>452</sup> Cf. *Caso do Massacre de La Rochela Vs. Colômbia*, par. 195, nota 397 *supra*, e *Caso Valle Jaramillo e outros Vs. Colômbia*, par. 102, nota 49 *supra*.

tratos e privação da vida das jovens González, Herrera e Ramos, em conformidade com as seguintes diretrizes:

i) deverão ser removidos todos os obstáculos *de jure ou de facto* que impeçam a devida investigação dos fatos e o desenvolvimento dos respectivos processos judiciais e usar todos os meios disponíveis para fazer com que as investigações e processos judiciais sejam expeditos a fim de evitar a repetição de fatos iguais ou análogos aos do presente caso;

ii) a investigação deverá incluir uma perspectiva de gênero; considerar linhas de investigação específicas em relação à violência sexual, para a qual devem ser incluídas as linhas de investigação sobre os padrões respectivos na região; ser realizada de acordo com protocolos e manuais que cumpram as diretrizes desta Sentença; fornecer informação regularmente aos familiares das vítimas sobre os avanços na investigação e dar-lhes pleno acesso aos autos, e deve ser realizada por funcionários altamente capacitados em casos similares e em atenção a vítimas de discriminação e violência por razão de gênero;

iii) deverá ser assegurado que os distintos órgãos que participem no procedimento de investigação e nos processos judiciais contem com os recursos humanos e materiais necessários para desempenhar as tarefas de maneira correta, independente e imparcial, e que as pessoas que participem na investigação contem com as devidas garantias de segurança, e

iv) os resultados dos processos deverão ser divulgados publicamente para que a sociedade mexicana conheça os fatos objeto do presente caso.

### **3.2. Identificação, processo e, se for o caso, punição dos funcionários que cometeram irregularidades**

456. A Comissão manifestou, de maneira geral, que “o Estado possui a obrigação de investigar e punir todos os responsáveis pela obstrução da justiça, encobrimento e impunidade que imperaram em relação a estes casos”.

457. Os representantes solicitaram a realização de uma investigação séria, exaustiva e imparcial sobre os funcionários que participaram na investigação dos homicídios das três vítimas de 2001 até a presente data, e que estes sejam sancionados de maneira proporcional à lesão e ao dano produzido. Além disso, afirmaram que muitos dos funcionários que participaram nas investigações do Caso “*Campo Algodoeiro*” teriam continuado trabalhando no Estado de Chihuahua e teriam cometido as mesmas irregularidades, omissões e negligências.

458. O Estado somente reconheceu "sua responsabilidade em processar e punir os funcionários públicos que cometeram [irregularidades] no primeiro período das investigações", e alegou ter sancionado os funcionários responsáveis, incluindo a "demissão" de alguns deles.

459. No presente caso, a Corte constatou que nenhuma das pessoas que incorreu nas graves irregularidades ocorridas na primeira etapa da investigação havia sido sancionada (par. 378 *supra*).

460. O Tribunal considera que, como forma de combater a impunidade, o Estado deverá, dentro de um prazo razoável, investigar, por intermédio das instituições públicas competentes, os funcionários acusados de irregularidades e, após um devido processo, aplicar as sanções administrativas, disciplinares ou penais correspondentes aos que forem considerados responsáveis.

### **3.3. Investigação das denúncias apresentadas pelos familiares de vítimas que foram intimidados e perseguidos**

461. Os representantes solicitaram que o Estado investigue os atos de perseguição e intimidação que foram denunciados pela senhora Benita Monárrez, sua filha, Claudia Ivonne Ramos Monárrez, e pelo senhor Adrián Herrera Monreal, irmão da jovem Herrera, e que até a presente data não foram investigados pelas autoridades.

462. Em virtude de que o Tribunal constatou que no presente caso a senhora Monárrez sofreu diversos atos de perseguição desde o desaparecimento de sua filha até que abandonou seu país para ir-se ao exterior como asilada, circunstâncias que também sofreram seus outros três filhos e netos, e que o senhor Adrián Herrera Monreal sofreu diversos atos de perseguição, esta Corte ordena ao Estado que, dentro de um prazo razoável, realize as investigações correspondentes e, se for o caso, sancione os responsáveis.

463. Os três homicídios por razões de gênero do presente caso ocorreram em um contexto de discriminação e violência contra a mulher. Não corresponde à Corte atribuir responsabilidade ao Estado somente pelo contexto, mas não pode deixar de advertir a grande importância que o esclarecimento da supracitada situação significa para as medidas gerais de prevenção que o Estado deveria adotar a fim de assegurar o gozo dos direitos humanos das mulheres e meninas no México e convida o Estado a considerar esta medida.

## **4. Medidas de satisfação e garantias de não repetição**

464. Nesta seção, o Tribunal determinará as medidas que buscam reparar o dano imaterial e que não têm natureza pecuniária, e disporá medidas de alcance ou repercussão pública.

#### 4.1. Medidas de satisfação

465. A Comissão afirmou que a gravidade e a natureza dos fatos no presente caso exigem que o Estado adote medidas destinadas à dignificação da memória das vítimas, de modo que solicitou à Corte que ordene ao Estado que: i) publique através de meios de comunicação escrita, rádio e televisão, a sentença que eventualmente profira o Tribunal; ii) realize um reconhecimento público de sua responsabilidade internacional pelo dano causado e pelas graves violações ocorridas, da forma digna e significativa que os objetivos da reparação exigem, em consulta com as mães das vítimas e seus representantes, e iii) estabeleça, em consulta com os familiares das vítimas, um lugar ou monumento em memória das mesmas.

466. Os representantes concordaram com a Comissão e solicitaram, ademais, que i) a publicação dos extratos da sentença que a Corte profira seja realizada em ao menos dois jornais de circulação nacional, dois de circulação estadual em Chihuahua, dois de circulação internacional e no Diário Oficial da Federação; ii) em relação ao reconhecimento público de responsabilidade, os representantes consideraram que o Estado deveria incluir as três esferas de governo e acrescentaram que deveria estar presente o Presidente da República, o Governador do Estado de Chihuahua, o Procurador-Geral da República, o Procurador-Geral de Justiça de Chihuahua, o Presidente do Tribunal Superior de Justiça e o Presidente da Suprema Corte de Justiça da Nação, juntamente com as famílias das vítimas e as organizações civis que acompanharam a denúncia internacional do feminicídio, e a mesma deverá ser transmitida por meios impressos, rádio e televisão; iii) que um memorial seja estabelecido no local onde foram encontradas as vítimas e outro na Cidade do México, e iv) que o dia 6 de novembro de cada ano seja comemorado como “Dia nacional em memória das vítimas do feminicídio”.

467. O Estado ofereceu: i) o reconhecimento público de responsabilidade; ii) a difusão pública em meios massivos de comunicação do reconhecimento de responsabilidade, e iii) a realização de um evento público no qual sejam oferecidas desculpas aos familiares das vítimas pelas irregularidades reconhecidas pelo Estado durante as investigações iniciais dos homicídios e pelos danos sofridos pelos familiares das vítimas.

##### 4.1.1. Publicação da Sentença

468. Como a Corte dispôs em outros casos,<sup>453</sup> como medida de satisfação, o Estado deverá publicar no Diário Oficial da Federação, em um jornal de ampla circulação nacional e em um jornal de ampla circulação no Estado de Chihuahua, por uma única vez, os parágrafos 113 a 136, 146 a 168, 171 a 181, 185 a 195, 198 a 209 e 212 a 221 da Sentença e os pontos resolutivos da mesma, sem as correspondentes notas de rodapé. Adicionalmente, como foi ordenado pelo Tribunal em ocasiões

<sup>453</sup> Cf. *Caso Garibaldi Vs. Brasil*, par. 157, nota 252 *supra*; *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras*, par. 199, nota 190 *supra*, e *Caso Escher e outros Vs. Brasil*, par. 239, nota 46 *supra*.



anteriores,<sup>454</sup> a presente Sentença deverá ser publicada integralmente em um sítio web oficial do Estado, tanto federal como do Estado de Chihuahua. Para realizar as publicações nos jornais e na Internet é fixado o prazo de seis meses, a partir da notificação da presente Sentença.

#### **4.1.2. Ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional**

469. A Corte determinou que o reconhecimento de responsabilidade efetuado pelo Estado constitui uma contribuição positiva ao desenvolvimento deste processo e à vigência dos princípios que inspiram a Convenção Americana (par. 26 *supra*). Entretanto, como em outros casos,<sup>455</sup> para que surta seus efeitos plenos, o Tribunal considera que o Estado deve realizar um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional em relação aos fatos do presente caso, em honra à memória das jovens González, Herrera e Ramos. Neste ato, o Estado deverá fazer referência às violações de direitos humanos declaradas na presente Sentença, tenham sido estas reconhecidas pelo Estado ou não. O ato deverá ser realizado por meio de uma cerimônia pública e ser transmitido através de rádio e televisão, tanto local como nacional. O Estado deverá assegurar a participação dos familiares das jovens González, Herrera e Ramos, identificados no parágrafo 9 *supra*, que assim o desejem, e convidar ao evento as organizações que representaram os familiares nas instâncias nacionais e internacionais. A realização e demais particularidades desta cerimônia pública devem ser consultadas prévia e devidamente com os familiares das três vítimas. Em caso de desacordo entre os familiares das vítimas ou entre os familiares e o Estado, a Corte resolverá. Para cumprir esta obrigação o Estado conta com um prazo de um ano a partir da notificação da presente Sentença.

470. Em relação às autoridades estatais que deverão estar presentes ou participar neste ato, o Tribunal, como o fez em outros casos, afirma que deverão ser de alta hierarquia. Corresponderá ao Estado definir a quem será atribuída tal tarefa.

#### **4.1.3. Memória das vítimas de homicídio por razões de gênero**

471. A critério do Tribunal, no presente caso é pertinente que o Estado erija um monumento em memória das mulheres vítimas de homicídio por razões de gênero em Ciudad Juárez, entre elas as vítimas deste caso, como forma de dignificá-las e como recordação do contexto de violência que padeceram e que o Estado se compromete a evitar no futuro. O monumento será revelado na mesma cerimônia na qual o Estado reconheça publicamente sua responsabilidade internacional (par. 469 *supra*) e deverá ser construído na plantação de algodão onde foram encontradas as vítimas deste caso.

<sup>454</sup> Cf. *Caso das Irmãs Serrano Cruz Vs. El Salvador. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 1º de março de 2005. Série C N° 120, par. 195; *Caso Escher e outros Vs. Brasil*, par. 239, nota 46 *supra*, e *Caso Garibaldi Vs. Brasil*, par. 157, nota 252 *supra*.

<sup>455</sup> Cf. *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras*, par. 202, nota 190 *supra*, e *Caso Anzualdo Castro Vs. Peru*, par. 200, nota 30 *supra*.

472. Em vista de que o monumento se refere a mais pessoas que as consideradas vítimas neste caso, a decisão sobre o tipo de monumento corresponderá às autoridades públicas, que consultarão o parecer das organizações da sociedade civil através de um procedimento público e aberto, no qual serão incluídas as organizações que representaram as vítimas do presente caso.

#### **4.1.4. Dia nacional em memória das vítimas**

473. A Corte considera suficiente, para efeitos de satisfação das vítimas, a publicação da Sentença (par. 469 *supra*), o reconhecimento público de responsabilidade (par. 470 *supra*), e o monumento que será construído em memória das vítimas (par. 472 *supra*). Portanto, não considera necessário conceder o pedido de que o dia 6 de novembro de cada ano seja comemorado como “Dia nacional em memória das vítimas do feminicídio”, sem prejuízo de que uma medida como esta possa ser discutida através dos canais pertinentes no âmbito interno.

### **4.2. Garantias de não repetição**

#### **4.2.1. Sobre o pedido de uma política integral, coordenada e de longo prazo para garantir que os casos de violência contra as mulheres sejam prevenidos e investigados, os responsáveis processados e punidos, e as vítimas reparadas**

474. A Comissão considerou que a Corte deveria ordenar ao Estado adotar uma “política integral e coordenada, respaldada com recursos adequados, para garantir que os casos de violência contra as mulheres sejam corretamente prevenidos, investigados, punidos e suas vítimas reparadas”.

475. Os representantes solicitaram a criação de um programa de longo prazo que contasse com os recursos necessários e a articulação dos diversos atores sociais, em coordenação com as instituições do Estado, com objetivos, metas, indicadores definidos que permitam avaliar periodicamente os avanços e permitam fazer de conhecimento da comunidade o trabalho realizado para conhecer a verdade dos fatos. Consideraram também que é necessária uma avaliação dos contextos normativos que preveem e sancionam a violência contra as mulheres, bem como das políticas e modelos de atenção a vítimas de violência de gênero, e em particular das famílias de mulheres vítimas de homicídio, em conformidade com os parâmetros internacionais de atendimento às vítimas. Posteriormente, solicitaram que o Estado elabore um programa permanente e transversal com mecanismos de avaliação constante e indicadores de obstáculos e avanços para erradicar a discriminação por gênero dentro da administração pública.

476. O Estado alegou que “implementou uma política integral e coordenada, respaldada com recursos públicos adequados, para garantir que os casos específicos

de violência contra as mulheres sejam corretamente prevenidos, investigados, sancionados e reparados por quem seja responsável".

477. A Corte observa que o Estado recontou todos os atos jurídicos, instituições e ações empreendidas desde 2001 até a presente data, tanto no âmbito federal como local, para prevenir e investigar os homicídios de mulheres em Ciudad Juárez, bem como dos apoios governamentais concedidos às vítimas.

478. Quanto a políticas de investigação em relação a estes crimes, o Estado explicou como, ao longo dos últimos anos, funcionaram diversos tipos de Promotorias, tanto no âmbito federal e estadual como de caráter misto. Estas políticas de investigação são explicadas com maior profundidade ao analisar o pedido de reparações relacionadas com a atração de casos ao foro federal (pars. 515 a 518 a seguir).

479. Por outro lado, o Estado adotou, em 2006 e 2007, diversas leis e reformas legislativas que têm como objetivo melhorar o sistema penal, o acesso à justiça e a prevenção e sanção da violência contra a mulher no Estado de Chihuahua: i) o novo Código Penal do Estado de Chihuahua;<sup>456</sup> ii) o novo Código de Processos Penais do Estado de Chihuahua;<sup>457</sup> iii) a Lei Estadual do Direito das Mulheres a uma Vida Livre de Violência;<sup>458</sup> iv) a Lei para Prevenir e Eliminar a Discriminação,<sup>459</sup> e v) a Lei Orgânica do Poder Judiciário do Estado de Chihuahua.<sup>460</sup>

480. O Estado adotou, em 2006, a Lei de Atendimento e Proteção a Vítimas ou Ofendidos pelo Crime no Estado de Chihuahua e facultou à Subprocuradoria de Direitos Humanos e Atendimento a Vítimas do Crime para realizar tarefas em direitos humanos, acesso à justiça e reparação às vítimas.<sup>461</sup> Além disso, o Estado se referiu às reformas de 2006 e 2007 do Ministério Público do Estado de Chihuahua e a seus seguintes órgãos internos: i) a Agência Estadual de Investigação; ii) o Centro de Estudos Penais e Forenses; iii) o Departamento de Serviços Periciais e Ciências Forenses, e iv) o Departamento de Atendimento a Vítimas de Violência de Gênero e Violência Familiar.<sup>462</sup>

<sup>456</sup> Cf. Código Penal do Estado de Chihuahua, publicado no Diário Oficial em 27 de dezembro de 2006 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXXIX, anexo 55, folhas 14364 a 14452).

<sup>457</sup> Cf. Código de Processos Penais do Estado de Chihuahua, publicado no Diário Oficial em 9 de agosto de 2006 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXXIX, anexo 54, folhas 14266 a 14362).

<sup>458</sup> Cf. Lei Estadual de Direito das Mulheres a uma Vida Livre de Violência, publicada no Diário Oficial em 24 de janeiro de 2007 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLIII, anexo 110, folhas 16144 a 16163).

<sup>459</sup> Cf. Lei para Prevenir e Eliminar a Discriminação no Estado de Chihuahua, publicada no Diário Oficial em 7 de julho de 2007 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLIII, anexo 111, folhas 16165 a 16178).

<sup>460</sup> Cf. Lei Orgânica do Poder Judiciário do Estado de Chihuahua, publicada no Diário Oficial em 9 de agosto de 2006 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXXIX, anexo 53, folhas 14187 a 14264).

<sup>461</sup> Cf. Lei de Atendimento e Proteção a Vítimas ou Ofendidos pelo Crime do Estado de Chihuahua, publicada no Diário Oficial em 21 de outubro de 2006 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXXIX, anexo 58, folhas 14506 a 14513).

<sup>462</sup> Cf. Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Chihuahua, publicada no Diário Oficial em 9 de agosto de 2006 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXXIX, anexo 52, folhas 14174 a 14185).

481. Em relação à segurança pública, o México afirmou que o Estado de Chihuahua criou, no ano de 2005, o programa “Chihuahua Seguro”. Entre as ações seguidas neste programa se encontram: i) o combate à impunidade; ii) a criação, em 2005, da Promotoria Especial de Crimes contra Mulheres em Ciudad Juárez, para um melhor atendimento de vítimas e um número telefônico de denúncia cidadã; iii) a capacitação das corporações municipais, em especial em direitos humanos, equidade, gênero; e iv) outras medidas para atender casos de violência contra as mulheres no âmbito familiar.<sup>463</sup> O Estado aludiu a uma Rede de Atendimento a Vítimas do Crime em Chihuahua, em coordenação com a CNDH.<sup>464</sup>

482. Do mesmo modo, o Estado afirmou que o Instituto Chihuahuense da Mulher (doravante denominado “o ICHIMU”) foi criado em agosto de 2002, para “impulsionar a igualdade de oportunidades na educação, capacitação, saúde, emprego, desenvolvimento, bem como potencializar o pleno exercício dos direitos das mulheres e fomentar a cultura da não violência para eliminar todas as formas de discriminação” e, em conformidade com o decreto de criação do ICHIMU, para implementar as políticas públicas que promovam o desenvolvimento integral das mulheres e sua participação plena na vida econômica, social, política, familiar e cultural.<sup>465</sup> O Estado indicou que o ICHIMU trabalha em duas vertentes: a institucionalização da perspectiva de gênero e a prevenção da violência contra as mulheres.

483. Dentro do contexto do planejamento e programação no Estado de Chihuahua, a Corte observa que foi apresentada informação em torno a cinco instrumentos que são resenhados a seguir: i) o Plano Estadual de Desenvolvimento 2004-2010 de Chihuahua (doravante denominado “o PEDCH”); ii) Programa para Melhorar a Condição da Mulher; iii) Programa Integral para Garantir o Direito das Mulheres a uma Vida Livre de Violência; iv) o Programa de Atendimento a Vítimas do Crime, e v) o Programa Integral de Segurança Pública entre 2003 e 2004.

484. O PEDCH considera as seguintes estratégias: i) fomentar espaços de participação e decisão para as mulheres, garantindo sua colaboração em iniciativas que permitam avançar na equidade de gênero; ii) reforçar a sensibilização sobre a perspectiva de gênero nos âmbitos social e governamental; iii) enfatizar a busca e aplicação de justiça na defesa e proteção da mulher e da família; iv) impulsionar reformas jurídicas que protejam a mulher em situação de violência; v) incrementar as ações institucionais de formação e informação no cuidado da saúde da mulher, e vi) promover a organização e desenvolvimento de projetos produtivos, que permitam diversificar fontes de emprego e rendadas mulheres, em especial de mulheres indígenas e localizadas em regiões rurais e localidades urbanas marginalizadas.<sup>466</sup>

<sup>463</sup> Cf. Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Chihuahua, relatório sobre as políticas institucionais implementadas para prevenir, investigar, punir e eliminar a violência contra as mulheres (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XL, anexo 60, folha 14946).

<sup>464</sup> Cf. CNDH, Segundo Relatório de Avaliação Integral, folha 4714, nota 79 *supra*.

<sup>465</sup> Cf. Decreto N° 274/02-II-P.O de 30 de maio de 2002 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLIII, anexo 112, folhas 16179 a 16193).

<sup>466</sup> Cf. Relatório da Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Chihuahua, folha 14944, nota 463 *supra*.

485. Segundo o Estado, o Programa para Melhorar a Condição da Mulher, coordenado pelo Conselho Estadual de População do Estado de Chihuahua, tem como objetivo fortalecer de maneira interinstitucional as ações e os esforços dirigidos ao desenvolvimento integral da mulher que gerem condições e informação que lhes permita exercer plenamente suas liberdades e direitos.

486. Além disso, segundo o Estado, o Programa Integral para Garantir o Direito das Mulheres a uma Vida Livre de Violência, coordenado pelo Sistema Estadual para o Desenvolvimento Integral da Família de Chihuahua (doravante denominado "DIF"), promove uma cultura de não violência, em particular contra as mulheres, e uma cultura de denúncia de atos violentos cometidos contra mulheres, meninas, meninos e adultos mais velhos, incluindo ações dirigidas aos povos indígenas. Dentro das ações do DIF, o Estado destacou diversos programas, foros, jornadas de informação, oficinas e ações.<sup>467</sup> O Programa de Atendimento a Vítimas do Crime é aplicado desde 1998 pela FEIHM (par. 270 *supra*), mas foi reestruturado no início de 2004,<sup>468</sup> e o Estado afirmou que foi constituído para "criar um vínculo direto de assistência para a localização e apoio entre as vítimas, seus familiares e as instituições estatais competentes". Finalmente, o Estado afirmou que o Programa Integral de Segurança Pública teve como objetivo a coordenação das forças de segurança das três esferas de governo no Estado de Chihuahua.

487. Em relação à competência federal, a Subcomissão de Coordenação e Contato para Prevenir e Erradicar a Violência contra as Mulheres em Ciudad Juárez (doravante denominada "a SCEPEVM") foi criada em 6 de junho de 2003 para "analisar a situação de violência contra as mulheres em Ciudad Juárez e propor uma política pública integral, com linhas de ação em distintos âmbitos a favor das meninas e mulheres de Ciudad Juárez".<sup>469</sup>

488. Em 22 de julho de 2003, a SCEPEVM anunciou em Ciudad Juárez o Programa de Ações de Colaboração do Governo Federal para Prevenir e Erradicar a Violência contra as Mulheres de Ciudad Juárez ("Programa das 40 ações"). O Programa das 40 ações "foi elaborado para atender as múltiplas causas vinculadas aos homicídios e desaparecimentos de mulheres em Ciudad Juárez", e "baseia suas ações nas três principais áreas de ação que derivam das diversas recomendações recebidas: Busca de Justiça e Prevenção do Crime, Promoção Social e Direitos Humanos da Mulher".<sup>470</sup>

<sup>467</sup> Cf. Relatório da Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Chihuahua, folhas 14951 e 14952, nota 463 *supra*.

<sup>468</sup> Em fevereiro de 2004 foi instalada na FEIHM a base de dados do Registro Nacional de Vítimas do Crime e foi anunciada a criação do Banco de Dados em Genética Forense (Cf. Promotoria Especial para a Atenção de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres no Município de Juárez, Chihuahua, Primeiro Relatório, 3 de junho de 2004, expediente de anexos à demanda, tomo X, anexo 79, folhas 3103 e 3098).

<sup>469</sup> Cf. Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folhas 1940 e 1970, nota 64 *supra*, e Comissão para Prevenir e Erradicar a Violência contra as Mulheres em Ciudad Juárez, Terceiro Relatório de Gestão, folha 9030, nota 101 *supra*.

<sup>470</sup> Cf. Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folhas 1938 a 1940, nota 64 *supra*; Promotoria Especial para o Atendimento de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres no Município de Juárez, Relatório Final, folhas 7449 e 7450, nota 87 *supra*.

489. A Corte observa que o Programa das 40 ações se baseou em três princípios fundamentais: i) coordenação, ii) participação social, e iii) a transparência, e possuía três eixos estratégicos: i) busca de justiça e prevenção do crime, com 15 ações; ii) promoção social, com 14 ações; e iii) direitos humanos da mulher, com 11 ações.<sup>471</sup>

490. O Programa das 40 ações teve continuação com a Comissão para Ciudad Juárez (par. 127 *supra*), criada em 18 de fevereiro de 2004 como um órgão descentralizado da Secretaria de Governo, dependente do Executivo Federal. A Comissão para Ciudad Juárez começou a operar no final de 2003.<sup>472</sup> A atividade da Comissão para Ciudad Juárez se concentrava em quatro linhas de ação: i) atenção direta a vítimas, ii) verdade e justiça; iii) políticas públicas com perspectiva de gênero, e iv) fortalecimento do tecido social.<sup>473</sup> A Comissão para Juárez contava com dois escritórios, um em Ciudad Juárez e outro na Cidade do México, para o cumprimento de suas funções.<sup>474</sup> A Corte observa que a Comissão para Juárez foi substituída em junho de 2009 pela Comissão Nacional para Prevenir e Erradicar a Violência contra as Mulheres para atender a problemática da violência contra as mulheres no âmbito nacional.<sup>475</sup>

491. Existe um fundo de apoio econômico que funciona em Ciudad Juárez, o qual será explicado posteriormente ao avaliar as indenizações entregues no presente caso (par. 556 a seguir). Por outro lado, no âmbito federal, o INMUJERES recebeu em 2008 um orçamento de pouco mais de \$529.000.000,00 (quinhentos e vinte e nove milhões de pesos mexicanos), dos quais \$290.000.000,00 (duzentos e noventa milhões de pesos mexicanos) foram destinados a estados e municípios para fortalecer as instâncias da mulher e organismos da sociedade civil que trabalham no tema. Entre essas instâncias, o Estado se referiu ao Fundo de Apoio aos Mecanismos para o Progresso das Mulheres nas Entidades Federativas para o Atendimento das Mulheres Vítimas de Violência de Gênero, que teve um orçamento de \$112.300.000,00 (cento e doze milhões e trezentos mil pesos mexicanos) que foi fornecido aos estados de maneira equitativa para fortalecer as iniciativas locais em matéria de combate à violência de gênero.<sup>476</sup> Os representantes e a Comissão não contradisseram estas cifras.

<sup>471</sup> Cf. Comissão para Prevenir e Erradicar a Violência contra as Mulheres em Ciudad Juárez, Terceiro Relatório de Gestão, folhas 9156 a 9292, nota 101 *supra*, e Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folhas 1938 a 1940, nota 64 *supra*.

<sup>472</sup> Cf. Decreto através do qual se cria como órgão administrativo descentralizado da Secretaria de Governo, a Comissão para Prevenir e Erradicar a Violência contra as Mulheres em Ciudad Juárez, publicado no Diário Oficial da Federação em 18 de fevereiro de 2004 (expediente de anexos ao escrito de alegações finais do Estado, tomo XLIX, anexo 7, folhas 17403 e 17404) e Comissão para Prevenir e Erradicar a Violência contra as Mulheres em Ciudad Juárez, Primeiro relatório de Gestão, folha 8690, nota 67 *supra*.

<sup>473</sup> Cf. Comissão para Prevenir e Erradicar a Violência contra as Mulheres em Ciudad Juárez, Primeiro relatório de Gestão, folha 8708, nota 67 *supra*.

<sup>474</sup> Cf. Comissão para Prevenir e Erradicar a Violência contra as Mulheres em Ciudad Juárez, Primeiro relatório de Gestão, folha 8707, nota 67 *supra*.

<sup>475</sup> Cf. Decreto através do qual se cria como órgão administrativo descentralizado da Secretaria de Governo, a Comissão Nacional para Prevenir e Erradicar a Violência contra as Mulheres, publicado no Diário Oficial da Federação em 1º de junho de 2009 (expediente de anexos ao escrito de alegações finais do Estado mexicano, tomo XLIX, anexo 8, folhas 17406 a 17409).

<sup>476</sup> Cf. Orçamento da Federação para o Exercício Fiscal 2008, publicado no Diário Oficial da Federação em 13 de dezembro de 2007 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLIII, anexo 85, folhas 15794 a 15910). No orçamento aparece que o INMUJERES recebeu 543,2 milhões de pesos mexicanos.

492. Através do INMUJERES, entre outras atividades e ações, o Estado ministrou diversas oficinas e capacitações a funcionários públicos, além de ter fortalecido centros de atenção e refúgio para mulheres e centros de atenção a homens violentos, incluindo centros em Ciudad Juárez.<sup>477</sup> O INMUJERES, criado em 2001, entre outras atividades, i) elaborou políticas públicas de erradicação de mensagens discriminatórias ou violentas contra as mulheres ou com estereótipos de gênero em meios de comunicação; ii) elaborou pautas publicitárias para prevenir a violência contra as mulheres em estações de rádio e canais de televisão em Chihuahua; iii) realizou campanhas de erradicação de violência de gênero; iv) direcionou vítimas a instituições de apoio através do serviço de atendimento de violência de gênero; v) financiou o projeto do Centro para o Desenvolvimento Integral da Mulher A.C., denominado "Pelos Direitos das Mulheres Vítimas do Feminicídio em Juárez"; vi) financiou, em 2003, em coordenação com o Conselho Nacional de Ciência e Tecnologia (CONACYT) a elaboração de um diagnóstico sobre a incidência de violência de gênero em Ciudad Juárez, Chihuahua e em cinco entidades federativas mais, e vii) elaborou o "Diagnóstico Geo-socioeconômico de Ciudad Juárez e sua Sociedade". Os representantes e a Comissão não contradisseram a existência e alcances destes projetos e ações.

493. A Corte observa que nem a Comissão nem os representantes objetaram a existência ou validade dos organismos e programas referidos pelo Estado anteriormente, bem como as avaliações que o Estado fez de cada um deles. Tampouco a Comissão ou os representantes argumentaram suficientemente quais são as deficiências práticas das ações desenvolvidas pelo Estado até hoje, nem precisaram de que forma as medidas adotadas pelo Estado, em seu conjunto, não podem ser consideradas como uma "política integral e coordenada". A esse respeito, o Tribunal recorda que em conformidade com o artigo 34.1 do Regulamento, é dever da Comissão expressar na demanda suas pretensões de reparações e custas, bem como seus fundamentos de direito e suas conclusões pertinentes. Este dever de motivação e fundamentação não se cumpre com petições genéricas às quais não se anexa prova ou argumentação, de fatos ou direito, que permita analisar sua finalidade, razoabilidade e alcance. O mesmo é aplicável aos representantes.

494. O Tribunal aprecia os esforços do Estado mexicano para adequar formalmente sua legislação, outros atos jurídicos e instituições e para realizar diversas ações orientadas a combater a violência por razão de gênero, tanto no Estado de Chihuahua como no âmbito federal, bem como seu esforço para adequar seu sistema judiciário em matéria penal no âmbito local e federal. Estes avanços constituem indicadores estruturais relacionados com a adoção de normas que, em princípio, têm

<sup>477</sup> Cf. Lei do Instituto Nacional das Mulheres, publicada no Diário Oficial da Federação em 12 de janeiro de 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLIII, anexo 87, folhas 16010 a 16047). Algumas das atividades que o Estado menciona se encontram contidas no Anexo do Sexto Relatório Periódico do México em cumprimento da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, novembro de 2005 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLII, anexo 82, folha 15479).

como objetivo enfrentar a violência e discriminação contra a mulher em um contexto como o que foi provado no presente caso.

495. Entretanto, a Corte não conta com informação suficiente e atualizada para poder avaliar se, através destes atos jurídicos, instituições e ações: i) foi gerada uma efetiva prevenção e investigação dos casos de violência contra a mulher e homicídios por razões de gênero; ii) os responsáveis foram processados e sancionados, e iii) as vítimas reparadas; tudo isso no âmbito do contexto provado no presente caso. Assim, por exemplo, nenhuma das partes ofereceu informação precisa sobre a ocorrência de crimes similares aos do presente caso entre os anos de 2006 a 2009.<sup>478</sup> Em particular, o Tribunal não pode se pronunciar sobre a existência de uma política integral para superar a situação de violência contra a mulher, discriminação e impunidade, sem informação sobre as falhas estruturais que atravessam estas políticas, os problemas em seus processos de implementação e seus resultados sobre o gozo efetivo de direitos por parte das vítimas desta violência. Assim mesmo, a Corte não conta com indicadores de resultado em relação a como as políticas implementadas pelo Estado possam constituir reparações com perspectiva de gênero, enquanto: i) questionem e estejam em capacidade de modificar, através de medidas especiais o *status quo* que causa e mantém a violência contra a mulher e os homicídios por razões de gênero; ii) tenham constituído claramente um avanço na superação das desigualdades jurídicas, políticas e sociais, formais ou *de facto*, que sejam injustificadas por causar, fomentar ou reproduzir os fatores de discriminação por razão de gênero, e iii) sensibilizem os funcionários públicos e a sociedade sobre o impacto dos fatores de discriminação contra as mulheres nos âmbitos público e privado.

496. Essa insuficiência de argumentação por parte da Comissão, dos representantes e do Estado impede o Tribunal de se pronunciar se as políticas públicas atualmente desenvolvidas constituem realmente uma garantia de não repetição quanto ao ocorrido no presente caso.

#### **4.2.2. Padronização dos protocolos, critérios de investigação, serviços periciais e de aplicação de justiça para combater desaparecimentos e homicídios de mulheres e os distintos tipos de violência contra as mulheres**

497. A Comissão solicitou, em geral, que a Corte ordene ao Estado fortalecer sua capacidade institucional para combater o padrão de impunidade frente a casos de violência contra as mulheres em Ciudad Juárez através de investigações penais

---

<sup>478</sup> Em suas alegações finais escritas de junho de 2009, os representantes afirmaram que “de 2008 até a presente data 24 meninas e mulheres desapareceram em Ciudad Juárez sem que se conheça seu paradeiro e sem que as autoridades tenham realizado diligências suficientemente sérias e exaustivas para localizá-las”, segundo uma “cifra computada com informação oficial registrada” pela organização civil Nossas Filhas de Regresso à Casa A.C. Entretanto, perante a Corte não se precisou qual era essa informação oficial, nem com base em que metodologia se obtinha esta cifra. Tampouco se anexou nenhum documento probatório a esse respeito.



efetivas, às quais deve ser dado um acompanhamento judicial constante, garantindo assim a adequada sanção e reparação.

498. Os representantes afirmaram que as práticas de busca e aplicação de justiça devem ser modificadas a partir de suas raízes e devem incluir todas as etapas de investigação, preservação de provas e evidências, de proteção do local dos fatos, de levantamento dos corpos, da cadeia de custódia, etc. Além disso, solicitaram que fosse padronizado e harmonizado o sistema de justiça penal estatal ou de prevenção e investigação do crime com as necessidades de respeito dos direitos humanos das mulheres, principalmente protocolos e manuais de investigação.

499. Em relação ao Novo Código Penal do Estado de Chihuahua, vigente desde 2007, o Estado afirmou que foram reformados: i) os crimes de homicídio doloso e sequestro em detrimento de mulheres ou menores de idade, de forma que se existe concorrência de crimes, mesmo quando isso exceda a pena de prisão de 60 anos, deverá ser imposta a pena por cada crime; ii) o crime de homicídio simples, de modo que se a vítima do crime é uma mulher ou um menor de idade é aplicada uma pena de 30 a 60 anos no lugar de uma pena de 8 a 20 anos de prisão, além da pena que se acumule por cada crime adicional ainda que se exceda a pena máxima de prisão de 60 anos, e iii) o crime de lesões, de forma que se for causada lesão a um ascendente, descendente, irmão, cônjuge, concubina ou concubino, casal, adotante ou adotado, aumenta em uma terceira parte a pena que corresponda. Finalmente, afirmou que este código castiga os atos de violência familiar nos termos da Lei Estadual do Direito das Mulheres a uma Vida Livre de Violência.<sup>479</sup>

500. Em relação ao novo Código de Processo Penal do Estado de Chihuahua, vigente desde 2006, o Estado afirmou que o mesmo: "estabelece que não serão aplicados os critérios de oportunidade para o exercício da ação penal em caso de crimes contra a liberdade e segurança sexuais, ou de violência familiar, por afetar gravemente o interesse público". Além disso, este código prevê que nos casos de crimes sexuais e de violência familiar, a vítima conte "com assistência integral por parte das unidades especializadas da Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Chihuahua, que intervirão com a devida diligência, aplicando os protocolos emitidos". Finalmente, informou que se contempla a medida cautelar de separação imediata do provável delinquente do domicílio quando se trate de agressões a mulheres.<sup>480</sup>

501. O Estado anexou modelos de protocolos como prova<sup>481</sup> e, a esse respeito, afirmou que "para cada tipo de crime se segue um protocolo específico. No caso dos homicídios de mulheres, conta-se com os protocolos relativos aos crimes de ordem sexual, lesões, criminalística de campo, atendimento a vítimas, atenção em crises,

<sup>479</sup> Cf. Artigos 32, parágrafo terceiro; 125, parágrafo segundo; 126; 130, e 193 do Código Penal do Estado de Chihuahua, folhas 14371, 14390, 14391 e 14404, nota 456 *supra*.

<sup>480</sup> Cf. Artigo 83, inciso I, parágrafo segundo; 121, último parágrafo, e 169, inciso IX do Código de Processos Penais do Estado de Chihuahua, folhas 14281, 14291 e 14301, nota 457 *supra*.

<sup>481</sup> Cf. Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Chihuahua, Protocolos de Investigação em Criminalística e Protocolos de Pessoal Especializado em Atendimento a Vítimas (expediente de anexos às alegações finais escritas do Estado, tomo XLVII, anexo 3, folhas 16955 a 17082).

química forense, medicina forense, homicídio, suicídio e morte acidental”. Afirmou que a PGJCH difundiu amplamente o conteúdo da Declaração sobre Eliminação da Discriminação contra a Mulher, da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e da Convenção de Belém do Pará.

502. A Corte ordenou em outros casos normalizar, em conformidade com os padrões internacionais, os parâmetros para investigar, realizar a análise forense e julgar.<sup>482</sup> O Tribunal considera que no presente caso o Estado deve, em um prazo razoável, continuar com a padronização de todos os seus protocolos, manuais, critérios de investigação, serviços periciais e de aplicação de justiça utilizados para investigar todos os crimes que se relacionem com desaparecimentos, violência sexual e homicídios de mulheres, em conformidade com o Protocolo de Istambul, o Manual sobre a Prevenção e Investigação Efetiva de Execuções Extrajudiciais, Arbitrárias e Sumárias das Nações Unidas e os padrões internacionais de busca de pessoas desaparecidas, com base em uma perspectiva de gênero. A esse respeito, deverá ser apresentado um relatório anual durante três anos.

#### **4.2.3. Implementação de um programa de busca e localização de mulheres desaparecidas no Estado de Chihuahua**

503. Os representantes solicitaram revisar, reelaborar e reestruturar a “Operação Alba” com “a participação de especialistas internacionais na matéria que permitam [...] estabelecer um programa de investigação e documentação de resposta imediata [que conte com] os recursos financeiros correspondentes para seu adequado funcionamento”. Argumentaram, ademais, que “as operações de ‘reação imediata’ [vigentes] não constituem uma medida efetiva para atender de imediato um relato de desaparecimento ou extravio e, sobretudo, que não constituem ações corretas e efetivas que impeçam a realização de condutas criminais contra as mulheres e as meninas de Ciudad Juárez”, devido principalmente a que “os critérios para classificar os desaparecimentos como de ‘Alto Risco’ não são claros nem objetivos e revestem critérios discriminatórios” ou, inclusive, devido a que funcionários se negam a implementar as medidas urgentes sem uma justificativa plausível.

504. A Corte observa que, em 22 de julho de 2003, o Estado implementou a Operação Alba com o “objetivo [de] estabelecer uma vigilância extraordinária à já existente nas regiões de alto risco para mulheres e onde houve descobertas [...] de vítimas de homicídios”. Posteriormente, em 12 de maio de 2005, foi colocado em prática o Protocolo de Atendimento, Reação e Coordenação entre autoridades federais, estaduais e municipais em caso de desaparecimento de mulheres e meninas no Município de Juárez ou “Protocolo Alba”, onde foi estabelecido, por acordo e consenso das instituições participantes, um mecanismo de atendimento, reação e coordenação entre autoridades dos três âmbitos de governo em caso de desaparecimento de

<sup>482</sup> Cf. *Caso Gutiérrez Soler Vs. Colômbia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 12 de setembro de 2005. Série C N° 132, pars. 109 e 110.

mulheres e meninas em Ciudad Juárez. Até outubro de 2006, o protocolo havia sido "ativado em oito ocasiões [desde sua criação], das quais permitiu localizar sete mulheres e dois meninos em situação de desaparecimento ou perda."<sup>483</sup>

505. O Tribunal avalia positivamente a criação da "Operação Alba" e do "Protocolo Alba" como uma forma de oferecer maior atenção ao desaparecimento de mulheres em Ciudad Juárez. Entretanto, observa que estes programas de busca unicamente são colocados em prática quando se apresenta um desaparecimento de "alto risco", critério que segundo diversos relatórios, somente era satisfeito quando se apresentavam relatos com "características específicas"<sup>484</sup> a saber: "existe certeza de que [as mulheres] não tinham motivos para abandonar o lar", trata-se de uma menina,<sup>485</sup> "a jovem [tinha] uma rotina estável"<sup>486</sup> e que o relato "tivesse características vinculadas com os homicídios 'em série'".<sup>487</sup>

506. A Corte considera que o Protocolo Alba ou qualquer outro dispositivo análogo em Chihuahua deve seguir, entre outros, os seguintes parâmetros: i) implementar buscas de ofício e sem nenhuma demora quando se apresentem casos de desaparecimento, como uma medida dirigida a proteger a vida, liberdade pessoal e a integridade pessoal da pessoa desaparecida; ii) estabelecer um trabalho coordenado entre diferentes corpos de segurança para encontrar o paradeiro da pessoa; iii) eliminar qualquer obstáculo de fato ou de direito que reduza a efetividade da busca ou que faça impossível seu início, como exigir investigações ou procedimentos preliminares; iv) designar os recursos humanos, econômicos, logísticos, científicos ou de qualquer índole que sejam necessários para o êxito da busca; v) confrontar o relatório de desaparecimento com a base de dados de pessoas desaparecidas referida na seção 4.2.4 a seguir, e vi) priorizar as buscas em áreas onde razoavelmente seja mais provável encontrar a pessoa desaparecida sem rejeitar arbitrariamente outras possibilidades ou áreas de busca. Todo o anterior deverá ser ainda mais urgente e rigoroso quando a desaparecida seja uma menina. A esse respeito, deverá ser apresentado um relatório anual durante três anos.

507. Por outro lado, a Comissão para Ciudad Juárez informou que, em março de 2005, criou o site [www.muieresdesaparecidascdjuarez.gob.mx](http://www.muieresdesaparecidascdjuarez.gob.mx) onde se encontram dados de algumas mulheres, jovens e meninas desaparecidas em Ciudad Juárez.<sup>488</sup> A Corte nota que o site deixou de ser atualizado a partir de dezembro de 2006.

<sup>483</sup> Cf. Comissão para Prevenir e Erradicar a Violência contra as Mulheres em Ciudad Juárez, Terceiro Relatório de Gestão, folha 9054, nota 101 supra.

<sup>484</sup> Cf. Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Chihuahua, Ofício encaminhado ao Diretor de Direitos Humanos da Secretaria de Relações Exteriores, 17 de fevereiro de 2003 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLII, anexo 75, folha 15381).

<sup>485</sup> Cf. Relatório do México elaborado pelo CEDAW, folha 1929, nota 71 supra.

<sup>486</sup> Cf. CNDH, Relatório Especial, folha 2174, nota 66 supra, e Anistia Internacional, *Mortes Intoleráveis*, folha 2274, nota 64 supra.

<sup>487</sup> Cf. CIDH, Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez, folha 1746, nota 64 supra.

<sup>488</sup> Cf. Comissão para Prevenir e Erradicar a Violência contra as Mulheres em Ciudad Juárez, Terceiro Relatório de Gestão, folha 9200, nota 101 supra.

508. A esse respeito, e levando em consideração que uma rede de informática através da qual qualquer pessoa possa fornecer informação sobre uma mulher ou menina desaparecida pode ser útil para localizá-la, a Corte, como o dispôs em outras ocasiões,<sup>489</sup> ordena a criação de um site que contere a informação pessoal necessária de todas as mulheres, jovens e meninas que desapareceram em Chihuahua desde 1993 e que continuam desaparecidas. Esse site deverá permitir que qualquer indivíduo se comunique por qualquer meio com as autoridades, inclusive de maneira anônima, a fim de proporcionar informação relevante sobre o paradeiro da mulher ou menina desaparecida ou, se for o caso, de seus restos. A informação contida no site deverá ser atualizada permanentemente.

#### **4.2.4. Confrontação de informação genética de corpos não identificados de mulheres ou meninas privadas da vida em Chihuahua com pessoas desaparecidas no âmbito nacional**

509. Os representantes solicitaram que seja criada uma base de dados de âmbito nacional para facilitar a identificação das pessoas relatadas como desaparecidas. Também afirmaram que é necessário implementar uma base de dados nacional que permita confrontar a informação de pessoas desaparecidas com informação de pessoas que foram encontradas sem vida e que foram registradas como não identificadas.

510. O Estado não se pronunciou especificamente a esse respeito. Entretanto, fez referência ao denominado “Programa de Identidade Humana”, quando propôs aos familiares das vítimas que colaborassem com a EAAF a fim de confirmar a identidade dos corpos encontrados na plantação de algodão.

511. Embora o Tribunal observe que o Estado criou um registro de dados de mulheres desaparecidas no Município de Juárez e um banco de dados em genética forense,<sup>490</sup> a Corte não tem elementos probatórios que lhe permitam concluir que o Estado tenha criado uma base de dados de pessoas desaparecidas de âmbito nacional. Por outro lado, embora a Corte observe que existe um banco de dados em genética forense com informação genética de alguns familiares de vítimas de homicídio por razão de gênero e de alguns corpos encontrados,<sup>491</sup> ao Tribunal não lhe consta que o Estado houvesse confrontado a informação de mulheres desaparecidas no âmbito nacional, bem como a informação genética de familiares dessas pessoas desaparecidas com a informação genética extraída dos corpos de qualquer mulher ou menina privada da vida e não identificada em Chihuahua. Tampouco consta nos autos informação que permita à Corte determinar a suficiência dos dados contidos nas referidas bases, bem como a eficácia e os resultados que estas bases de dados tiveram dentro da investigação dos desaparecimentos e homicídios de mulheres em Ciudad Juárez.

<sup>489</sup> Cf. *Caso das Irmãs Serrano Cruz Vs. El Salvador*. par. 190, nota 454 *supra*.

<sup>490</sup> Cf. Promotoria Especial para o Atendimento de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres no Município de Juárez, Relatório final, folhas 14582 e 14587 a 14594, nota 87 *supra*.

<sup>491</sup> Cf. Promotoria Especial para o Atendimento de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres no Município de Juárez, Relatório final, folhas 14582 e 14587 a 14594, nota 87 *supra*.

512. A Corte considera que a racionalidade de criar uma base de dados de mulheres e meninas desaparecidas de âmbito nacional e a atualização e confrontação da informação genética proveniente de familiares de pessoas desaparecidas e de corpos não identificados responde à possibilidade de que os corpos de algumas mulheres ou meninas encontradas em Chihuahua pertençam a pessoas desaparecidas em outras entidades federativas, inclusive de outros países. Por isso, como o dispôs em outros casos,<sup>492</sup> a Corte ordena: i) a criação ou atualização de uma base de dados que contenha a informação pessoal disponível de mulheres e meninas desaparecidas no âmbito nacional; ii) a criação ou atualização de uma base de dados com a informação pessoal que seja necessária, principalmente genética e amostras celulares, dos familiares das pessoas desaparecidas que consintam – ou que assim o ordene um Juiz – para que o Estado armazene esta informação pessoal unicamente com objetivo de localizar a pessoa desaparecida, e iii) a criação ou atualização de uma base de dados com a informação genética e amostras celulares proveniente dos corpos de qualquer mulher ou menina não identificada que for privada da vida no Estado de Chihuahua. O Estado a todo momento deverá proteger os dados pessoais contidos nestas bases de dados.

#### **4.2.5. Criação de uma figura legislativa para atrair os casos do foro comum ao foro federal quando se apresentem condições de impunidade ou se confirmem irregularidades de mérito nas averiguações prévias**

513. Os representantes afirmaram que é necessário contar com um mecanismo legal contido nas leis nacionais para facilitar e enquadrar a atração dos casos do foro comum ao foro federal, devido a que neste caso "um dos principais problemas que permitiram e ainda permitem as violações aos direitos humanos das vítimas de violência contra as mulheres e feminicídio é a impossibilidade de que a Federação intervenha, revise e se for o caso corrija as irregularidades e deficiências dos inquéritos realizados no foro comum". Afirmaram que embora no âmbito federal tenha sido criada em 2004 a Comissão para Prevenir e Erradicar a Violência contra as Mulheres de Ciudad Juárez, esta nunca teve facultades legais para propor ou corrigir as atuações dos funcionários do foro comum. Além disso, especificaram que ainda que tenha sido criada em 2004, a Promotoria Especial para o Atendimento de Crimes relacionados com os Homicídios de Mulheres no Município de Ciudad Juárez, esta somente revisou as investigações prévias no foro comum em relação a negligências e responsabilidades de funcionários que nelas haviam participado, sem revisar, propor, intervir ou corrigir deficiências que havia encontrado já que seu mandato não a facultava para isso.

514. O Estado informou quem em 29 de agosto de 2003 foi criada a Agência Mista do Ministério Público no Município de Ciudad Juárez, Chihuahua, para a Investigação de Homicídios de Mulheres e dos Crimes Conexos (doravante denominada "a Agência Mista"), por meio de um convênio de colaboração entre a PGR e a PGCH.

<sup>492</sup> Cf. *Caso Molina Theissen Vs. Guatemala. Reparaciones e Custas*. Sentença de 3 de julho de 2004. Série C N° 108, par. 91; *Caso das Irmãs Serrano Cruz Vs. El Salvador*, par. 193, nota 454 *supra*, e *Caso Servellón García e outros Vs. Honduras*, par. 203, nota 308 *supra*.

De acordo com a prova apresentada pelas partes, o objetivo da Agência Mista era perseguir os crimes dentro de um contexto de plena colaboração e coordenação entre as duas procuradorias e instrumentar ações conjuntas nas investigações dirigidas a esclarecer os homicídios de mulheres neste município. A Promotoria Especial Federal para Juárez coordenava e supervisionava a representação do Ministério Público da Federação que formava a Agência Mista.<sup>493</sup>

515. Em 30 de janeiro de 2004, foi criada a Promotoria Especial de âmbito federal. Segundo o alegado pelo Estado, a Promotoria Especial Federal para Juárez dependia da PGR e “era competente para dirigir, coordenar e supervisionar as investigações dos crimes relacionados com homicídios de mulheres do município de Juárez, Chihuahua, em exercício da faculdade de atração naqueles casos que tiveram conexão com algum crime federal”. Esta afirmação não foi controvertida pela Comissão ou pelos representantes. Entre as funções da Promotoria Especial se encontrava a de “revisar [...] e investigar cada um dos autos que contêm informação sobre homicídios e desaparecimentos de mulheres, e investigar com responsabilidade os casos em que encontrem provas de negligência, ineficiência ou tolerância por parte de servidores públicos, a fim de evitar a impunidade e punir aqueles que tenham deixado de cumprir seu dever”.<sup>494</sup> A Corte observa que a Promotoria Especial desenvolveu quatro programas específicos dentro de seu plano de trabalho: i) sistematização da informação sobre homicídios de mulheres e crimes relacionados; ii) atendimento a crimes relacionados com homicídios; iii) atendimento a denúncias de mulheres desaparecidas, e iv) atendimento a vítimas.<sup>495</sup>

516. A Promotoria Especial concluiu sua atuação em 2006, quando foi revogado o acordo de criação de 2004.<sup>496</sup> Em 16 de fevereiro de 2006, a PGR entregou à CNDH o relatório final da Promotoria Especial. A CNDH afirmou que “não foi informado no relatório final nenhum avanço significativo aos três relatórios anteriores, a respeito dos quais, inclusive, esta Comissão Nacional comentou pontualmente em seu Relatório de avaliação de 23 de agosto de 2005”.<sup>497</sup>

517. A Promotoria Especial foi substituída posteriormente em duas ocasiões: em 16 de fevereiro de 2006 pela Promotoria Especial para o Atendimento de Crimes Relacionados com Atos de Violência contra as Mulheres, ligada ao Gabinete do Procurador-Geral da República, com o objetivo de atender crimes relacionados com

<sup>493</sup> Cf. Promotoria Especial para o Atendimento de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres no Município de Juárez, Chihuahua, Primeiro Relatório, folhas 2999 a 3142, nota 468 *supra*; Promotoria Especial para o Atendimento de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres no Município de Juárez, Relatório final, folha 14536, nota 87 *supra*, e Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1939, nota 64 *supra*.

<sup>494</sup> Cf. Promotoria Especial para o Atendimento de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres no Município de Juárez, Relatório final, folha 14532, nota 87 *supra*.

<sup>495</sup> Cf. Promotoria Especial para o Atendimento de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres no Município de Juárez, Relatório final, folhas 14532, 14536 e 14537, nota 87 *supra*.

<sup>496</sup> Cf. Procuradoria Geral da República, Acordo N° A/003/06, folha 15464, nota 498 *supra*.

<sup>497</sup> Cf. CNDH, Segundo Relatório de Avaliação Integral, folha 4664, nota 72 *supra*.

atos de violência contra as mulheres no país;<sup>498</sup> e, em 31 de janeiro de 2008, pela Promotoria Especial para os Crimes de Violência contra as Mulheres e Tráfico de Pessoas, ligada também ao Gabinete do Procurador-Geral da República, para investigar e perseguir crimes federais relacionados com fatos de violência contra as mulheres, bem como os de tráfico de pessoas.<sup>499</sup>

518. No âmbito local, em agosto de 2005, o Estado de Chihuahua modificou o objetivo de criação da FEIHM, já que, segundo o Estado, "antes se concentrava exclusivamente nos homicídios que tivessem um motivo sexual", incluindo desde aquela data "todos os casos de homicídios dolosos nos quais as vítimas fossem mulheres".<sup>500</sup>

519. A Corte observa que a atividade da Promotoria Especial esteve limitada a sistematizar a informação dos homicídios de mulheres em Ciudad Juárez e somente a investigar os crimes que pertencessem ao foro federal.<sup>501</sup> O Tribunal tampouco tem informação atualizada sobre o funcionamento e efetividade da renovada FEIHM.

520. Os representantes não sustentaram seu pedido de reparação em argumentos claros, pertinentes e suficientes sobre os problemas de acesso à justiça que se derivariam do direito interno aplicável à figura de atração ao foro federal. Tampouco argumentaram sobre a prova específica em torno a políticas elaboradas pelo Estado para solucionar a problemática sobre a matéria durante os últimos anos. Isso impede o Tribunal de se pronunciar sobre este pedido de reparação.

#### 4.2.6. Proibição a todo funcionário de discriminar por razão de gênero

521. Os representantes solicitaram a proibição expressa e sancionada a todo funcionário presente ou futuro dentro dos três níveis de governo que declarasse ou atuasse depreciando ou minimizando as violações aos direitos das mulheres, em particular a negação ou minimização da existência de violência contra as mulheres dentro do contexto de homicídios por motivos de gênero em Ciudad Juárez. Afirmaram que, em distintos momentos históricos, o Estado mexicano insistiu em reduzir, desvirtuar e minimizar as causas e efeitos dos homicídios e desaparecimentos de centenas de mulheres nessa cidade, e agregaram que a atitude das autoridades foi notoriamente discriminatória.

522. O Estado informou sobre a Lei Geral para a Igualdade entre Mulheres e Homens, publicada em 2006, que tem por objetivo regulamentar e garantir a igualdade entre mulheres e homens e propor as diretrizes e mecanismos institucionais que orientem o Estado mexicano para o cumprimento da igualdade substantiva nos âmbitos

<sup>498</sup> Cf. Procuradoria Geral da República, Acordo N° A/003/06, 19 de janeiro de 2006 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLII, anexo 78, folhas 15462 a 15465).

<sup>499</sup> Cf. Procuradoria Geral da República, Acordo N° A/024/08, 29 de janeiro de 2008 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLII, anexo 80, folhas 15470 a 15473).

<sup>500</sup> Cf. Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folhas 1937 e 1963, nota 64 *supra*, e CNDH, Segundo Relatório de Avaliação Integral, folha 4697, nota 72 *supra*.

<sup>501</sup> Cf. Promotoria Especial para o Atendimento de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres no Município de Juárez, Relatório final, folhas 14532, 14538, 14539 e 14544, nota 87 *supra*.

público e privado, promovendo o empoderamento das mulheres. A lei criou o Sistema Nacional para a Igualdade entre Mulheres e Homens, instalado em 2007 e, dentro do âmbito de aplicação da mesma, foi colocado em prática o Programa Nacional para a Igualdade entre Mulheres e Homens 2008-2012.<sup>502</sup> Por sua vez, o Programa Nacional para a Igualdade entre Mulheres e Homens 2008-2012 foi apresentado em 2008 dentro do âmbito do Plano Nacional de Desenvolvimento 2007-2012<sup>503</sup> e o Estado afirmou que “contribui ao sucesso dos objetivos, estratégias e prioridades nacionais em matéria de igualdade substantiva entre mulheres e homens”. Este programa é dirigido pelo INMUJERES. A lei foi replicada no Estado de Chihuahua desde o ano de 2007, com a publicação da Lei para Prevenir e Eliminar a Discriminação do Estado de Chihuahua.<sup>504</sup>

523. O Estado alegou que a Lei Geral de Acesso das Mulheres a uma Vida Livre de Violência, publicada em 2007, estabelece “as bases para a prevenção, atendimento e erradicação da violência contra as mulheres de qualquer idade no âmbito público e privado”, bem como os “preceitos de orientação para que as mulheres contem com acesso a uma vida livre de violência no âmbito federal e local: igualdade jurídica entre a mulher e o homem; respeito à dignidade humana das mulheres; a não discriminação e liberdade das mulheres”. Acrescentou que esta lei “identifica os mecanismos para a prevenção, proteção e assistência às mulheres e meninas para erradicar a violência contra elas e contempla a obrigação dos órgãos de segurança pública dos estados, dos municípios e da federação, bem como dos órgãos de aplicação de justiça, de oferecer um atendimento adequado e especial às vítimas mulheres”.<sup>505</sup> Finalmente, a Lei para a Proteção dos Direitos de Meninas, Meninos e Adolescentes prevê que a proteção de seus direitos tem como objetivo assegurar um desenvolvimento pleno e integral, o que implica a oportunidade de formação física, mental, emocional, social e moralmente em condições de igualdade.<sup>506</sup>

524. Além disso, o México regulamentou no Estado de Chihuahua um tipo delitivo de discriminação e uma sanção administrativa para funcionários públicos que discriminem em conformidade com a Lei Federal de Responsabilidades dos Servidores Públicos.<sup>507</sup>

525. Os representantes não argumentaram sobre os vazios e insuficiências deste tipo de normas, programas e ações, razão pela qual o Tribunal não conta com elementos para se pronunciar sobre seu pedido.

<sup>502</sup> Cf. Lei Geral para a Igualdade entre Mulheres e Homens, publicada no Diário Oficial da Federação em 2 de agosto de 2006 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLIII, anexo 106, folhas 16079 a 16089).

<sup>503</sup> Cf. Plano Nacional de Desenvolvimento 2007-2012, estratégia 5.4 do eixo 1 e objetivo 16 do eixo 3 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLII, anexo 84, folhas 15495 a 15792).

<sup>504</sup> Cf. Lei para Prevenir e Eliminar a Discriminação no Estado de Chihuahua, folhas 16164 a 16178, nota 459 *supra*.

<sup>505</sup> Cf. Lei Geral de Acesso das Mulheres a uma Vida Livre de Violência, folhas 16091 a 16107, nota 124 *supra*.

<sup>506</sup> Cf. Lei para a Proteção dos Direitos de Meninas, Meninos e Adolescentes, folhas 16049 a 16063, nota 420 *supra*.

<sup>507</sup> Cf. artigos 30, 31 e 32 de Lei para Prevenir e Eliminar a Discriminação no Estado de Chihuahua, folha 16177, nota 459 *supra*; artigo 197 do Código Penal para o Estado de Chihuahua, folhas 14364 a 14452, nota 456 *supra*, e artigo 3 da Lei Geral para a Igualdade entre Mulheres e Homens, folha 16079, nota 502 *supra*.



#### 4.2.7. Lei para regulamentar os apoios para as vítimas de homicídios por razões de gênero

526. Os representantes solicitaram ao Tribunal "a criação de uma [l]ei que regulamente [...] objetivamente os apoios específicos para as vítimas do feminicídio, bem como os padrões mínimos para o acompanhamento e avaliação destes apoios". Este pedido foi justificado em virtude de que os apoios, de caráter social ou de compensação geral, implementados pelo Estado até a presente data, não podem estar ao arbítrio dos funcionários de turno, e porque os apoios não foram fixados nem estabelecidos com base em critérios internacionais de reparação do dano, mas sob critérios políticos e de governo.

527. O Estado não se pronunciou especificamente a esse respeito. Entretanto, a Corte observa que o Estado, ao conceder os apoios aos que este Tribunal se referirá mais adiante, atribuiu-lhes o caráter de indenizações adicionais às que ofereceu em seu escrito de contestação de demanda (par. 550 a seguir), e inclusive afirmou que o contato das autoridades mantido com os familiares das vítimas devia ser tomado "como uma mostra da boa-fé do Estado para reparar as consequências das irregularidades aceitas pelas autoridades em um primeiro momento das investigações sobre os homicídios das três mulheres".

528. A Corte observa que a titular da Comissão para Ciudad Juárez reconheceu que ao se criar o Fundo de Auxílio Econômico aos Familiares das Vítimas de Homicídio de Mulheres em 2005 (par. 557 a seguir), este não foi considerado uma forma de reparação do dano; o tipo de auxílio foi concedido em consideração das condutas delitivas do homicida e não das responsabilidades do Estado; e os apoios estavam condicionados à promoção de juízos cíveis ou familiares.<sup>508</sup>

529. O Tribunal considera que não pode ser confundida a prestação dos serviços sociais que o Estado concede aos indivíduos com as reparações a que têm direito as vítimas de violações de direitos humanos, em razão do dano específico gerado pela violação. Nesse sentido, o Tribunal não considerará como parte das reparações que o Estado alega haver realizado os apoios governamentais que não tenham sido dirigidos especificamente a reparar a falta de prevenção, impunidade e discriminação atribuíveis ao Estado no presente caso.

530. Por outro lado, a Corte considera que não pode indicar ao Estado como regulamentar os apoios que oferece às pessoas como parte de um programa de assistência social, razão pela qual se abstém de pronunciar-se em relação a este pedido dos representantes.

<sup>508</sup> Cf. Comissão para Prevenir e Erradicar a Violência contra as Mulheres em Ciudad Juárez, Terceiro Relatório de Gestão, folha 9185, nota 101 *supra*.

#### 4.2.8. Capacitação com perspectiva de gênero a funcionários públicos e à população em geral do Estado de Chihuahua

531. A Comissão solicitou ao Tribunal que ordene ao Estado realizar programas de capacitação para funcionários públicos em todas as áreas da administração da justiça e da polícia, e políticas integrais de prevenção. Além disso, solicitou que seja ordenada a implementação de políticas públicas e programas institucionais destinados a superar os estereótipos sobre o papel das mulheres na sociedade de Ciudad Juárez e promover a erradicação de padrões socioculturais discriminatórios que impeçam o pleno acesso das mulheres à justiça.

532. Os representantes reconheceram que, embora o Estado tenha feito esforços importantes em matéria de capacitação a funcionários públicos, principalmente àqueles cujo trabalho impacta diretamente nos casos de desaparecimentos e homicídios de mulheres, estes esforços não foram inteiramente satisfatórios, ao não haver sido desenvolvida uma perspectiva transversal de gênero e não incorporar a perspectiva de gênero em toda a atividade desenvolvida pelas autoridades do Estado. Agregaram que os funcionários que compareceram à audiência, embora tenham sido capacitados, “não entendem o conteúdo das Convenções [...] em relação aos direitos” das vítimas.

533. O Estado afirmou que “está consciente de que parte das irregularidades cometidas no início da investigação pelos homicídios de Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal e Laura Berenice Ramos Monárrez ocorreram devido à falta de capacitação dos funcionários públicos que estiveram envolvidos nas mesmas”. Entretanto, o Estado alegou que a Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Chihuahua elaborou, a partir de outubro de 2004, em coordenação com instituições e universidades locais e internacionais, um programa de capacitação no qual investiu mais de 14 milhões de pesos para a especialização em técnicas e procedimentos de investigação e profissionalização em matéria pericial. A Corte não conta com registro do investimento do referido capital. Este programa inclui “mestrados com a colaboração de universidades espanholas e da Comissão Nacional de Direitos Humanos”.<sup>509</sup> Em 2005, através do Centro de Estudos Penais e Forenses foram implementados mais de 122 programas de capacitação que significaram um investimento superior a 12 milhões de pesos.<sup>510</sup> O Tribunal observa que não há registro deste investimento.

<sup>509</sup> O Estado anexou diversos contratos realizados entre 2005 e 2008 com instituições nacionais e internacionais como a UNAM, o Instituto de Mediação do México, S.C., a Universidade Autônoma de Chihuahua, a Universidade Autônoma de Ciudad Juárez, a Universidade de Barcelona, a Universidade de Gerona, o IMCAA, S.A. de C.V., o Foro Latino-Americano para a Segurança Urbana e a Democracia, A.C., entre outros, em colaboração com instâncias locais como a Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Chihuahua ou a Comissão Estadual de Direitos Humanos e instâncias federais como a Comissão Nacional de Direitos Humanos (expediente de anexos às alegações finais escritas do Estado, tomo L, folhas 17565 17833).

<sup>510</sup> O Estado apresentou uma lista de cursos ministrados entre os anos de 2005 e 2009 com o nome do curso, o lugar e a data de realização e as pessoas que foram capacitadas (Cf. Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Chihuahua, Centro de Estudos Penais e Forenses, Cursos ministrados no período 2005-2009, expediente de anexos às alegações finais escritas do Estado, tomo XLIX, folhas 17537 a 17564).

534. Em relação a temas de capacitação, a Lei Orgânica do Poder Judiciário do Estado de Chihuahua dá especial importância, a partir de 2006, à formação em direitos humanos e equidade de gênero dos funcionários que integram o Poder Judiciário Federal ou de Chihuahua.<sup>511</sup>

535. O Estado afirmou que capacitou em perspectiva de gênero os funcionários públicos dos estados da República do México, entre eles do Estado de Chihuahua, através dos Cursos de Formação de Multiplicadores do Subprograma de Equidade de Gênero.<sup>512</sup> Também mencionou que ofereceu capacitação a funcionários públicos federais dentro do contexto do programa de Sensibilização com Perspectiva de Gênero ministrado pelo INMUJERES, bem como do Subprograma de Equidade de Gênero a funcionários públicos da Secretaria de Segurança Pública do Governo Federal. Além disso, afirmou que em 2003 e em 2004 capacitou pessoal da Secretaria de Segurança Pública em temas básicos e especializados sobre Direitos Humanos e Segurança Pública. O Estado não apresentou prova que confirmasse quais funcionários públicos foram capacitados.

536. O Estado mencionou que, sob o Plano Nacional de Desenvolvimento 2007-2012, dentro da estratégia 5.4 relativa a "combater e punir com maior severidade a violência de gênero", o Governo Federal colocará em operação programas de "sensibilização e capacitação dirigidos a policiais, médicos, promotores públicos e juizes, e a todo o pessoal encarregado dos trabalhos de proteção e atendimento às mulheres que sofrem de violência em todas as suas manifestações".<sup>513</sup>

537. Além disso, o Estado se referiu aos seguintes cursos implementados em 2007: um "Diploma Internacional em Gênero e Sistema Penal", no qual participaram 41 funcionários públicos;<sup>514</sup> um "Diploma em Violência Familiar e Direitos Humanos", o qual reuniu 69 integrantes da Procuradoria;<sup>515</sup> o curso "Bases e Princípios de Alta

<sup>511</sup> Cf. artigos 135 e 145-k da Lei Orgânica do Poder Judiciário do Estado de Chihuahua, folhas 14220 e 14226, nota 460 *supra*.

<sup>512</sup> A Corte observa que consta um comprovante da realização do curso de formação de multiplicadores no âmbito nacional do Subprograma de Equidade e Aplicação do Manual de Equidade de Gênero em "Prevenção da Violência Familiar" a autoridades da Secretaria de Segurança Pública do Estado de Chihuahua, e em "Direitos Humanos da Mulher e Autoestima", "Masculinidade e Autoestima" e "Violência Familiar e Assertividade", a funcionários de Chihuahua (Cf. Avanços ou resultados das ações no contexto do "PROEQUIDADE", realizado pelo Instituto Nacional das Mulheres, Direção Geral de Avaliação e Desenvolvimento Estatístico, Direção de Avaliação no período de janeiro a dezembro de 2005, expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLI, anexo 6, folhas 15014 a 15016).

<sup>513</sup> Cf. Plano Nacional de Desenvolvimento 2007-2012, estratégia 5.4., folha 15495 a 15792, nota 503 *supra*.

<sup>514</sup> Cf. convênio realizado entre o Secretário Geral Executivo do Foro Latino-Americano para a Segurança Urbana e a Democracia A.C. e a Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Chihuahua em 15 de maio de 2007 (expediente de anexos às alegações finais escritas do Estado, tomo L, folhas 17675 a 17688).

<sup>515</sup> Cf. convênio de colaboração para o curso "Violência Familiar e Direitos Humanos" entre a Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Chihuahua e a Universidade Nacional Autónoma do México de 9 de abril de 2007 (expediente de anexos às alegações finais escritas do Estado, tomo L, folha 17689) e relatório sobre as políticas institucionais implementadas para prevenir, investigar, punir e eliminar a violência contra as mulheres, emitido pela Procuradoria Geral do Estado de Chihuahua (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XL, anexos 60, folha 14960).

Especialidade em Direito Processual e Gênero”;<sup>516</sup> o curso “Violência Doméstica, um Problema de Todos”, dirigido ao pessoal do centro de justiça alternativa, Unidade de Pronto Atendimento e Unidade Especializada em Crimes Contra a Liberdade, Segurança Sexual e contra a Família.<sup>517</sup> Em 2008, o Estado aludiu ao curso “Perícias Forenses em caso de Violência de Gênero”, o qual foi dirigido a psicólogos do “Departamento de Atenção a Vítimas”.<sup>518</sup> Além disso, existe no Estado de Chihuahua a “Licenciatura em Busca de Justiça” cujo programa de estudo contempla a matéria “Perspectiva de Gênero”.<sup>519</sup>

538. A Corte observa que a testemunha Castro Romero declarou que, nos dias 14 de outubro e 26 de novembro de 2005, foi realizada a diplomação “Gênero e Direitos Humanos”, ministrada pela rede de instituições públicas que atendem mulheres em situação de violência. Além disso, fez referência ao seminário sobre “Direito Internacional dos Direitos Humanos, estratégias de Litígio”, no qual participaram aproximadamente “60 pessoas, entre elas a Subprocuradora da Região Norte da PGJE e pessoal da FEVIM”.<sup>520</sup>

539. Além disso, a testemunha Caballero Rodríguez, agente do Ministério Público encarregada das investigações no presente caso, manifestou ter recebido capacitação, entre outros temas, em relação à Convenção Americana e à Convenção de Belém do Pará.<sup>521</sup>

540. A Corte avalia positivamente todas as capacitações com perspectiva de gênero para funcionários públicos que o Estado realizou a partir do ano de 2004, bem como o possível destino de volumosos recursos destinados a esta finalidade. Entretanto, a capacitação, como sistema de formação contínua, deve ser estendida durante um período importante para cumprir seus objetivos.<sup>522</sup> Ademais, a Corte afirma que uma capacitação com perspectiva de gênero implica não somente uma aprendizagem das normas, mas o desenvolvimento de capacidades para reconhecer a discriminação que as mulheres sofrem em sua vida cotidiana. Em particular, as capacitações devem gerar que todos os funcionários reconheçam as afetações que

<sup>516</sup> Cf. contrato de prestação de serviços entre a Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Chihuahua e o Instituto Mexicano de Ciências e Artes Aplicadas (INMCAA S.A. de C.V.) de 1º de fevereiro de 2007 (expediente de anexos às alegações finais escritas do Estado, tomo L, folha 17696).

<sup>517</sup> O Estado anexou uma lista do Centro de Estudos Penais e Forenses com os cursos ministrados de 2005 a 2009. Na mesma consta que foi ministrado um curso denominado “Curso de Violência Doméstica; Um Problema para Todos”, com uma duração de 12 horas, dirigido a 26 pessoas, entre 26 a 28 de junho de 2007 (expediente de anexos às alegações finais escritas do Estado, tomo XLIX, folha 17551).

<sup>518</sup> Dentro da lista de cursos ministrados entre 2005 e 2009, o Estado afirmou que em outubro de 2008, o Instituto Chihuahuense da Mulher ministrou o curso “Perícias Forenses em caso de Violência de Gênero” a 8 psicólogos de atendimento a vítimas da Procuradoria (Cf. Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Chihuahua, Centro de Estudos Penais e Forenses, folha 17563, nota 510 *supra*).

<sup>519</sup> O Estado anexou uma lista sobre capacitação em 2005 onde é feita referência a uma “Licenciatura em Busca de Justiça” que envolveria 549 pessoas (expediente de anexos às alegações finais escritas do Estado, tomo XLIX, folha 17535).

<sup>520</sup> Cf. declaração prestada perante agente dotado de fé pública pela testemunha Castro Romero em 27 de abril de 2009, anexo 1 (expediente de mérito, tomo VIII, folhas 2927 e 2928).

<sup>521</sup> Cf. declaração da testemunha Caballero Rodríguez, nota 386 *supra*.

<sup>522</sup> Cf. *Caso Escher e outros Vs. Brasil*, par. 251, nota 46 *supra*.

geram nas mulheres as ideias e avaliações estereotipadas em relação ao alcance e conteúdo dos direitos humanos.

541. Em consequência, sem prejuízo da existência de programas e capacitações dirigidas a funcionários públicos encarregados da aplicação de justiça em Ciudad Juárez, bem como de cursos em matéria de direitos humanos e gênero, o Tribunal ordena que o Estado continue implementando programas e cursos permanentes de educação e capacitação em: i) direitos humanos e gênero; ii) perspectiva de gênero para a devida diligência na condução de investigações prévias e processos judiciais relacionados com discriminação, violência e homicídios de mulheres por razões de gênero, e iii) superação de estereótipos sobre o papel social das mulheres.

542. Os programas e cursos estarão destinados a policiais, promotores, juízes, militares, funcionários encarregados do atendimento e assistência jurídica a vítimas do crime e a qualquer funcionário público, tanto no âmbito local como federal, que participe direta ou indiretamente na prevenção, investigação, processamento, sanção e reparação destes casos. Dentro destes programas permanentes deverá ser feita uma especial menção à presente Sentença e aos instrumentos internacionais de direitos humanos, especificamente aos relativos à violência por razões de gênero, entre eles a Convenção de Belém do Pará e a CEDAW, levando em consideração como certas normas ou práticas no direito interno, seja intencionalmente ou por seus resultados, têm efeitos discriminatórios na vida cotidiana das mulheres. Os programas deverão também incluir estudos sobre o Protocolo de Istambul e o Manual sobre a Prevenção e Investigação Efetiva de Execuções Extrajudiciais, Arbitrárias e Sumárias das Nações Unidas. O Estado deverá informar anualmente, durante três anos, sobre a implementação dos cursos e capacitações.

543. Além disso, levando em consideração a situação de discriminação contra a mulher reconhecida pelo Estado é necessário que este realize um programa de educação destinado à população em geral do Estado de Chihuahua, com o fim de superar esta situação. Para este efeito, o Estado deverá apresentar um relatório anual por três anos, no qual indique as ações que tenham sido realizadas para tal fim.

## **5. Reabilitação**

544. A Comissão manifestou que "o México deve adotar medidas de reabilitação para os familiares das vítimas", as quais devem incluir "medidas de reabilitação psicológica e médica".

545. Os representantes solicitaram "que o Estado [m]exicano ofereça a assistência médica e psicológica a partir de duas instituições de caráter federal para garantir um serviço de qualidade ou [...] que garanta a remuneração dos especialistas que atendam às famílias até que [...] sejam concluídos os [...] tratamentos". O anterior devido a que "as violações aos direitos humanos cometidas contra [as três vítimas] tiveram repercussões de forte impacto em suas [...] mães [,] ao terem sofrido [...]

outras violações aos direitos fundamentais”. Ademais, afirmaram que “as famílias das vítimas” sofreram “problemas físicos e psicológicos”.

546. O Estado afirmou que ofereceu atendimento médico e psicológico aos familiares das vítimas através “[d]o Departamento de Atenção a Vítimas e Delitos, dependente da PGJCH”, do “Instituto Chihuahuense da Mulher”, “[d]a Secretaria de Fomento Social do Estado de Chihuahua [...]” e do “Centro de prevenção e atendimento a mulheres e famílias em situação de violência”.

547. A Corte observa que o Estado apresentou diversas listas elaboradas por organismos estatais<sup>523</sup> referentes ao suposto atendimento médico e psicológico proporcionado aos familiares das vítimas. Também observa que a testemunha Camberos Revilla afirmou que as três mães receberam tratamento médico e que o Estado ofereceu tratamento psicológico às senhoras González e Monreal, apesar de que esta última se recusou a recebê-lo.<sup>524</sup> A testemunha Galindo afirmou que a Secretaria de Fomento Social do Estado de Chihuahua apoiou os familiares das jovens Ramos e González com medicamentos e serviço médico.<sup>525</sup> Em conformidade com a declaração da testemunha Castro Romero, a senhora González e a senhora Monreal participaram em terapias de grupo denominadas “Da Dor à Esperança”.<sup>526</sup> Também consta que na audiência pública a senhora González afirmou que o Estado lhe proporcionou assistência médica.<sup>527</sup>

548. Embora este Tribunal aprecie a assistência médica e psicológica que o Estado ofereceu a algumas das vítimas, o Estado não demonstrou que cada um dos familiares tenha recebido ou continue recebendo algum tratamento psicológico, psiquiátrico ou médico, e não confirmou a qualidade das terapias ou as consultas e o progresso obtido pelos pacientes até a presente data.

549. Portanto, a Corte, como medida de reabilitação, ordena ao Estado que ofereça atendimento médico, psicológico ou psiquiátrico gratuito, de forma imediata,

<sup>523</sup> Cf. relação de pagamentos no Hospital Geral de Mães de Vítimas de Femicídios que compreende o período de 2002 a 8 de maio de 2007 realizada pela chefia de trabalho social desta instituição em 11 de maio de 2007 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLI, anexo 133, folha 15138); relação de medicamentos proporcionados pela Direção de Fomento Social à senhora Benita Monárrez Salgado elaborado pelo Diretor de Fomento Social em 11 de maio de 2007 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLI, anexo 133, folha 15140); relação de medicamentos proporcionados pelo Departamento de Fomento Social à senhora Irma Monreal Jaime elaborado pelo Diretor de Fomento Social em 11 de maio de 2007 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLI, anexo 133, folha 15143); relação de atendimento médico e atendimento psicológico realizado pelo Centro de Prevenção e Atendimento a Mulheres e Famílias em Situação de Violência em 11 de maio de 2007 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLI, anexo 133, folha 15165), e ofício N° Jur/0223/2007 emitido pelo Instituto Chihuahuense da Mulher em 4 de maio de 2004 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLI, anexo 133, folhas 15173 e 15174).

<sup>524</sup> Cf. declaração prestada perante agente dotado de fé pública pela testemunha Camberos Revilla em 8 de abril de 2009 (expediente de mérito, tomo IX, folhas 2981 a 2983).

<sup>525</sup> Cf. declaração prestada perante agente dotado de fé pública pela testemunha Galindo López em 16 de abril de 2009 (expediente de mérito, tomo X, folhas 3308 e 3309).

<sup>526</sup> Cf. declaração prestada pela testemunha Castro Romero, folhas 2922 a 2924, nota 520 *supra*.

<sup>527</sup> Cf. declaração prestada pela senhora González, nota 183 *supra*.

correta e efetiva, através de instituições estatais de saúde especializadas, a todos os familiares considerados vítimas por este Tribunal no caso *sub judice*, se estes assim o desejarem. O Estado deverá assegurar que os profissionais das instituições de saúde especializadas que sejam designados para o tratamento das vítimas avaliem devidamente as condições psicológicas e físicas de cada vítima e tenham a experiência e formação suficiente para tratar tanto os problemas de saúde físicos que padeçam os familiares como os traumas psicológicos ocasionados como resultado da violência de gênero, da falta de resposta estatal e da impunidade. Além disso, o tratamento deve ser oferecido pelo tempo que seja necessário e incluir o fornecimento de todos os medicamentos que eventualmente requeiram.<sup>528</sup>

## 6. Indenizações

550. O Estado informou que como resultado do reconhecimento de violações parciais ao direito à integridade psíquica e moral dos familiares, concedeu através de suas autoridades locais e federais uma série de auxílios para reparar estas violações.<sup>529</sup> Além disso, o Estado solicitou à Corte que "analise os dados expostos sobre os auxílios materiais concedidos aos familiares [das três vítimas] a fim de determinar se cumpriu a obrigação internacional de indenizar as vítimas pelo reconhecimento de responsabilidade na violação parcial dos direitos [...] mencionados".

551. Os representantes afirmaram que "o único auxílio extraordinário entregue às famílias das vítimas [...] é o denominado 'Fundo de Auxílio Econômico aos Familiares das Vítimas de Homicídio de Mulheres', criado em 2005, *ex profeso*, para indenizar as famílias vítimas do feminicídio de Ciudad Juárez", e que "estas quantias são as que reconhecem as famílias das vítimas como indenização ou pagamento extraordinário a título de reparação de dano material, sem que tenham estado [de] acordo com os requisitos, procedimentos e condições para sua entrega, pois lhes era pedido antes da entrega que 'aceitassem' os restos de suas filhas e [que] 'desistissem' de buscar prova genética que demonstrasse claramente sua correspondência filial".

552. Os representantes reconheceram a entrega por parte do Estado dos seguintes recursos provenientes do Fundo de Auxílio Econômico aos Familiares das Vítimas de Homicídio de Mulheres (doravante denominado "o Fundo de Auxílio"), às seguintes pessoas:

<sup>528</sup> Cf. *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras*, par. 209, nota 190 *supra*, e *Caso Anzualdo Castro Vs. Peru*, par. 203, nota 30 *supra*.

<sup>529</sup> O Estado quantificou o valor dos auxílios materiais pelos seguintes montantes: \$551.874,27 (quinhentos e cinquenta e um mil, oitocentos e setenta e quatro pesos mexicanos e 27 centavos) para os familiares de Laura Berenice Ramos Monárrez; \$545.358,01 (quinhentos e quarenta e cinco mil, trezentos cinquenta e oito pesos mexicanos e 1 centavo) para a família de Esmeralda Herrera Monreal, e \$504.602,62 (quinhentos e quatro mil, seiscentos e dois pesos mexicanos e 62 centavos) para os familiares de Claudia Ivette González.

Familiar	Montante
<b><i>Esmeralda Herrera Monreal</i></b>	
Irma Monreal Jaime	\$136.656,00 pesos
Benigno Herrera Monreal	\$34.164,00 pesos
Adrián Herrera Monreal	\$34.164,00 pesos
Juan Antonio Herrera Monreal	\$34.164,00 pesos
Cecilia Herrera Monreal	\$34.164,00 pesos
<b><i>Claudia Ivette González</i></b>	
Irma Josefina González Rodríguez	\$273.312,00 pesos
<b><i>Laura Berenice Ramos Monárrez</i></b>	
Benita Monárrez Salgado	\$136.656,00 pesos
Daniel Ramos Canales <sup>530</sup>	\$136.656,00 pesos

553. Os representantes também afirmaram de forma geral que os auxílios concedidos pelo Estado “inclue[m] auxílios em dinheiro e auxílios de caráter social que foram concedidos por petição expressa dos familiares das vítimas e outros que fazem parte de programas de auxílio social atualmente prestados pelo Governo do Estado de Chihuahua e o Governo Federal a favor das vítimas de violência contra as mulheres e feminicídio de Ciudad Juárez”. Além disso, afirmaram que incluem “outros programas sociais que estão à disposição e para o benefício da sociedade em geral pretendendo confirmar que todos eles fazem parte de uma reparação material integral concedida às vítimas”. Posteriormente, afirmaram que “alguns auxílios foram destinados às famílias como parte de um financiamento para projetos produtivos com a participação dos governos estadual e federal [...] sem mencionar que esses auxílios fazem parte de uma política pública do Governo Federal de auxílio a pessoas que desejem empreender um negócio e que se encontram em uma situação econômica desfavorável”.

554. A Corte observa que entre os auxílios provados que o Estado concedeu às vítimas se encontram: i) os recursos do Fundo de Auxílio que representam 50% ou mais, dependendo do caso, do valor total dos auxílios que o Estado alega ter concedido aos familiares das vítimas;<sup>531</sup> ii) auxílios para moradia com recursos provenientes do Instituto da Moradia do Estado de Chihuahua (IVI) para a senhora González e o senhor

<sup>530</sup> O pai da jovem Ramos não foi incluído pela Comissão como vítima no presente caso.

<sup>531</sup> Cf. certidão de entrega do auxílio do Fundo de Auxílio Econômico aos Familiares das Vítimas de Homicídio de Mulheres no Município de Juárez, Chihuahua, a favor de: Benita Monárrez Salgado, em 11 de novembro de 2005 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLI, anexo 133, folhas 15069 a 15072); Daniel Ramos Canales, em 13 de dezembro de 2005 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLI, anexo 133, folhas 15057 a 15061); Cecilia Herrera Monreal, Juan Antonio Herrera Monreal, Benigno Herrera Monreal e Adrián Herrera Monreal, em 27 de novembro de 2006 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLIV, anexo 129 e 130, folhas 16303 a 16305); Irma Monreal Jaime, em 27 de abril de 2006 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLIV, anexos 129 e



Adrián Herrera Monreal, que segundo o Estado chegam a \$ 114.200,00 (cento e quatorze mil e duzentos pesos mexicanos), respectivamente,<sup>532</sup> e auxílio consistente em um contrato de compra e venda realizado com o IVI de modo que a senhora Monárrez adquiriu um imóvel pela quantia de \$ 1,00 (um peso mexicano);<sup>533</sup> iii) auxílios para projetos produtivos provenientes de um programa coordenado pelo Governo Federal através da Secretaria de Desenvolvimento Social (SEDESOL) pela quantia de \$ 60.000,00 (sessenta mil pesos mexicanos) e de \$ 83.000,00 (oitenta e três mil pesos mexicanos) entregues à senhora Monárrez e à senhora Monreal, respectivamente,<sup>534</sup> e iv) diversos apoios constituídos em mantimentos, outros donativos e dinheiro em espécie.<sup>535</sup>

130, folhas 16327 a 16329), e Irma Josefina González Rodríguez, em 11 de novembro de 2005 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLV, anexo 132, folhas 16527 a 16530).

<sup>532</sup> No acervo probatório somente consta um lista de moradias do IVI onde aparece que as senhoras González e Monreal receberam cada uma um imóvel na rua "Vista del Pino". Por outro lado, consta um contrato de compra e venda de imóvel pela quantia de \$30.000,00 (trinta mil pesos mexicanos) realizado por Adrián Herrera Monreal na rua "Vista del Prado". Não existe registro de que algum dos três imóveis recebidos superem o valor que alega o Estado (Cf. relação de mães de vítimas que contam com moradia do Instituto da Moradia, expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLV, anexo 132, folha 16570), e contrato privado de compra e venda de imóvel realizado por Adrián Herrera Monreal em 19 de junho de 2007, expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLIV, anexo 130, folhas 16458 a 16460).

<sup>533</sup> Cf. declaração da senhora Monárrez, nota 183 *supra*. Ver também, contrato de compra e venda realizado pela senhora Benita Monárrez Salgado em 18 de abril de 2006 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLI, anexo 127, folhas 15078 e 15079); declaração da testemunha Camberos Revilla, folha 2982, nota 524 *supra*; ofício N° Jur/0223/2007 do Instituto Chihuahuense da Mulher de 4 de maio de 2004 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLI, anexo 133, folha 15173), e declaração da testemunha Galindo López, folha 3308, nota 525 *supra*.

<sup>534</sup> Cf. comprovante de entrega à senhora Benita Monárrez Salgado de \$60.000,00 (sessenta mil pesos mexicanos) por meio do programa de opções produtivas em 31 de maio de 2005 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLIV, anexo 128, folha 16262) e comprovante de entrega à senhora Irma Monreal Jaime de \$83.660,00 (oitenta e três mil, seiscentos e sessenta pesos mexicanos) por meio do programa de opções produtivas em 31 de maio de 2005 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLIV, anexo 131, folha 16464).

<sup>535</sup> *Relacionados com a jovem Ramos*: lista de auxílios (mantimentos) realizada pelo programa de Atendimento a Vítimas da Subprocuradoria de Justiça em 30 de março de 2004 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLI, anexo 133, folha 15094); lista de auxílios (carne) realizada pelo programa de Atendimento a Vítimas da Subprocuradoria de Justiça em 30 de março de 2004 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLI, anexo 133, folha 15100); registro de entrega (caixa de carne) à senhora Benita Monárrez Salgado emitido pelo Departamento de Atendimento a Vítimas dos Crimes em 30 de março de 2004 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLI, anexo 133, folha 15098); registro de entrega (mantimentos) a Claudia Ivonne Ramos Monárrez emitido pelo Escritório de Atendimento a Vítimas dos Crimes em 22 de abril de 2004 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLI, anexo 133, folha 15103); declaração da testemunha Galindo López, folhas 3305 a 3309, nota 525 *supra*; recibos de pagamento emitidos pela Subprocuradoria de Justiça a favor da senhora Monárrez Salgado em 29 de outubro, 14 e 28 de novembro e 12 e 29 de dezembro de 2003 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLI, anexo 133, folhas 15109, 15111, 15113, 15115 e 15117); recibos de pagamento N° AFV-00294, AFV-00335, AFV-00376 e um sem número emitidos pelo Instituto Chihuahuense da Mulher em 31 de maio, 15 de junho, 30 de junho e 3 de fevereiro de 2004 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLI, anexo 133, folhas 15145, 15147, 15151 e 15155); registro de entrega (fogão e botijão de gás) emitido pela Unidade de Atendimento a Vítimas dos Crimes em 3 de fevereiro de 2004 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLI, anexo 133, folha 15233); declaração da testemunha Camberos Revilla, folhas 2981 a 2983, nota 524 *supra*, e ofício N° Jur/0223/2007 emitido pelo Instituto Chihuahuense da Mulher em 4 de maio de 2004 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLI, anexo 133, folhas 15173 e 15174). *Relacionados com a jovem Herrera*: lista de auxílios (carne) realizada pelo programa de Atendimento a Vítimas da Subprocuradoria de Justiça em 30 de março de 2004 (expedientes de anexos à contestação da demanda, tomo XLIV, anexo 130, folha 16277); lista de auxílios (mantimentos) realizada pelo programa de Atendimento a Vítimas da Subprocuradoria de Justiça em 30 de março de 2004 (expedientes de anexos à contestação da demanda, tomo XLIV, anexo 130, folha 16274); registro

555. A Corte observa que diversos auxílios concedidos pelo Instituto Chihuahuense da Mulher não se encontram provados. Embora o Estado os tenha relacionado e existam diversos testemunhos de autoridades que foram concedidos, dentro do acervo probatório não existem comprovantes que permitam a este Tribunal corroborar que foram recebidos pelos familiares das vítimas.<sup>536</sup>

556. No ano de 2004, a PGR realizou um contrato com uma instituição de crédito para administrar o Fundo de Auxílio Econômico aos Familiares das Vítimas de Homicídio de Mulheres no Município de Juárez, Chihuahua (doravante denominado “o Fundo de Auxílio”). Em sua primeira sessão ordinária de 29 de junho de 2005, o Conselho Assessor emitiu as “Diretrizes gerais às que haverá de se sujeitar a administração, aplicação e entrega dos recursos que, em via de auxílio econômico, serão concedidos aos familiares das vítimas de homicídio de mulheres no Município de Juárez, Chihuahua”.<sup>537</sup>

557. A Corte observa que, conforme as diretrizes do Fundo de Auxílio, “o auxílio econômico que será concedido aos familiares das vítimas com direito ao Fundo, nos termos da legislação aplicável, não constitui indenização ou reparação do dano”.<sup>538</sup> Além disso, esta Corte observa que, no dia 11 de novembro de 2005, o mandatário deste fundo entregou um cheque às pessoas referidas, fazendo-lhes declarar o seguinte:

---

de entrega (mantimentos) emitido pelo Departamento de Atendimento a Vítimas dos Crimes em 31 de março de 2004 (expedientes de anexos à contestação da demanda, tomo XLIV, anexo 130, folha 16280); recibos de pagamento emitidos pela Subprocuradoria de Justiça a favor da senhora Monreal Jaime em 29 de abril, 29 de maio, 12 de junho, 10 e 31 de julho, 14 e 28 de agosto de 2003 (expedientes de anexos à contestação da demanda, tomo XLIV, anexo 130, folhas 16267, 16268, 16269, 16270, 16271, 16272 e 16273), e declaração da testemunha Galindo López, folhas 3305 a 3309, nota 525 *supra*. *Relacionados com a jovem González*: lista de auxílios (carne) realizada pelo programa de Atendimento a Vítimas da Subprocuradoria de Justiça em 30 de março de 2004, (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLV, anexo 132, folha 16476); lista de auxílios (mantimentos) realizada pelo programa de Atendimento a Vítimas da Subprocuradoria de Justiça em 30 de março de 2004 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLV, anexo 132, folha 16479); registro de entrega (caixa de carne) à senhora Irma Josefina González Rodríguez emitido pelo Departamento de Atendimento a Vítimas dos Crimes em 30 de março de 2004 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLV, anexo 132, folha 16481), e registro de entrega (mantimentos) à senhora Irma Josefina González Rodríguez emitido pelo Departamento de Atendimento a Vítimas dos Crimes em 2 de abril de 2004 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLV, anexo 132, folha 16538). Nos autos se encontra uma lista realizada pelo departamento administrativo da Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Chihuahua referente a cheques emitidos pela Subprocuradoria de Justiça Região Norte no período de 2002 a 2006. Entretanto, esta Corte não analisa esta lista já que o Estado não a relacionou com algum auxílio, nem as quantidades coincidem com conceitos alegados pelo Estado. Além disso, o Estado não anexou ao material probatório os cheques que supostamente teriam sido emitidos (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLI, anexo 133, folhas 15168 a 15172).

<sup>536</sup> Cf. declaração da testemunha Camberos Revilla, folhas 2977 a 2985, nota 524 *supra*; ofício N° Jur/0223/2007 emitido pelo Instituto Chihuahuense da Mulher em 4 de maio de 2004 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLI, anexo 133, folhas 15173 e 15174), e declaração da testemunha Galindo López, folhas 3305 a 3309, nota 525 *supra*.

<sup>537</sup> Cf. Promotoria Especial para o Atendimento de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres no Município de Juárez, Relatório final, folha 14598, nota 87 *supra*.

<sup>538</sup> Cf. acordo N° CA/001/05 do Conselho Assessor de Aplicação do Fundo de Auxílio Econômico aos Familiares das Vítimas de Homicídio de Mulheres no Município de Juárez, Chihuahua, da Procuradoria Geral da República de 29 de julho de 2005 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XL, anexo 59, folha 14919).

Acrescenta, sob compromisso de dizer verdade, haver recebido os restos de sua filha que em vida se chamava [nome de cada uma das três vítimas], de modo que não solicitará perante as autoridades competentes nenhum estudo de DNA ou diligência diversa a esse respeito, visto que os restos humanos que lhes foram entregues nesta oportunidade correspondem indubitavelmente aos da filha.<sup>539</sup>

558. O Tribunal sustenta que de nenhuma maneira poderia considerar estes recursos como uma forma de reparação por dano material às vítimas, já que o próprio Estado reconheceu que os mesmos não podem ser considerados como uma forma de reparação e porque foram concedidos sob a condição de que os familiares desconhecassem seu direito de acesso à justiça e conhecimento da verdade. Em virtude do princípio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (ninguém pode alegar a seu favor sua própria torpeza ou dolo), o qual foi incluído no artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados e na jurisprudência da Corte,<sup>540</sup> o Estado não pode invocar em seu benefício um acordo realizado com as vítimas que descumpra a Convenção para justificar que as reparou.

559. Em relação aos auxílios para moradia com recursos provenientes do IVI, constituídos de duas "casas mínimas" e aos auxílios para projetos produtivos provenientes de um programa coordenado pelo Governo Federal através da Secretaria de Desenvolvimento Social (SEDESOL), a Corte se remete ao exposto no parágrafo 529 e, por conseguinte, não as considera parte da indenização devida às vítimas.<sup>541</sup>

560. Finalmente, em relação ao auxílio consistente em um contrato de compra e venda realizado com o IVI de modo que a senhora Monárrez adquiriu o imóvel referido no parágrafo 554, bem como a diversos auxílios constituídos de mantimentos, outros donativos e dinheiro em espécie, a Corte os levará em consideração para o cálculo das indenizações.

<sup>539</sup> Cf. certidão de entrega do apoio do Fundo de Auxílio Econômico a Familiares a favor de Benita Monárrez Salgado, em 11 de novembro de 2005; Daniel Ramos Canales, em 13 de dezembro de 2005; Cecilia Herrera Monreal, Juan Antonio Herrera Monreal, Benigno Herrera Monreal e Adrián Herrera Monreal, em 27 de novembro de 2006; Irma Monreal Jaime, em 27 de abril de 2006, e Irma Josefina González Rodríguez, em 11 de novembro de 2005, (expediente de anexos à contestação, tomo XLI, folhas 15057 a 15061, 15069 a 15072, e expediente de anexos às alegações finais escritas, tomo XLIV, anexo 128, folhas, 16303 a 16305, 16327 a 16329, e volume XLV, anexo 131, folhas, 16527 a 16530).

<sup>540</sup> Cf. *Responsabilidade internacional pela expedição e aplicação de leis violatórias da Convenção (artigos 1 e 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos)*. Parecer Consultivo OC-14/94 de 9 de dezembro de 1994, par. 35 e *Caso Castillo Páez Vs. Peru. Supervisão de Cumprimento de Sentença*. Resolução da Corte Interamericana de 3 de abril de 2009, considerando quinto.

<sup>541</sup> As senhoras González e Monreal reconheceram haver recebido "casas mínimas". Entretanto, o Estado não contrariou uma das declarações das mães na audiência pública em relação às condições dos imóveis, segundo a qual "nos deram uma casa mínima que mede vinte metros mais ou menos, está em região de risco, está em uma lixeira, [...] está perigoso, é uma região de risco" (Cf. declaração da senhora González, nota 183 *supra*). Tampouco contrariou uma declaração da perita Azaola Garrido no sentido de que a "casa mínima" que o Estado lhes concedeu "[s]e trata de um quarto de, aproximadamente, 4 x 4 metros, em um local distante da cidade, que carece de todo tipo de serviços e que inclusive no início carecia de transporte público, o que implicava tempo de traslado para seus locais de trabalho de até duas horas, assim como longas jornadas em que as crianças deviam permanecer sozinhas" (Cf. declaração da perita Azaola Garrifo, folha 3370, nota 186 *supra*).

## 6.1. Dano material

### 6.1.1. Dano emergente

561. Os representantes afirmaram que, “por motivo dos desaparecimentos e posteriores mortes de Esmeralda, Claudia Ivette e Laura Berenice, as respectivas famílias de cada uma delas tiveram de realizar uma série de gastos extraordinários, [...] recalcando que estes não se limitaram somente aos gastos funerários e de sepultamento dos corpos”. Afirmaram que, “desde o momento dos desaparecimentos de cada uma das vítimas as famílias tiveram que realizar diversos gastos, constituídos de impress[ões] e cópias de panfletos [...] para divulgar seu desaparecimento”, da mesma maneira tiveram que financiar os “gastos de viagem extraordinários de vários membros das famílias [...], para ajudar em sua localização” e fazer “pagamentos extraordinários de telefone e outras despesas diversas durante as semanas em que estiveram desaparecidas”. Afirmaram que apesar de que não contem com os comprovantes respectivos dos gastos, consideram pertinente que a Corte conceda uma indenização geral por cada semana de desaparecimento até o momento da localização dos corpos de US\$ 150,00 (cento e cinquenta dólares dos Estados Unidos da América) distribuídos da seguinte maneira: i) à jovem Herrera, US\$ 150,00 (cento e cinquenta dólares dos Estados Unidos da América); ii) à jovem González, US\$ 600,00 (seiscentos dólares dos Estados Unidos de América), e iii) à jovem Ramos, US\$ 1.050,00 (mil e cinquenta dólares dos Estados Unidos da América).

562. Os representantes reconheceram que o Estado concedeu um auxílio extraordinário a título de pagamento de serviços funerários nos anos de 2004 e 2006 para cobrir “uma parte das despesas da senhora Monreal e da senhora González no ano de 2001”, estimados em \$ 2.600,00 (dois mil e seiscentos pesos mexicanos) e \$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos pesos mexicanos), respectivamente. Em relação à senhora Monárrez, afirmaram que “não há registro de que [o] auxílio extraordinário tenha sido entregue”.

563. Sem exibir comprovantes dos gastos funerários, os representantes solicitaram fixar a título de dano emergente derivado dos gastos funerários das famílias das vítimas as somas de: i) US\$ 1.000,00 (mil dólares dos Estados Unidos da América) para a senhora Monreal, e compensar os gastos que não foram devidamente cobertos pelo Estado no ano de 2006; ii) US\$ 1.000,00 (mil dólares dos Estados Unidos da América) para a senhora González, e compensar os gastos que não foram cobertos pelo Estado no ano de 2004, e iii) US\$ 1.300,00 (mil e trezentos dólares dos Estados Unidos da América) para a senhora Monárrez, e compensar os gastos realizados e que não foram compensados em nenhum momento pelo Estado.

564. O Estado apresentou uma proposta de reparação para cada uma das vítimas e, em relação ao dano emergente, estabeleceu que os gastos distribuídos pelos familiares das vítimas, como consequência de sua morte, poderiam englobar \$ 10.000,00 (dez mil pesos mexicanos) para cada vítima, levando em consideração o

valor que equivaleria aos "gastos funerários" em Ciudad Juárez. Além disso, anunciou que a Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Chihuahua entregou aos familiares da jovem Herrera, a título de pagamento de serviços funerários, em 2006, um total de \$ 3.300,00 (três mil e trezentos pesos mexicanos),<sup>542</sup> e anteriormente o Instituto Chihuahuense da Mulher concedeu em 2004 à senhora Monreal e seus familiares um total de \$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos pesos mexicanos), a título de apoio para gastos funerários.<sup>543</sup>

565. Diante da falta de apresentação de comprovantes que provem que os gastos funerários superaram as quantias solicitadas pelos representantes e levando em consideração que: i) os representantes reconheceram que a senhora Monreal e a senhora González receberam \$ 2.600,00 (dois mil e seiscentos pesos mexicanos) e \$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos pesos mexicanos), respectivamente; ii) a falta de prova do Estado de que concedeu algum apoio a título de gastos funerários à senhora Monárrez, e iii) o reconhecimento do Estado de que em Ciudad Juárez os gastos funerários equivalem a \$ 10.000,00 (dez mil pesos mexicanos), este Tribunal considera, em equidade, que sejam entregues US\$ 550,00 (quinhentos e cinquenta dólares dos Estados Unidos da América) à senhora Monreal, US\$ 250,00 (duzentos e cinquenta dólares dos Estados Unidos da América) à senhora González e US\$ 750,00 (setecentos e cinquenta dólares dos Estados Unidos da América) à senhora Monárrez a título de gastos funerários.

566. Em relação aos gastos extraordinários, dado que: i) os representantes não afirmaram por que o Tribunal deveria ordenar ao Estado indenizar os gastos extraordinários, diferentes dos funerários, em que incorreram os familiares das vítimas, tomando como base para o cálculo a quantia de US\$ 150,00 (cento e cinquenta dólares dos Estados Unidos da América) por cada semana de desaparecimento até a data de localização dos corpos; ii) na audiência, duas das mães reconheceram de maneira geral haver realizado gastos diferentes aos funerários,<sup>544</sup> e iii) o Estado não controverteu este pedido de gastos concretamente, mas se limitou a propor somente uma indenização a título de "gastos funerários"; a Corte decide conceder, em equidade, a título de gastos de busca: i) US\$ 150,00 (cento e cinquenta dólares dos Estados Unidos da América) à senhora Monreal; ii) US\$ 600,00 (seiscentos dólares dos Estados Unidos da América) à senhora González; e, iii) US\$ 1.050,00 (mil e cinquenta dólares dos Estados Unidos da América) à senhora Monárrez.

567. As indenizações fixadas no parágrafo anterior serão entregues diretamente a suas destinatárias.

<sup>542</sup> Cf. declaração da testemunha Galindo López, folha 3308, nota 525 *supra*.

<sup>543</sup> Cf. declaração da testemunha Camberos Revilla, folha 2982, nota 524 *supra*.

<sup>544</sup> A senhora González fez referência a gastos por cópias e outros itens. Por sua vez, a senhora Monárrez fez referência a gastos por estudos de DNA (Cf. declarações das senhoras Monárrez e González, nota 183 *supra*).

### 6.1.2. Lucro cessante ou perda de ingressos

568. Os representantes alegaram que um cálculo “mais exato” do lucro cessante exige ter em consideração certo tipo de “incremento[s] anua[is]” em relação ao “salário diário” e ao “salário atualizado” que recebiam as vítimas. Além disso, aludiram a conceitos tais como “fator de integração” e “salário progressivo dos anos subsequentes”. Afirmaram que deveriam ser integrados todos os “fatores” que a Corte desenvolveu em sua jurisprudência e que estão relacionados com a “ponderação da idade no momento da morte, os anos restantes para completar a expectativa de vida média do país em questão” e uma “estimativa” dos salários que são pagos pelo “tipo de trabalho realizado pelas vítimas”, bem como sua “preparação e oportunidades profissionais”. Afirmaram que não deveriam ser descontados “os 25% por gastos pessoais que poderia[m] haver incorrido a[s] vítima[s]”, em virtude de que no Caso *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*, “o Tribunal não descontou essa quantia”. Finalmente, desenvolveram uma fórmula para calcular o lucro cessante por meio da qual calcularam as quantias devidas a cada vítima por este conceito.<sup>545</sup>

569. Os representantes argumentaram que a jovem Herrera trabalhava em uma “casa como empregada”, recebia um salário mensal de \$ 3.000,00 (três mil pesos mexicanos) e que no momento de sua morte tinha 15 anos de idade. Calcularam, em conformidade com sua fórmula, que o montante total deixado de receber pela jovem Herrera chegava a \$ 15.520.085,59 (quinze milhões, quinhentos e vinte mil, oitenta e cinco pesos mexicanos e 59 centavos), que equivaleriam, segundo seu critério, a US\$ 958.029,97 (novecentos e cinquenta e oito mil e vinte e nove dólares dos Estados Unidos da América e 97 centavos), tomando como referência a taxa de câmbio de 20 de fevereiro de 2008.

570. Em relação à jovem González, os representantes alegaram que trabalhava em uma “maquiladora” e que no momento de sua morte tinha 20 anos de idade e ganhava um salário mensal de \$ 2.000,00 (dois mil pesos mexicanos). Em conformidade com sua fórmula, afirmaram que o montante deixado de perceber chegava a \$ 7.593.561,83 (sete milhões, quinhentos e noventa e três mil, quinhentos e sessenta e um pesos mexicanos e 83 centavos), equivalentes a US\$ 703.107,57 (setecentos e três mil, cento e sete dólares dos Estados Unidos da América e 57 centavos).

571. Em relação à jovem Ramos, os representantes afirmaram que no momento de seu desaparecimento tinha 17 anos de idade, trabalhava em um restaurante como caixa, e recebia um salário mensal de \$ 4.600,00 (quatro mil e seiscentos pesos mexicanos). Em conformidade com sua fórmula, afirmaram que o montante que deixou de receber esta vítima chegava a \$ 20.400.026,75 (vinte milhões, quatrocentos mil, vinte e seis pesos mexicanos e 75 centavos), equivalentes a US \$ 1.888.891,36 (um

<sup>545</sup> Os representantes exibiram quadros de cálculo para o montante de lucro cessante das vítimas sem explicitar nos mesmos o desenvolvimento da fórmula (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo XXIII, anexo 19, folhas 8099 a 8105).

milhão, oitocentos e oitenta e oito mil, oitocentos e noventa e um dólares dos Estados Unidos da América e 36 centavos).

572. Os representantes informaram em suas alegações finais que o total deixado de receber pela jovem Herrera em seu equivalente em dólares americanos na taxa de câmbio de 12 de junho de 2009 é de US\$ 772.143,56 (setecentos e setenta e dois mil, cento e quarenta e três dólares dos Estados Unidos da América e 56 centavos), e o das jovens González e Ramos US\$ 566.683,71 (quinhentos e sessenta e seis mil, seiscentos e oitenta e três dólares dos Estados Unidos da América e 71 centavos) e US\$ 1.522.390,00 (um milhão, quinhentos e vinte e dois mil, trezentos e noventa dólares dos Estados Unidos da América), respectivamente.

573. Por sua vez, o Estado informou que a jovem Herrera se dedicava à "limpeza doméstica" e que no Estado de Chihuahua o padrão de renda que se recebe por este tipo de serviços é de \$ 31.200,00 (trinta e um mil e duzentos pesos mexicanos) anuais, ou seja, \$ 2.600,00 (dois mil e seiscentos pesos mexicanos) mensais. O Estado referiu que a morte da jovem Herrera ocorreu em novembro de 2001, em cuja data a média de expectativa de vida no México para mulheres era de 76,7 anos em conformidade com o Instituto Nacional de Informação Estatística e Geografia do México (INEGI)<sup>546</sup> e que levando em consideração que a vítima tinha 15 anos de idade quando ocorreu sua morte, o Estado considerou que o que deixariam de receber os familiares da vítima como consequência da morte da jovem Herrera é de \$ 1.903.200,00 (um milhão, novecentos e três mil e duzentos pesos mexicanos).

574. Em relação à jovem González, o Estado alegou que se sabe que trabalhava em uma "empresa maquiladora" e estabeleceu que fazendo uma estimativa do que recebia no momento de sua morte e do que atualmente receberia por prestar este tipo de serviços laborais, seu salário integral aproximado seria de \$ 31.200,00 (trinta e um mil e duzentos pesos mexicanos) anuais. Levando em consideração a expectativa de vida no México e considerando que a vítima tinha 20 anos no momento de sua morte, o Estado afirmou que a quantia que deixariam de receber os familiares da jovem González chega a \$ 1.747.200,00 (um milhão, setecentos e quarenta e sete mil e duzentos pesos mexicanos).

575. Em relação à jovem Ramos, o Estado alegou que tinha conhecimento de que "não trabalhava" antes de morrer. Entretanto, o Estado considerou neste caso o mesmo salário anual que foi considerado para as duas vítimas anteriores, isto é, de \$ 31.200,00 (trinta e um mil e duzentos pesos mexicanos) anuais. O Estado, tendo em conta a expectativa de vida e que a vítima tinha 17 anos quando ocorreu sua morte, considerou que o que deixaram de receber os familiares chega a \$ 1.840.800,00 (um milhão, oitocentos e quarenta mil e oitocentos pesos mexicanos).

<sup>546</sup> Para obter o índice de expectativa de vida no México para mulheres, o Estado remeteu ao site oficial do Instituto Nacional de Informação Estatística e Geografia do México (INEGI): [www.inegi.gob.mx](http://www.inegi.gob.mx) Nesta página se observa que a média de expectativa de vida é extraída do Conselho Nacional de População do México (CONAPO).

576. A Corte observa que: i) tanto a média de expectativa de vida apresentada pelos representantes como a apresentada pelo Estado se refere, em última instância, a uma mesma fonte nacional, ao haver obtido os dados do INEGI e do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento do Conselho Nacional de População do México (CONAPO); ii) as médias de expectativa de vida diferem em 1,2 anos, sendo menor a proposta pelo Estado. Entretanto, em conformidade com os indicadores básicos do CONAPO, a média de expectativa de vida de mulheres no Estado de Chihuahua em 2001 era de 76,97; iii) as idades das jovens Herrera, González e Ramos eram 15, 20 e 17 anos de idade no momento de seu desaparecimento, e iv) tanto o salário mensal de cada uma das vítimas proposto pelos representantes como o salário mensal proposto pelo Estado não têm sustentação probatória.

577. Em virtude do anterior, a Corte conclui que o oferecimento estatal realizado para compensar o lucro cessante (par. 573, 574 e 575 *supra*) é adequado. Portanto, o leva em consideração e, em equidade, decide fixar as seguintes quantias que o Estado deverá pagar:

Vítima	Montante
<i>Esmeralda Herrera Monreal</i>	US \$145.500,00
<i>Claudia Ivette González</i>	US \$134.000,00
<i>Laura Berenice Ramos Mondrrez</i>	US \$140.500,00

578. Estas quantias serão divididas em conformidade com o direito sucessório vigente na atualidade no Estado de Chihuahua, México.

## 6.2. Dano imaterial

579. Em sua jurisprudência, o Tribunal determinou diversas formas em que o dano imaterial pode ser reparado.<sup>547</sup>

### 6.2.1. Dano moral

580. Os representantes enunciaram em seu escrito as violações imateriais sofridas pelos familiares das vítimas e quantificaram o dano moral nas seguintes quantias: i) US\$ 120.000,00 (cento e vinte mil dólares dos Estados Unidos da América)

<sup>547</sup> O dano imaterial pode compreender tanto os sofrimentos e as aflições causados à vítima e a seus parentes próximos, a deterioração de valores muito significativos para as pessoas, assim como as alterações, de caráter não pecuniário, nas condições de existência da vítima ou sua família. Dado que não é possível designar ao dano imaterial um equivalente monetário preciso, somente pode ser objeto de compensação por meio do pagamento de uma quantia em dinheiro ou a entrega de bens ou serviços apreciáveis em dinheiro, que o Tribunal determina em termos de equidade, assim como por meio da realização de atos ou obras de alcance ou repercussão públicos que tenham como efeito o reconhecimento da dignidade da vítima e evitar que voltem a ocorrer violações dos direitos humanos (Cf. *Caso Anzualdo Castro Vs. Peru*, par. 218, nota 30 *supra*, e *Caso Dacosta Cadogan Vs. Barbados*, par. 111, nota 446 *supra*).



para as mães de Esmeralda Herrera Monreal e Laura Berenice Ramos Monárrez; ii) US\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil dólares dos Estados Unidos da América) para a mãe de Claudia Ivette González; iii) US\$ 50.000,00 (cinquenta mil dólares dos Estados Unidos da América) para cada um dos irmãos das vítimas, e iv) 25.000,00 (vinte e cinco mil dólares dos Estados Unidos da América) para cada um dos familiares restantes.

581. O Estado ofereceu conceder como reparação compensatória pelos sofrimentos causados aos familiares das três vítimas, em virtude das irregularidades cometidas pelos funcionários públicos que participaram durante as investigações dos três casos até antes de 2004, a quantia de US\$ 10.000,00 (dez mil dólares dos Estados Unidos da América) a cada familiar ou seu equivalente em pesos mexicanos.

582. A jurisprudência internacional estabeleceu reiteradamente que uma sentença declaratória de violação de direitos constitui, *per se*, uma forma de reparação.<sup>548</sup> Entretanto, a Corte considera pertinente determinar o pagamento de uma compensação a título de danos imateriais a favor dos familiares das jovens Herrera, González e Ramos, considerados vítimas da violação ao artigo 5 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 da mesma.

583. A Corte concluiu que os familiares experimentaram e continuam experimentando afetações em sua integridade psíquica e moral em razão de três causas: i) a privação da liberdade, humilhações e morte sofridas pelas jovens Herrera, González e Ramos; ii) as irregularidades na investigação das autoridades e a impunidade; e iii) as perseguições sofridas pelos familiares indicados no parágrafo 440 *supra*.

584. Levando em consideração o anterior, bem como o exposto no parágrafo 560 *supra*, e considerando que é razoável o oferecimento estatal de pagar US\$ 10.000,00 (dez mil dólares dos Estados Unidos da América) a cada um dos familiares das vítimas, a Corte decide partir dessa quantia e i) incluir os familiares declarados vítimas neste caso que não foram considerados no oferecimento estatal; ii) incrementar tal quantia em US\$ 1.000,00 (mil dólares dos Estados Unidos da América) para cada um dos familiares, como forma de reparação pelo dano moral que as violações não reconhecidas pelo Estado produziram; iii) incrementar a quantia resultante em US\$ 4.000,00 (quatro mil dólares dos Estados Unidos da América) a favor das três mães, já que nelas recaiu a busca de justiça; iv) incrementar a quantia resultante em US\$ 1.000,00 (mil dólares dos Estados Unidos da América) a favor de Adrián Herrera Monreal, Claudia Ivonne e Daniel Ramos Monárrez; Ramón Antonio Aragón Monárrez, e Claudia Dayana, Itzel Arely e Paola Alexandra Bermúdez Ramos pelos atos de perseguição que sofreram, e iv) incrementar a quantia resultante em US\$ 3.000,00 (três mil dólares dos Estados Unidos da América) a favor da senhora Benita Ramos Salgado, em razão dos atos de perseguição que sofreu.

<sup>548</sup> Cf. *Caso Neira Alegria e outros Vs. Peru. Reparações e Custas*. Sentença de 19 de setembro de 1996. Série C N° 29, par. 56; *Caso Anzaldo Castro Vs. Peru*, par. 219, nota 30 *supra*, e *Caso Dacosta Cadogan Vs. Barbados*, par. 100, nota 446 *supra*.

585. Além disso, ainda que os representantes não tenham solicitado, o Tribunal considera que é oportuno ordenar ao Estado que indenize as jovens Herrera, Ramos e González pela falta de garantia de seus direitos à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal. Para fixar a quantia correspondente, a Corte tem em consideração sua jurisprudência em casos similares;<sup>549</sup> o contexto no qual se produziram os fatos; a idade das vítimas e as consequentes obrigações especiais do Estado para a proteção da infância, e a violência por razões de gênero que as três vítimas sofreram. Por conseguinte, fixa em equidade a quantia de US\$ 38.000,00 (trinta e oito mil dólares dos Estados Unidos da América) a favor de Claudia Ivette González e US\$ 40.000,00 (quarenta mil dólares dos Estados Unidos da América) para cada uma das meninas, Esmeralda Herrera Monreal e Laura Berenice Ramos Monárrez. Estas quantias serão divididas em conformidade com o direito sucessório vigente na atualidade no Estado de Chihuahua, México.

586. Consequentemente, o Estado deverá entregar as seguintes quantias:

Vítima	Parentesco	Montante
<b>Esmeralda Herrera Monreal</b>		US\$40.000,00
Irma Monreal Jaime	Mãe	US\$15.000,00
Benigno Herrera Monreal	Irmão	US\$11.000,00
Adrián Herrera Monreal	Irmão	US\$12.000,00
Juan Antonio Herrera Monreal	Irmão	US\$11.000,00
Cecilia Herrera Monreal	Irmã	US\$11.000,00
Zulema Montijo Monreal	Irmã	US\$11.000,00
Erick Montijo Monreal	Irmão	US\$11.000,00
Juana Ballín Castro	Cunhada	US\$11.000,00
<b>Claudia Ivette González</b>		US\$38.000,00
Irma Josefina González Rodríguez	Mãe	US\$15.000,00
Mayela Banda González	Irmã	US\$11.000,00
Gema Iris González	Irmã	US\$11.000,00
Karla Arizbeth Hernández Banda	Sobrinha	US\$11.000,00
Jacqueline Hernández	Sobrinha	US\$11.000,00
Carlos Hernández Llamas	Cunhado	US\$11.000,00
<b>Laura Berenice Ramos Monárrez</b>		US\$40.000,00
Benita Monárrez Salgado	Mãe	US\$18.000,00

<sup>549</sup> Cf. *Caso do "Massacre de Mapiripán" Vs. Colômbia*, par. 288, nota 252 *supra*; *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá*, par. 239, nota 297 *supra*, e *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras*, par. 184, nota 190 *supra*.

Vítima	Parentesco	Montante
Claudia Ivonne Ramos Monárrez	Irmã	US\$12.000,00
Daniel Ramos Monárrez	Irmão	US\$12.000,00
Ramón Antonio Aragón Monárrez	Irmão	US\$12.000,00
Claudia Dayana Bermúdez Ramos	Sobrinha	US\$12.000,00
Itzel Arely Bermúdez Ramos	Sobrinha	US\$12.000,00
Paola Alexandra Bermúdez Ramos	Sobrinha	US\$12.000,00
Atziri Geraldine Bermúdez Ramos	Sobrinha	US\$12.000,00

### 6.2.2. Dano ao projeto de vida das vítimas

587. Os representantes alegaram que as jovens Herrera, González e Ramos sofreram danos a seu projeto de vida por diversas causas.

588. A Comissão e o Estado não realizaram alegações a esse respeito.

589. Além de que os representantes não argumentaram suficientemente por que os atos do Estado afetaram o projeto de vida das jovens Herrera, González e Ramos, a Corte afirma que a reparação por dano ao projeto de vida não procede quando a vítima faleceu, ao ser impossível repor as expectativas de realização que razoavelmente toda pessoa tem. Por essa razão, o Tribunal se abstém de realizar maiores considerações a esse respeito.

## 7. Custas e gastos

590. Como a Corte já afirmou em oportunidades anteriores, as custas e gastos estão compreendidos dentro do conceito de reparação consagrado no artigo 63.1 da Convenção Americana.<sup>550</sup>

591. A Comissão solicitou que se ordene ao Estado o pagamento das custas e gastos razoáveis e necessários devidamente provados, que se originem na tramitação do presente caso tanto no âmbito interno como perante o Sistema Interamericano.

592. Os representantes solicitaram o pagamento de gastos e custas originados no âmbito nacional e no âmbito internacional na tramitação do caso, em conformidade com os montantes considerados da seguinte maneira:

a) A Associação Nacional de Advogados Democráticos A.C. (ANAD) considerou suas custas e gastos a título de viagens à Cidade do

<sup>550</sup> Cf. *Caso Garrido e Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones e Custas*. Sentença de 27 de agosto de 1998. Série C N° 39, par. 79; *Caso Perozo e outros Vs. Venezuela*, par. 417, nota 22 *supra*; *Caso Garibaldi Vs. Brasil*, par. 194, nota 252 *supra*.

México, viagens a Washington D.C., despesas por hospedagem e alimentação entre os anos de 2005 e 2008 em Ciudad Juárez, pagamento de honorários de advogados e outros gastos em um total de US\$ 44.776,11 (quarenta e quatro mil, setecentos e setenta e seis dólares dos Estados Unidos da América e 11 centavos).

b) O Centro para o Desenvolvimento Integral da Mulher (CEDIMAC) considerou suas custas e gastos a título de investigação entre os anos de 2003 a 2007, representação legal e gastos de intervenção psicológica e atendimento clínico em um total de US\$ 205.351,85 (duzentos e cinco mil, trezentos e cinquenta e um dólares dos Estados Unidos da América e 85 centavos).

c) O Comitê da América Latina e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM) considerou suas custas e gastos a título de viagens aéreas à cidade do México, viagens à cidade de Washington D.C., pagamento de honorários profissionais e outros gastos em um total de US\$ 14.490,74 (quatorze mil, quatrocentos e noventa dólares dos Estados Unidos da América e 74 centavos).

d) A Rede Cidadã de Não Violência e Dignidade Humana considerou suas custas e gastos em um total de US\$ 33.230,00 (trinta e três mil, duzentos e trinta dólares dos Estados Unidos da América), a título de consulta cidadã realizada em março de 2002, traslados, hospedagem e alimentação nas viagens realizadas à cidade do México, durante o período compreendido entre os anos de 2003 e 2005, viagem à cidade de Washington D.C. em outubro de 2006, honorários profissionais e outros gastos.

593. O Estado afirmou que “os gastos e custas no âmbito interno que familiares da[s] vítima[s] puderam haver custeado, foram cobertos pelo Estado”. Além disso, afirmou que as custas e gastos que houvessem incorrido no âmbito internacional são desconhecidos do Estado. Apesar disso, o Estado considerou que se as mães de cada vítima houvessem participado em três ocasiões a reuniões na sede da Comissão, entre gastos de transporte e hospedagem, o montante a receber por cada uma chegaria a aproximadamente \$ 81.500.00 (oitenta e um mil e quinhentos pesos mexicanos). Finalmente, o Estado acrescentou que não pode reconhecer como vítimas do procedimento as organizações representantes das vítimas, de maneira que não podem obter a seu favor somas monetárias, já que somente as vítimas podem receber como reparação o reembolso de gastos, e que receber a quantia total de US\$ 284.498,00 (duzentos e oitenta e quatro mil, quatrocentos e noventa e oito dólares dos Estados Unidos da América) “resulta[ria] absurda e contrária à equidade, visto que e[ra] superior ao montante de compensação para cada uma das três vítimas no presente caso”.

594. O Tribunal esclarece que as custas e gastos, à diferença das medidas de indenização, não são concedidas a quem foi declarada vítima, porque as custas não são uma indenização. Dependendo das circunstâncias do caso, corresponde sua concessão à pessoa ou instituição que representou a vítima. O reembolso se justifica na necessidade de não gerar um prejuízo econômico para quem não cometeu a violação. O ônus corresponde ao Estado caso seja constatada sua responsabilidade internacional na matéria.

595. Os representantes das vítimas não apresentaram nenhum elemento probatório que comprovasse os gastos que foram alegados. A esse respeito, o Tribunal afirmou que "as pretensões das vítimas ou seus representantes em matéria de custas e gastos, e as provas que as sustentam, devem ser apresentadas à Corte no primeiro momento processual que lhes é concedido, isto é, no escrito de petições e argumentos, sem prejuízo de que tais pretensões sejam atualizadas em um momento posterior, em conformidade com as novas custas e gastos em que se tenha incorrido em razão do procedimento perante esta Corte".<sup>551</sup>

596. A Corte observa que o Estado fez um oferecimento de pagamento a título de gastos e custas na quantia de \$ 244.500,00 (duzentos e quarenta e quatro mil e quinhentos pesos mexicanos) a título de reuniões das mães das jovens Herrera, Ramos e González perante a Comissão Interamericana. Além disso, o Tribunal observa que os representantes não efetuaram nenhuma manifestação em relação à afirmação do Estado segundo a qual teriam sido cobertas as custas do foro interno. Entretanto, o Tribunal também adverte que os representantes das vítimas incorreram em gastos para assistir à audiência pública do caso realizada na cidade de Santiago, Chile, assim como gastos relativos ao exercício de sua representação legal, tais como a remissão de seus escritos, gastos de comunicação, entre outros, durante o processo perante este Tribunal. Levando em consideração o anterior e diante da falta de comprovantes destes gastos, determina, em equidade, que o Estado deve entregar a quantia de US\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil dólares dos Estados Unidos da América) às mães das jovens Herrera, Ramos e González que entregarão, se for o caso, a quantia que considerem adequada a seus representantes, a título de custas e gastos. Este montante inclui os gastos futuros em que possam incorrer durante a supervisão do cumprimento desta Sentença e deverá ser entregue dentro de um ano a partir da notificação da presente Sentença.

## 8. Modalidade de cumprimento dos pagamentos ordenados

597. O pagamento da indenização por dano material e imaterial e o reembolso de custas e gastos estabelecidos na presente Sentença serão feitos diretamente às pessoas indicadas na mesma, no prazo de um ano, contado a partir de sua notificação, considerando o indicado nos parágrafos 578 e 585 da mesma. Em caso de falecimento

<sup>551</sup> Cf. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez. Vs. Equador*, par. 275, nota 265 *supra*; *Caso Escher e outros Vs. Brasil*, par. 259, nota 46 *supra*, e *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*, par. 215, nota 9 *supra*.

de algum beneficiário com anterioridade ao pagamento das respectivas quantias, estas serão entregues a seus herdeiros, em conformidade com o direito interno aplicável.

598. O Estado deverá cumprir as obrigações monetárias por meio do pagamento em dólares dos Estados Unidos da América ou seu equivalente em moeda nacional, utilizando para o respectivo cálculo a taxa de câmbio que se encontre vigente na bolsa de Nova York, no dia anterior ao pagamento.

599. Se por causas atribuíveis aos beneficiários das indenizações ou a seus herdeiros não for possível o pagamento das quantias determinadas dentro do prazo indicado, o Estado consignará este montante a seu favor em uma conta ou certificado de depósito em uma instituição financeira mexicana idônea, e nas condições financeiras mais favoráveis que permitam a legislação e a prática bancária. Se depois de 10 anos o montante designado não for reivindicado, as quantias serão devolvidas ao Estado com os juros acumulados.

600. As quantias designadas na presente Sentença sob o conceito de indenizações e reembolso de custas e gastos não poderão ser afetadas ou condicionadas por motivos fiscais atuais ou futuros. Portanto, deverão ser entregues aos beneficiários de forma íntegra em conformidade com o estabelecido nesta Sentença.

601. Caso o Estado incorra em demora, deverá pagar juros sobre a quantia devida, correspondente ao juro bancário moratório no México.

## X

### PONTOS RESOLUTIVOS

602. Portanto,

#### A CORTE

#### DECIDE,

por unanimidade,

1. Aceitar parcialmente a exceção preliminar interposta pelo Estado, em conformidade com os parágrafos 31 e 80 da presente Sentença e, portanto, declarar que: i) tem competência contenciosa em razão da matéria para conhecer de alegadas violações ao artigo 7 da Convenção de Belém do Pará, e ii) não tem competência contenciosa em razão da matéria para conhecer de supostas violações aos artigos 8 e 9 deste instrumento internacional.

2. Aceitar o reconhecimento parcial de responsabilidade internacional efetuado pelo Estado, nos termos dos parágrafos 20 a 30 da presente Sentença.

## **DECLARA,**

por unanimidade, que,

3. Não pode atribuir ao Estado responsabilidade internacional por violações aos direitos substantivos consagrados nos artigos 4 (Direito à Vida), 5 (Direito à Integridade Pessoal) e 7 (Direito à Liberdade Pessoal) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, derivadas do descumprimento da obrigação de respeito contida no artigo 1.1 da mesma, em conformidade com os parágrafos 238 a 242 desta Sentença.

4. O Estado violou os direitos à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal, reconhecidos nos artigos 4.1, 5.1, 5.2 e 7.1 da Convenção Americana, em relação à obrigação geral de garantia contemplada no artigo 1.1 e à obrigação de adotar disposições de direito interno contemplada no artigo 2 da mesma, bem como às obrigações contempladas no artigo 7.b e 7.c da Convenção de Belém do Pará, em detrimento de Claudia Ivette González, Laura Berenice Ramos Monárrez e Esmeralda Herrera Monreal, nos termos dos parágrafos 243 a 286 da presente Sentença.

5. O Estado descumpriu seu dever de investigar e, com isso, seu dever de garantir os direitos à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal, consagrados nos artigos 4.1, 5.1, 5.2 e 7.1 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 da mesma e com o artigo 7.b e 7.c da Convenção de Belém do Pará, em detrimento de Claudia Ivette González, Laura Berenice Ramos Monárrez e Esmeralda Herrera Monreal. Pelos mesmos motivos, o Estado violou os direitos de acesso à justiça e à proteção judicial, consagrados nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 da mesma e 7.b e 7.c da Convenção de Belém do Pará, em detrimento de: Irma Monreal Jaime, Benigno Herrera Monreal, Adrián Herrera Monreal, Juan Antonio Herrera Monreal, Cecilia Herrera Monreal, Zulema Montijo Monreal, Erick Montijo Monreal, Juana Ballín Castro, Irma Josefina González Rodríguez, Mayela Banda González, Gema Iris González, Karla Arizbeth Hernández Banda, Jacqueline Hernández, Carlos Hernández Llamas, Benita Monárrez Salgado, Claudia Ivonne Ramos Monárrez, Daniel Ramos Monárrez, Ramón Antonio Aragón Monárrez, Claudia Dayana Bermúdez Ramos, Itzel Arely Bermúdez Ramos, Paola Alexandra Bermúdez Ramos e Atziri Geraldine Bermúdez Ramos, em conformidade com os parágrafos 287 a 389 da presente Sentença.

6. O Estado violou o dever de não discriminação contido no artigo 1.1 da Convenção Americana, em relação ao dever de garantia dos direitos à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal, consagrados nos artigos 4.1, 5.1, 5.2 e 7.1 de este tratado, em detrimento de Laura Berenice Ramos Monárrez, Esmeralda Herrera Monreal e Claudia Ivette González; bem como em relação ao acesso à justiça, consagrado nos artigos 8.1 e 25.1 da mencionada Convenção, em detrimento de Irma Monreal Jaime, Benigno Herrera Monreal, Adrián Herrera Monreal, Juan Antonio Herrera Monreal, Cecilia Herrera Monreal, Zulema Montijo Monreal, Erick Montijo Monreal, Juana Ballín Castro, Irma Josefina González Rodríguez, Mayela Banda González, Gema Iris González,

Karla Arizbeth Hernández Banda, Jacqueline Hernández, Carlos Hernández Llamas, Benita Monárrez Salgado, Claudia Ivonne Ramos Monárrez, Daniel Ramos Monárrez, Ramón Antonio Aragón Monárrez, Claudia Dayana Bermúdez Ramos, Itzel Arely Bermúdez Ramos, Paola Alexandra Bermúdez Ramos e Atziri Geraldine Bermúdez Ramos, nos termos dos parágrafos 390 a 402 da presente Sentença.

7. O Estado violou os direitos da criança, consagrados no artigo 19 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 da mesma, em detrimento das meninas Esmeralda Herrera Monreal e Laura Berenice Ramos Monárrez, em conformidade com os parágrafos 403 a 411 da presente Sentença.

8. O Estado violou o direito à integridade pessoal, consagrado no artigo 5.1 e 5.2 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 da mesma, pelos sofrimentos causados a Irma Monreal Jaime, Benigno Herrera Monreal, Adrián Herrera Monreal, Juan Antonio Herrera Monreal, Cecilia Herrera Monreal, Zulema Montijo Monreal, Erick Montijo Monreal, Juana Ballín Castro, Irma Josefina González Rodríguez, Mayela Banda González, Gema Iris González, Karla Arizbeth Hernández Banda, Jacqueline Hernández, Carlos Hernández Llamas, Benita Monárrez Salgado, Claudia Ivonne Ramos Monárrez, Daniel Ramos Monárrez, Ramón Antonio Aragón Monárrez, Claudia Dayana Bermúdez Ramos, Itzel Arely Bermúdez Ramos, Paola Alexandra Bermúdez Ramos e Atziri Geraldine Bermúdez Ramos, nos termos dos parágrafos 413 a 424 da presente Sentença.

9. O Estado violou o direito à integridade pessoal, consagrado no artigo 5.1 e 5.2 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 da mesma, pelos atos de perseguição que sofreram Adrián Herrera Monreal, Benita Monárrez Salgado, Claudia Ivonne Ramos Monárrez, Daniel Ramos Monárrez, Ramón Antonio Aragón Monárrez, Claudia Dayana Bermúdez Ramos, Itzel Arely Bermúdez Ramos, Paola Alexandra Bermúdez Ramos e Atziri Geraldine Bermúdez Ramos, nos termos dos parágrafos 425 a 440 da presente Sentença.

10. O Estado não violou o direito à proteção da honra e da dignidade, consagrado no artigo 11 da Convenção Americana, nos termos dos parágrafos 441 a 445 da presente Sentença.

## **E, DISPÕE**

por unanimidade, que,

11. Esta Sentença constitui, *per se*, uma forma de reparação.

12. O Estado deverá, em conformidade com os parágrafos 452 a 455 desta Sentença, conduzir eficazmente o processo penal em curso e, se for o caso, os que chegarem a ser abertos, para identificar, processar e, se for o caso, punir os responsáveis materiais e intelectuais pelo desaparecimento, maus-tratos e privação da vida das jovens González, Herrera e Ramos, em conformidade com as seguintes diretrizes:



- i) deverão ser removidos todos os obstáculos *de jure ou de facto* que impeçam a devida investigação dos fatos e o desenvolvimento dos respectivos processos judiciais, e deverão ser usados todos os meios disponíveis para fazer com que as investigações e processos judiciais sejam expeditos a fim de evitar a repetição de fatos iguais ou análogos aos do presente caso;
- ii) a investigação deverá incluir uma perspectiva de gênero; empreender linhas de investigação específicas em relação à violência sexual, para o que devem ser incluídas as linhas de investigação sobre os padrões respectivos na região; deve ser realizada em conformidade com os protocolos e manuais que cumpram as diretrizes desta Sentença; deve ser fornecida informação regularmente aos familiares das vítimas sobre os avanços na investigação e dar-lhes pleno acesso aos autos, e deve ser realizada por funcionários altamente capacitados em casos similares e em atenção a vítimas de discriminação e violência por razão de gênero;
- iii) deverá ser assegurado que os distintos órgãos que participem no procedimento de investigação e nos processos judiciais contem com os recursos humanos e materiais necessários para desempenhar as tarefas de maneira correta, independente e imparcial, e que as pessoas que participem na investigação contem com as devidas garantias de segurança, e
- iv) os resultados dos processos deverão ser divulgados publicamente para que a sociedade mexicana conheça os fatos objeto do presente caso.

13. O Estado deverá, dentro de um prazo razoável, investigar, por meio das instituições públicas competentes, os funcionários acusados de irregularidades e, depois de um devido processo, aplicar as sanções administrativas, disciplinares ou penais correspondentes aos que forem considerados responsáveis, em conformidade com o exposto nos parágrafos 456 a 460 desta Sentença.

14. O Estado deverá realizar, dentro de um prazo razoável, as investigações correspondentes e, se for o caso, punir os responsáveis pelas perseguições de que foram objeto Adrián Herrera Monreal, Benita Monárrez Salgado, Claudia Ivonne Monárrez, Daniel Ramos Monárrez, Ramón Antonio Aragón Monárrez, Claudia Dayana Bermúdez Ramos, Itzel Arely Bermúdez Ramos, Paola Alexandra Bermúdez Ramos e Atziri Geraldine Bermúdez Ramos, em conformidade com o exposto nos parágrafos 461 e 462 desta Sentença.

15. O Estado deverá, no prazo de seis meses a partir da notificação da presente Sentença, publicar no Diário Oficial da Federação, em um jornal de ampla circulação

nacional e em um jornal de ampla circulação no Estado de Chihuahua, por uma única vez, os parágrafos 113 a 136, 146 a 168, 171 a 181, 185 a 195, 198 a 209 e 212 a 221 desta Sentença e os pontos resolutivos da mesma, sem as notas de rodapé correspondentes. Adicionalmente, o Estado deverá, dentro do mesmo prazo, publicar a presente Sentença integralmente em um sítio web oficial do Estado. Tudo isso em conformidade com o parágrafo 468 desta Sentença.

16. O Estado deverá, no prazo de um ano a partir da notificação desta Sentença, realizar um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional em relação aos fatos do presente caso, em honra à memória de Laura Berenice Ramos Monárrez, Esmeralda Herrera Monreal e Claudia Ivette González, nos termos dos parágrafos 469 e 470 da presente Sentença.

17. O Estado deverá, no prazo de um ano a partir da notificação desta Sentença, erigir um monumento em memória das mulheres vítimas de homicídio por razões de gênero em Ciudad Juárez, nos termos dos parágrafos 471 e 472 da presente Sentença. O monumento será revelado na mesma cerimônia na qual o Estado reconheça publicamente sua responsabilidade internacional, em cumprimento do ordenado no ponto resolutivo anterior.

18. O Estado deverá, em um prazo razoável, continuar com a padronização de todos os seus protocolos, manuais, critérios de investigação, serviços periciais e de aplicação de justiça, utilizados para investigar todos os crimes que sejam relacionados a desaparecimentos, violência sexual e homicídios de mulheres, em conformidade com o Protocolo de Istambul, o Manual sobre a Prevenção e Investigação Efetiva de Execuções Extrajudiciais, Arbitrárias e Sumárias das Nações Unidas e os padrões internacionais de busca de pessoas desaparecidas, com base em uma perspectiva de gênero, em conformidade com o disposto nos parágrafos 497 a 502 desta Sentença. A esse respeito, deverá ser apresentado um relatório anual durante três anos.

19. O Estado deverá, em um prazo razoável e de conformidade com os parágrafos 503 a 506 desta Sentença, adequar o Protocolo Alba, ou, na sua falta, implementar um novo dispositivo análogo, em conformidade com as seguintes diretrizes, devendo apresentar um relatório anual durante três anos:

- i) implementar buscas de ofício e sem nenhuma demora, quando se apresentem casos de desaparecimento, como uma medida dirigida a proteger a vida, liberdade pessoal e a integridade pessoal da pessoa desaparecida;
- ii) estabelecer um trabalho coordenado entre diferentes corpos de segurança para encontrar o paradeiro da pessoa;
- iii) eliminar qualquer obstáculo de fato ou de direito que reduza a efetividade da busca ou que torne impossível seu início, como exigir investigações ou procedimentos preliminares;
- iv) designar os recursos humanos, econômicos, logísticos,

científicos ou de qualquer natureza que sejam necessários para o êxito da busca;

v) confrontar o relatório de desaparecimento com a base de dados de pessoas desaparecidas referida nos parágrafos 509 a 512 *supra*, e

vi) priorizar as buscas em áreas onde razoavelmente seja mais provável encontrar a pessoa desaparecida sem rejeitar arbitrariamente outras possibilidades ou áreas de busca. Todo o anterior deverá ser ainda mais urgente e rigoroso quando a desaparecida for uma criança.

20. O Estado deverá criar, em um prazo de seis meses a partir da notificação desta Sentença, um site que deverá ser atualizado permanentemente e terá a informação pessoal necessária de todas as mulheres, jovens e meninas que desapareceram em Chihuahua desde 1993 e que continuam desaparecidas. Este site deverá permitir que qualquer indivíduo se comunique por qualquer meio com as autoridades, inclusive de maneira anônima, a fim de proporcionar informação relevante sobre o paradeiro da mulher ou da menina desaparecida ou, se for o caso, de seus restos mortais, em conformidade com os parágrafos 507 e 508 desta Sentença.

21. O Estado deverá, dentro do prazo de um ano a partir da notificação desta Sentença e em conformidade com os parágrafos 509 a 512 da mesma, criar ou atualizar uma base de dados que contenha:

i) a informação pessoal disponível de mulheres e meninas desaparecidas no âmbito nacional;

ii) a informação pessoal que seja necessária, principalmente genética e amostras celulares, dos familiares das pessoas desaparecidas que consintam – ou que assim o ordene um Juiz – que o Estado armazene esta informação pessoal unicamente com o objetivo de localizar a pessoa desaparecida, e

iii) a informação genética e amostras celulares provenientes dos corpos de qualquer mulher ou menina não identificada que seja privada da vida no Estado de Chihuahua.

22. O Estado deve continuar implementando programas e cursos permanentes de educação e capacitação em direitos humanos e gênero; perspectiva de gênero para a devida diligência na condução de investigações prévias e processos judiciais relacionados com discriminação, violência e homicídios de mulheres por razões de gênero, e superação de estereótipos sobre o papel social das mulheres dirigidos a funcionários públicos nos termos dos parágrafos 531 a 542 da presente Sentença. O

Estado deverá informar anualmente, durante três anos, sobre a implementação dos cursos e capacitações.

23. O Estado deverá, dentro de um prazo razoável, realizar um programa de educação destinado à população em geral do Estado de Chihuahua, com o fim de superar esta situação. Para esse fim, o Estado deverá apresentar um relatório anual durante três anos, no qual indique as ações que foram realizadas para tal fim, nos termos do parágrafo 543 da presente Sentença.

24. O Estado deve oferecer atendimento médico, psicológico ou psiquiátrico gratuito, de forma imediata, correta e efetiva, através de instituições estatais especializadas de saúde, a Irma Monreal Jaime, Benigno Herrera Monreal, Adrián Herrera Monreal, Juan Antonio Herrera Monreal, Cecilia Herrera Monreal, Zulema Montijo Monreal, Erick Montijo Monreal, Juana Ballín Castro, Irma Josefina González Rodríguez, Mayela Banda González, Gema Iris González, Karla Arizbeth Hernández Banda, Jacqueline Hernández, Carlos Hernández Llamas, Benita Monárrez Salgado, Claudia Ivonne Ramos Monárrez, Daniel Ramos Monárrez, Ramón Antonio Aragón Monárrez, Claudia Dayana Bermúdez Ramos, Itzel Arely Bermúdez Ramos, Paola Alexandra Bermúdez Ramos e Atziri Geraldine Bermúdez Ramos, se estes assim o desejam, nos termos dos parágrafos 544 a 549 esta Sentença.

25. O Estado deverá, dentro do prazo de um ano a partir da notificação desta Sentença, pagar as quantias fixadas nos parágrafos 565, 566, 577, 586 e 596 da presente Sentença a título de indenizações e compensações por danos materiais e imateriais e o reembolso de custas e gastos, segundo corresponda, sob as condições e nos termos dos parágrafos 597 a 601 da presente Sentença.

26. A Corte supervisionará o cumprimento íntegro desta Sentença, em exercício de suas atribuições e em cumprimento de seus deveres em conformidade com a Convenção Americana, e dará por concluído o presente caso uma vez que o Estado tenha dado cabal cumprimento ao disposto na mesma. Dentro do prazo de um ano contado a partir da notificação desta Sentença o Estado deverá apresentar ao Tribunal um relatório sobre as medidas adotadas para dar-lhe cumprimento.

A Juíza Cecilia Medina Quiroga e o Juiz Diego García-Sayán informaram à Corte seus Votos Concorrentes, os quais acompanham a presente Sentença.

Redigida em espanhol e inglês, fazendo fé o texto em espanhol, em San José, Costa Rica, em 16 de novembro de 2009.

**CECILIA MEDINA QUIROGA**

Presidenta

**DIEGO GARCÍA-SAYÁN**

MANUEL E. VENTURA ROBLES

MARGARETTE MAY MACAULAY

RHADYS ABREU BLONDET

ROSA MARÍA ÁLVAREZ GONZÁLEZ

*Juíza Ad Hoc*

PABLO SAAVEDRA ALESSANDRI

Secretário

Comunique-se e execute-se,

CECILIA MEDINA QUIROGA

Presidenta

PABLO SAAVEDRA ALESSANDRI

Secretário

**VOTO CONCORRENTE DO JUIZ DIEGO GARCIA-SAYAN EM RELAÇÃO À SENTENÇA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CASO GONZÁLES E OUTRAS ("CAMPO ALGODOEIRO") VS. MÉXICO, DE 16 DE NOVEMBRO DE 2009**

1. A violência contra a mulher é um drama com várias dimensões e expressões. É, sem dúvida, uma das manifestações persistentes de discriminação mais generalizadas no mundo, que se reflete em um leque que vai de expressões sutis e veladas até situações cruéis e violentas. Dentro desta última categoria se encontra obviamente a violência contra a mulher em Ciudad Juárez, da que foram vítimas Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal e Laura Berenice Ramos Monárrez e a que se refere esta Sentença proferida no Caso González e outras ("Campo Algodoeiro") Vs. México (doravante denominada "a Sentença"). Como o disse a Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada "a Corte Interamericana", "a Corte" ou "o Tribunal") na Sentença, os fatos descritos foram influenciados "por uma cultura de

discriminação contra a mulher” (par. 164). Essa cultura “incidiu tanto nos motivos como na modalidade dos crimes, bem como na resposta das autoridades frente a estes” (par. 164). Expressão disso, em conformidade com a Sentença, são “as respostas ineficientes e as atitudes indiferentes documentadas em relação à investigação destes crimes” (par. 164) sobre as quais a Corte estabeleceu a responsabilidade internacional do Estado.

2. Em relação aos fatos de violência contra as mulheres em Ciudad Juárez, o Tribunal se pergunta na Sentença se os atos perpetrados contra as vítimas, que terminaram com a morte das jovens González, Herrera Monreal e Ramos Monárrez, são atribuíveis ao Estado (par. 231). A Corte estabeleceu que carecia de elementos para concluir que os perpetradores houvessem sido agentes estatais (par. 242) e concentrou seu raciocínio na eventual responsabilidade do Estado por omissão no cumprimento de seu dever de garantia.

3. O tema do dever de prevenção foi tratado pela justiça internacional, em geral, e por esta Corte, em particular, com enfoques claros dentro da indubitável complexidade do problema. A jurisprudência do Tribunal estabeleceu critérios precisos e fundamentais sobre o dever de prevenção. Esses critérios são mais específicos, certamente, quando se trata de pessoas que se encontram sob custódia do Estado, como é o caso de um centro onde se encontravam menores presos<sup>552</sup> ou situações nas quais o Estado se encontra em posição especial de garante como é o caso de uma comunidade indígena deslocada por haver sido vítima do despojo de suas terras.<sup>553</sup>

4. Em situações mais “definidas” como as que se apresentaram nos casos *Ximenes Lopes Vs. Brasil* ou *Yakye Axa Vs. Paraguai*, os critérios do Tribunal foram, de fato, mais específicos, pois se referem a grupos humanos que ocupavam espaços que se encontravam sob custódia do Estado dadas as características específicas dos problemas em cada caso. No Caso *Ximenes Lopes*, a Corte estabeleceu que, no caso de pessoas com uma deficiência mental e que se encontravam sob a custódia ou cuidado do Estado,<sup>554</sup> este tinha responsabilidade internacional ao haver descumprido “seu dever de cuidar e de prevenir a violação da vida e da integridade pessoal, bem como seu dever de regular e fiscalizar o atendimento médico de saúde, o que constituem deveres especiais derivados da obrigação de garantir os direitos consagrados nos artigos 4 e 5 da Convenção Americana”.<sup>555</sup> No Caso *Yakye Axa*, por sua vez, ao se tratar de uma comunidade indígena deslocada de seu território, composta por um grupo identificável de famílias e que se encontrava temporariamente em condições muito precárias em uma área limítrofe a uma estrada, a Corte determinou que o Estado tinha “o dever de adotar medidas positivas, concretas e orientadas à satisfação do direito a uma vida digna”.<sup>556</sup>

<sup>552</sup> Cf. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 4 de julho de 2006. Série C N° 149.

<sup>553</sup> Cf. *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai. Mérito Reparaciones e Custas*. Sentença 17 de junho de 2005. Série C N° 125.

<sup>554</sup> Cf. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*, par. 138, nota 1 *supra*.

<sup>555</sup> Cf. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*, par. 146, nota 1 *supra*.

<sup>556</sup> Cf. *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai*, par. 162, nota 2 *supra*

5. Tanto o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (doravante denominado "o Tribunal Europeu") como a Corte Interamericana foram estabelecendo critérios precisos e rigorosos para definir o "dever de prevenção" dentro de marcos situacionais mais amplos e gerais. O Tribunal Europeu adotou a esse respeito decisões desde 1998 através das quais é analisada a complexidade do tema do dever de prevenção e são enumerados alguns critérios específicos para defini-lo. Assim, no Caso *Osman Vs. Reino Unido* o Tribunal Europeu estabeleceu uma aproximação cautelosa para definir o dever de prevenção mencionando alguns critérios específicos, reiterados em posteriores e mais recentes decisões desse mesmo tribunal:<sup>557</sup>

Levando em consideração as dificuldades que implicam o planejamento e adoção de políticas públicas nas sociedades modernas, para o Tribunal, a imprevisibilidade da conduta humana e as opções de caráter operativo que devem ser tomadas em função das prioridades e dos recursos disponíveis, essa obrigação positiva deve ser interpretada de forma que não imponha às autoridades uma carga impossível ou desproporcional. [...] Na opinião do Tribunal, quando haja uma alegação de que as autoridades violaram sua obrigação positiva de proteger o direito à vida [...], deve ser estabelecido com clareza que no momento dos fatos as autoridades sabiam, ou deviam saber, da existência de um risco real e imediato para a vida de um indivíduo ou indivíduos identificados como vítimas de atos criminais de terceiros, e que tais autoridades não tomaram as medidas dentro do alcance de suas atribuições que, apreciadas razoavelmente, podiam ser esperadas para evitar este risco.<sup>558</sup>

6. O Tribunal Europeu, pois, põe ênfase na dificuldade de garantir a ordem pública, na imprevisibilidade da conduta humana e na vastidão de opções operacionais para determinar prioridades e designação de recursos, derivando disso a conclusão de que a obrigação de prevenir não pode ser interpretada em um sentido que imponha uma carga impossível ou desproporcional ao Estado. Nessa perspectiva, enfatiza a obrigação de dar os "passos apropriados" para proteger a vida das pessoas que estejam

<sup>557</sup> Por exemplo, *European Court of Human Rights, Case Kilic v. Turkey (Application N° 22492/93) Judgment Strasbourg, 28 March 2000, par. 63*. Cf. *Case of Opuz v. Turkey (Application N° 33401/02), Judgment Strasbourg, 9 June 2009, para. 129*.

<sup>558</sup> Cf. *Case of Osman v. The United Kingdom (87/1997/871/1083). Judgment Strasbourg, 28 October 1998, para. 116*. Texto original e oficial:

*For the Court, and bearing in mind the difficulties involved in policing modern societies, the unpredictability of human conduct and the operational choices which must be made in terms of priorities and resources, such an obligation must be interpreted in a way which does not impose an impossible or disproportionate burden on the authorities. [...] In the opinion of the Court where there is an allegation that the authorities have violated their positive obligation to protect the right to life [...] it must be established to its satisfaction that the authorities knew or ought to have known at the time of the existence of a real and immediate risk to the life of an identified individual or individuals from the criminal acts of a third party and that they failed to take measures within the scope of their powers which, judged reasonably, might have been expected to avoid that risk.*

sob sua jurisdição<sup>559</sup> o que supõe implementar normas penais corretas para dissuadir o cometimento de crimes que estejam respaldados por um maquinário de aplicação da lei em matéria de prevenção, repressão e sanção.<sup>560</sup> Em “algumas circunstâncias bem definidas”<sup>561</sup> esta obrigação pode implicar, inclusive, a obrigação positiva das autoridades de tomar medidas operacionais preventivas para proteger um indivíduo cuja vida se encontre sob risco de sofrer atos criminais por parte de outro indivíduo.

7. Em linha e em consonância com a jurisprudência do Tribunal Europeu, esta Corte Interamericana construiu seus próprios critérios jurisprudenciais sobre o dever de prevenção. Um conceito que a Corte mencionou - e reiterou - desde o Caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras* na jurisprudência fundacional do Tribunal em 1988 é que o Estado possui a obrigação de prevenir “razoavelmente” as violações dos direitos humanos.<sup>562</sup> Em casos mais recentes, a Corte estabeleceu quais são os componentes para definir e precisar o conteúdo do “dever de prevenção” em linha com decisões do Tribunal Europeu, como as citadas.

8. No Caso *Pueblo Bello Vs. Colômbia*, o Tribunal estabeleceu critérios claros através de conceitos que foram reiterados depois nos Casos da *Comunidade Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguai*<sup>563</sup> e em *Valle Jaramillo e outros Vs. Colômbia*.<sup>564</sup> Assim, no Caso *Pueblo Bello* a Corte estabeleceu que:

[. . .] para a Corte, é claro que um Estado não pode ser responsável por qualquer violação de direitos humanos cometida entre particulares dentro de sua jurisdição. De fato, o caráter *erga omnes* das obrigações convencionais de garantia a cargo dos Estados não implica uma responsabilidade ilimitada dos Estados frente a qualquer ato ou fato de particulares, pois seus deveres de adotar medidas de prevenção e proteção dos particulares em suas relações entre si se encontram condicionados ao conhecimento de uma situação de risco real e imediato para um indivíduo ou grupo de indivíduos determinado e às possibilidades razoáveis de prevenir ou evitar esse risco. Ou seja, ainda que um ato, omissão ou fato de um particular tenha como consequência jurídica a violação de determinados direitos humanos de outro particular, este não é automaticamente atribuível ao Estado, pois deve-se atender as circunstâncias particulares do caso e a concretização destas obrigações de garantia”.<sup>565</sup>

<sup>559</sup> Cf. *Case of Osman v. The United Kingdom*, par. 115, nota 7 *supra*.

<sup>560</sup> Cf. *Case of Osman v. The United Kingdom*, par. 115, nota 7 *supra*.

<sup>561</sup> Cf. *Case of Osman v. The United Kingdom*, par. 115, nota 7 *supra*.

<sup>562</sup> Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Exceções Preliminares*. Sentença de 26 de junho de 1987. Série C N° 1, par. 174.

<sup>563</sup> Cf. *Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguai. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 29 de março de 2006. Série C N° 146, par. 155.

<sup>564</sup> Cf. *Caso Valle Jaramillo e outros Vs. Colômbia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 27 de novembro de 2008. Série C N° 192, par. 78.

<sup>565</sup> Cf. *Caso do Massacre de Pueblo Bello Vs. Colômbia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de janeiro de 2006. Série C N° 140, par. 123.



9. A Corte estabeleceu, pois, que não existe "uma responsabilidade ilimitada dos Estados frente a qualquer ato ou fato de particulares"<sup>566</sup> e que o dever de prevenção tem – em linhas gerais e fora das situações especiais nas quais o Estado tenha uma posição especial de garante – três componentes que devem concorrer: 1) o "conhecimento de uma situação de risco real e imediato"; 2) "um indivíduo ou grupo de indivíduos determinado", e 3) "possibilidades razoáveis de prevenir ou evitar esse risco".<sup>567</sup> Esses conceitos foram apontados para se referir ao "risco real e imediato" nos Casos *Ríos e outros Vs. Venezuela*<sup>568</sup> e *Perozo e outros Vs. Venezuela*.<sup>569</sup>

10. Ao resolver o presente caso, a Corte recordou o já determinado no caso *Velásquez Rodríguez* sobre a obrigação de prevenir "razoavelmente" (par. 236) e reiterou os três critérios integrantes do dever de prevenção estabelecidos na jurisprudência desta Corte e do Tribunal Europeu e recapitulados no parágrafo anterior.

11. O Tribunal concluiu neste caso, assim, que a ausência de uma política geral que devia haver sido iniciada em 1998 é uma falta do Estado no cumprimento geral de seu dever de prevenção (par. 282). Esta "política geral" pode ser interpretada fazendo uso dos critérios estabelecidos pelo Tribunal Europeu no Caso *Osman Vs. Reino Unido*, no sentido da necessidade de uma política de segurança pública orientada à prevenção, perseguição e sanção de crimes, como aqueles contra mulheres que se conhecia que vinham sendo cometidos em Ciudad Juárez, pelo menos desde esse ano, quando a Comissão Nacional de Direitos Humanos (ente federal) advertiu sobre o padrão de violência contra a mulher nessa localidade.

12. Simultaneamente, a Corte determina, entretanto, que "não foi estabelecido que [o Estado] tinha conhecimento de um risco real e imediato para as vítimas deste caso" (par. 282) antes de seu sequestro e desaparecimento. Distinto é o tratamento que faz o Tribunal no que a Sentença chama o "segundo momento", que é desde quando o Estado sim teve conhecimento sobre o risco "real e imediato" sobre um "grupo de indivíduos determinado", quando as três vítimas identificadas desapareceram, apresentando-se, assim, o perigo concreto e específico de que elas fossem estupradas e privadas da vida, frente ao que o Estado "não demonstrou ter adotado as medidas razoáveis, em conformidade com as circunstâncias que cercavam os casos, para encontrar as vítimas com vida" (par. 284).

13. Ao reiterar sua jurisprudência na matéria sobre o "dever de prevenção", a Corte enfatizou as características e componentes fundamentais deste dever de garantia, bem como as características e níveis da responsabilidade internacional do Estado. Assim, aparece a combinação de uma obrigação de elaborar e pôr em prática o que nesta Sentença se denomina "uma política geral" de segurança pública com seus

<sup>566</sup> Cf. *Caso do Massacre de Pueblo Bello Vs. Colômbia*, par. 123, nota 14 *supra*.

<sup>567</sup> Cf. *Caso do Massacre de Pueblo Bello Vs. Colômbia*, par. 123, nota 14 *supra*.

<sup>568</sup> Cf. *Caso Ríos e outros Vs. Venezuela. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 28 de janeiro de 2009. Série C N° 194, par. 110.

<sup>569</sup> Cf. *Caso Perozo e outros Vs. Venezuela. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 28 de janeiro de 2009. Série C N° 195, par. 121.

respectivos espaços de prevenção e persecução penal, entendendo as dificuldades em qualquer contexto e, pior ainda, em contextos de criminalidade ampla e generalizada.

14. Mas, simultaneamente, a Corte estabelece os componentes específicos do dever de prevenção para casos determinados em uma perspectiva que contribui a que não se diluam os critérios para determinar a responsabilidade internacional do Estado confundindo-a, eventualmente, com o crime comum. Isso facilita que não se diluam e evaporem conceitos fundamentais como os de “violação de direitos humanos” ou “responsabilidade internacional dos Estados” ou que se confundam com fatos muito graves, certamente, mas juridicamente diferentes e distinguíveis como a atividade criminal de indivíduos. Os componentes do dever de prevenção reiterados nesta Sentença, desta forma, ajudam a prevenir que no dia de amanhã os atos criminais de um indivíduo possam ser confundidos com os deveres internacionais do Estado.

15. Os Estados estão obrigados a estabelecer políticas gerais de ordem pública que protejam a população da violência delinquencial. Esta obrigação tem prioridade progressiva e decidida dado o contexto de crescente criminalidade na maioria dos países da região. Mas disso não se deriva, como se diz com clareza nesta Sentença, que exista “uma responsabilidade ilimitada dos Estados frente a qualquer ato ou fato de particulares” (par. 280) já que as medidas de prevenção sobre as quais o Estado pode ser declarado internacionalmente responsável têm as características e componentes que a jurisprudência desta Corte desenvolveu e que se reiteram nesta Sentença.

DIEGO GARCÍA-SAYÁN

Juiz

PABLO SAAVEDRA ALESSANDRI

Secretário

**VOTO CONCORRENTE DA JUÍZA CECILIA MEDINA QUIROGA  
EM RELAÇÃO À SENTENÇA DA CORTE INTERAMERICANA DE  
DIREITOS HUMANOS NO CASO GONZÁLEZ E OUTRAS (“CAMPO  
ALGODOEIRO”) VS. MÉXICO, DE 16 DE NOVEMBRO DE 2009**

1. Mesmo quando concordo com a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “Corte” ou “Tribunal”) neste caso, no sentido de que existe uma violação do artigo 5.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante denominada “Convenção Americana” ou “Convenção”), não concordo com o fato de que a Corte não tenha qualificado como tortura as ações perpetradas contra as vítimas.

2. Sob um ponto de vista prático-jurídico, não há maiores diferenças em qualificar ou não uma conduta como tortura. Tanto a tortura como os tratamentos

cruéis, desumanos ou degradantes são violações de um direito humano e todos estes atos são regulamentados praticamente da mesma maneira. Sem prejuízo disso, a Corte não vacilou em outros casos em qualificar uma conduta como tortura, frequentemente sem mencionar as razões pelas quais o fez, e se observa que o elemento principal é o da severidade da ação e como a mesma afeta a vítima. É a conduta, em geral, a que determina a distinção entre tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. A razão de qualificar um ato como tortura obedece ao maior estigma em designá-lo em relação a outros, também incompatíveis com o artigo 5.2 da Convenção.

3. A Corte decidiu explicitar os requisitos que eram exigidos para a ocorrência de tortura no *Caso Bueno Alves Vs. Argentina*, entendendo que se está diante de um ato constitutivo de tortura quando o maltrato é: a) intencional; b) cause severos sofrimentos físicos ou mentais, e c) seja cometido com determinado fim ou propósito.<sup>570</sup> Se analisamos estes três elementos veremos que o primeiro e o terceiro podem se encontrar presentes em outros tratamentos incompatíveis com o artigo 5.2 da Convenção. A intencionalidade se refere à consciência do sujeito de que está realizando um ato que irá causar um sofrimento ou um sentimento de humilhação e o propósito se refere às razões pelas quais o executa: dominação, discriminação, sadismo, alcance de alguma ação ou omissão da vítima ou outros. Ambos os elementos podem existir nos tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Portanto, o que realmente distingue a tortura de outros tratamentos, nos termos em que foi formulado pela Corte no *Caso Bueno Alves*, é a severidade do sofrimento físico ou mental.

4. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (doravante denominado "Tribunal Europeu") adotou precisamente essa posição. Nesse sentido, no *Caso Irlanda Vs. Reino Unido* decidiu que a tortura se refere a "um tratamento desumano que causa sofrimento muito sério e cruel".<sup>571</sup>

5. A Observação Geral 20 ao Artigo 7 do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (doravante denominado "o Pacto"), do Comitê de Direitos Humanos,<sup>572</sup> sustenta que a distinção entre as diferentes formas de tratamento a que faz referência o Pacto "depende da classe, propósito e severidade do tratamento particular."<sup>573</sup> Esse mesmo Comitê não fez distinções entre os diversos tipos de conduta quando argumentou na Observação indicada que:

A finalidade das disposições do artigo 7 do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos é proteger a dignidade e a integridade física e mental da pessoa. O Estado Parte tem o dever de oferecer a toda

<sup>570</sup> Cf. *Caso Bueno Alves Vs. Argentina. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 11 de maio de 2007. Série C N° 164, par. 79, e *Caso Bayarri Vs. Argentina. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 30 de outubro de 2008. Série C N° 187, par. 81.

<sup>571</sup> Cf. *European Court of Human Rights, Case of Ireland v. The United Kingdom, (Application N° 5310/71) Judgment Strasbourg, 18 January 1978*, para. 167.

<sup>572</sup> Cf. *General Comment N° 20: Replaces general comment concerning prohibition of torture and cruel treatment or punishment (Art. 7): 10/03/92 CCPR General Comment N° 20*.

<sup>573</sup> Cf. *General Comment N° 20*, par. 4, nota 3 *supra*.

pessoa, por meio das medidas legislativas e de outra natureza, a proteção necessária contra os atos proibidos pelo artigo 7, sejam infligidos por pessoas que atuem no desempenho de suas funções oficiais, à margem destas funções ou inclusive a título privado.<sup>574</sup>

6. O Tribunal Europeu tampouco fez qualquer distinção no recente Caso *Opuz Vs. Turquia*,<sup>575</sup> no qual argumentou:

Em relação à questão de se o Estado pode ser considerado responsável, sob o artigo 3, pelos maus-tratos infligidos a pessoas por parte de atores não estatais, a Corte recorda que a obrigação dos Estados Partes conforme o artigo 1 da Convenção, de assegurar a toda pessoa sob sua jurisdição os direitos e liberdades consagrados na Convenção, conjuntamente com o artigo 3, requer dos Estados que tomem medidas elaboradas para assegurar que os indivíduos sob sua jurisdição não sejam objeto de tortura ou tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, incluindo maus-tratos perpetrados por indivíduos privados (ver, *mutatis mutandi*, *H.L.R. v. France*, 29 April 1997, § 40, *Reports* 1997-III). Particularmente, as crianças e outros indivíduos vulneráveis têm direito à proteção por parte do Estado, em forma de dissuasão efetiva, contra aquelas violações sérias à integridade pessoal (ver *A. v. the United Kingdom*, 23 September 1998, § 22, *Reports* 1998-VI).<sup>576</sup>

7. Como se pode observar, nenhuma destas decisões ou interpretações faz alusão ao requisito da exigência da participação ativa, aquiescência ou tolerância, ou inação de um agente estatal. Esse é um requisito agregado pela Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (doravante denominada “a CIPST”) e pela Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (doravante denominada “Convenção contra a Tortura”). Ambas as Convenções são posteriores à Convenção Americana, tendo entrado em vigor em 1987.

<sup>574</sup> Cf. General Comment N° 20, par. 2, nota 3 *supra*. Também faz referência a atos de tortura cometidos por particulares no par. 13 da mesma Observação Geral, no sentido de que:

[a]o apresentar seus relatórios, os Estados Partes deverão indicar as disposições de seu direito penal que sancionam a tortura e os tratamentos ou castigos cruéis, desumanos e degradantes, e especificar as sanções aplicáveis a esses atos, sejam estes cometidos por funcionários públicos ou outras pessoas que atuem em nome do Estado ou por particulares. Serão considerados responsáveis quem viole o artigo 7, seja alentando, ordenando ou perpetrando atos proibidos.

<sup>575</sup> Cf. European Court of Human Rights, *Case of Opuz v. Turkey*, (Application N° 33401/02), Judgment Strasbourg, 9 June 2009, para. 159. Ver também *Case of Z and others v. the United Kingdom* (Application N° 29392/95), Judgment Strasbourg 10 May 2001, par. 73-

<sup>576</sup> Cf. European Court of Human Rights, *Case of Opuz v. Turkey*, par. 159, nota 6 *supra*.

8. Ao ler os parágrafos 218, 219, 220 e 230 desta decisão, pode-se advertir que as três vítimas sofreram graves agressões físicas e, muito provavelmente, violência sexual de algum tipo antes de sua morte. A descrição do estado dos cadáveres, ainda que tenha sido feita de maneira ineficiente nos primeiros momentos, mostra a magnitude do tratamento que lhes foi infligido, de modo que os fatos permitiam ser considerados como atos de tortura.

9. Não parece, pois, haver justificativa ao fato de que o tratamento que foi aplicado à três vítimas deste caso não tenha sido qualificado como tortura, salvo o fato de que a Corte considerou que não era possível concluir que um Estado pudesse ser responsável por um ato de tortura se não havia prova de que este houvesse sido perpetrado por agentes do Estado ou houvesse sido realizado quando um empregado ou funcionário público, podendo impedir o ato, não o houvesse feito (artigo 3.<sup>a</sup><sup>577</sup> da CIPST) ou, nos termos do artigo 1<sup>578</sup> da Convenção contra a Tortura, o ato houvesse sido realizado com a aquiescência de um agente do Estado.

10. Com relação à formulação da Convenção contra a Tortura, é suficiente dizer que o próprio Comitê contra a Tortura, criado por esta Convenção, afirmou que:

[q]uando as autoridades do Estado [...] têm conhecimento ou motivos fundados para acreditar que sujeitos privados ou atores não estatais perpetram atos de tortura ou maus-tratos e não exercem a devida diligência para impedir, investigar, julgar e castigar estes sujeitos privados ou atores não estatais [...] o Estado é responsável [...] por consentir ou tolerar esses atos inaceitáveis. A negligência do Estado à hora de intervir para pôr fim a esses atos, punir os autores e oferecer reparação às vítimas da tortura facilita e faz possível que os atores não estatais cometam impunemente atos proibidos pela Convenção, de modo que a indiferença ou inação do Estado constitui uma forma de incitação e/ou de autorização de fato. O Comitê aplicou este princípio aos casos em que os Estados Partes

<sup>577</sup> O artigo 3 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura estabelece:

Serão responsáveis pelo delito de tortura:

- a. os empregados ou funcionários públicos que, atuando nesse caráter, ordenem sua comissão ou instiguem ou induzam a ela, cometam-no diretamente ou, podendo impedi-lo, não o façam.
- b. as pessoas que, por instigação dos funcionários ou empregados públicos a que se refere a alínea a, ordenem sua comissão, instiguem ou induzam a ela, cometam-no diretamente ou nele sejam cúmplices.

<sup>578</sup> O artigo 1.1 da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes estabelece:

Para os efeitos da presente Convenção, o termo "tortura" significa qualquer acto por meio do qual uma dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa com os fins de, nomeadamente, obter dela ou de uma terceira pessoa informações ou confissões, a punir por um acto que ela ou uma terceira pessoa cometeu ou se suspeita que tenha cometido, intimidar ou pressionar essa ou uma terceira pessoa, ou por qualquer outro motivo baseado numa forma de discriminação, desde que essa dor ou esses sofrimentos sejam infligidos por um agente público ou por qualquer outra pessoa agindo a título oficial, a sua instigação ou com o seu consentimento expresso ou tácito. Este termo não compreende a dor ou sofrimentos resultantes unicamente de sanções legítimas, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionados.

não impediram atos de violência de gênero, como a violação, a violência no lar, a mutilação genital feminina ou o tráfico, ou não protegeu as vítimas.<sup>579</sup>

11. Também o Relator especial sobre a questão da tortura, referindo-se ao artigo 1 da Convenção contra a Tortura, que consagra obrigações similares ao citado artigo 3 da CIPST, afirmou que:

[a] violência contra a mulher à margem do controle direto do Estado tem sido utilizada com frequência para excluir do âmbito de proteção que dispõe a Convenção. Entretanto, [este artigo,] quando fala de consentimento ou aquiescência do funcionário público[,] faz extensivas claramente as obrigações do Estado à esfera privada e deveria se entender que abarca a falta de proteção por parte do Estado das pessoas que estejam dentro de sua jurisdição contra a tortura e os maus tratos por particulares.<sup>580</sup>

12. Em relação à CIPST, três pontos são pertinentes de destaque. O primeiro é que a Convenção Americana, vigente desde julho de 1978, não contém uma definição desta conduta e que a Corte teve de construí-la em conformidade com suas faculdades como órgão autorizado para dar uma interpretação autêntica às disposições desse tratado, de modo que o conceito de tortura do Tribunal, explicitado ou não explicitado nas decisões, mas presente na mente dos julgadores, não deve ser necessariamente igual ao destas convenções e não deve ser aplicado inexoravelmente. O segundo é que nem todos os Estados partes da Convenção Americana o são da CIPST, de maneira que a Corte, até hoje, pode estar enfrentada a conhecer de um caso de tortura sem poder aplicar essa Convenção diretamente. De fato, nesta decisão não é aplicada a Convenção Interamericana contra a Tortura, nem esta é utilizada para iluminar a interpretação das normas da Convenção Americana. O terceiro recorda que o próprio Tribunal determinou que, após considerar o conceito de tortura desenvolvido no sistema europeu de direitos humanos e a definição prevista na CIPST, havia chegado à conclusão de “que foi conformado um verdadeiro regime jurídico internacional de proibição absoluta de todas as formas de tortura”,<sup>581</sup> tanto física como psicológica.<sup>582</sup>

<sup>579</sup> Comitê contra a tortura, Observação Geral N° 2 sobre aplicação do artigo 2 pelos Estados Partes, documento CAT/C/GC/2, de 24 de janeiro de 2008, par. 18.

<sup>580</sup> *Relatório 2008 do Relator Especial sobre a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes*, Manfred Nowak, doc. A/HRC/7/3 de 15 de janeiro de 2008, par. 31.

<sup>581</sup> *Caso Irmãos Gómez Paquiyauri Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 8 de julho de 2004. Série C N° 110, par. 112. Ver também *Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 20 de junho de 2005. Série C N° 126, par. 117, e *Caso do Presídio Miguel Castro Castro Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 25 de novembro de 2006. Série C N° 160, par. 271.

<sup>582</sup> *Cf. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Exceções Preliminares*. Sentença de 26 de junho de 1987. Série C N° 1, par. 103. Igualmente, *Caso Cantoral Benavides Vs. Peru. Mérito*. Sentença de 18 de agosto de

13. Havendo sido formulado um *corpus juris* internacional, é procedente ver como é aplicado para dar a maior proteção aos direitos humanos dos indivíduos. Talvez o melhor resumo da posição que possa ser adotado neste caso, que é um caso de violação grave da integridade de duas meninas e uma jovem mulher – por si mesmas pertencentes a um setor colocado pela sociedade em um estado de vulnerabilidade, que por sua vez é permitido pelo Estado –, se encontra em uma decisão do Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia (doravante denominado "Tribunal para a antiga Iugoslávia").

14. No Caso *Prosecutor Vs. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac e Zoran Vukovic*,<sup>583</sup> o Tribunal para a antiga Iugoslávia acode, no parágrafo 479, à jurisprudência do Tribunal Europeu<sup>584</sup> e, no parágrafo 482, a sua própria jurisprudência<sup>585</sup> para argumentar que a definição da Convenção contra a Tortura não constitui uma norma de direito consuetudinário. A definição contida nessa Convenção somente pode ser utilizada na medida em que outros instrumentos internacionais ou leis nacionais não deem ao indivíduo uma proteção mais ampla, ou melhor. Isto repete, ademais, uma das normas básicas da aplicação dos instrumentos de direitos humanos que se encontra no artigo 29.b.<sup>586</sup> da Convenção Americana e no artigo 5.2<sup>587</sup> do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

15. O Tribunal para a antiga Iugoslávia, depois de examinar o conjunto de normas e regras que se referem à tortura, chega, por um lado, à conclusão, que compartilho, de que há três elementos na tortura que não são objetados e que constituem, por conseguinte, *jus cogens*: i) o sofrimento ou dor severos, físicos ou mentais, seja por ação ou omissão; ii) a intencionalidade do ato e iii) a motivação ou fim do ato para alcançar algo.<sup>588</sup> Por outro lado, há três elementos que permanecem em contenção e, portanto, não formam parte do *jus cogens*: i) a lista de motivações pelas quais o ato é cometido; ii) a necessidade de que o ato seja cometido em conexão

2000. Série C N° 69, par. 102; *Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 27 de novembro de 2003. Série C N° 103, par. 92; *Caso Irmãos Gómez Paquiyauri Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 8 de julho de 2004. Série C N° 110, par. 112.

<sup>583</sup> Cf. *International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, Trial chamber, Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic, Judgment of 22 February 2001*.

<sup>584</sup> *Costello-Roberts v. UK, 25 Mar 1993, Séries A, No 247-C, paras. 27-28; HLR v. France, 29 Apr 1997, Reports 1997-III, p. 758, para. 40; and A v. UK, 23 Sept 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-VI, p. 2692, para. 22*.

<sup>585</sup> Cf. *International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, Trial Chamber, Prosecutor v. Furundžija, Case IT-95-17/1-T, Judgment, 10 Dec 1998, para. 160*.

<sup>586</sup> O artigo 29.b da Convenção estabelece:

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em conformidade com as leis de qualquer dos Estados Partes ou em conformidade com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;

<sup>587</sup> O artigo 5.2 do Pacto estabelece:

Não pode ser admitida nenhuma restrição ou derrogação aos direitos fundamentais do homem reconhecidos ou em vigor em todo Estado Parte no presente Pacto em aplicação de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconhece ou reconhece-os em menor grau.

<sup>588</sup> Cf. *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic*, par. 483, nota 14 supra.

com um conflito armado; e iii) o requisito de que o ato seja perpetrado ou instigado por um agente do Estado ou seja realizado com seu consentimento ou aquiescência.<sup>589</sup>

16. Todo este raciocínio me leva a argumentar que a Corte não está obrigada a aplicar ou a se guiar nem pela definição da CIPST nem pela da Convenção contra a Tortura, mas que deveria fazer prevalecer a concepção do *jus cogens*, visto que essa estabelece a melhor proteção para as vítimas de tortura. Recordo, ademais, que o artigo 16 da CIPST dispõe que essa Convenção “deixa a salvo o disposto pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, por outras convenções sobre a matéria e pelo Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos com relação ao delito de tortura”, de modo que interpretar a tortura se afastando desta Convenção não constitui um descumprimento da mesma, mas, pelo contrário, sua aplicação fiel.

17. Se a Corte é independente para definir a tortura e, portanto, não necessita integrar como um elemento do conceito da mesma a participação por ação ou omissão de um agente do Estado (nem necessita tampouco interpretar de maneira estrita o conceito de aquiescência, visto que neste caso – baseando-me nos fatos – sustento que usando o conceito de aquiescência do Comitê contra a Tortura havia aquiescência do Estado) o único problema que deveria ser analisado é se é possível atribuir ao Estado o fato de não ter cumprido sua obrigação de garantir a integridade pessoal das vítimas diante da possibilidade da tortura. Não necessito repetir o que a Corte disse em muitas decisões, e que reitera nesta Sentença, que a obrigação de garantir requer o dever de prevenir.

18. A decisão neste caso estabelece dois momentos em que o Estado não cumpriu esse dever completamente. O primeiro é anterior ao desaparecimento das vítimas e não se refere à obrigação de impedir que essas três vítimas fossem sequestradas; isso seria desproporcional. O que sim podia ser exigido é que desde o momento em que o Estado teve conhecimento oficial (não menciono o não oficial), ou seja, pelo menos desde o momento em que a Comissão Nacional de Direitos Humanos advertiu oficialmente sobre a existência do padrão de violência contra as mulheres em Ciudad Juárez, existiu ausência de políticas destinadas a tentar reverter a situação.

19. O segundo momento, que é o que me interessa para este voto, é o período entre o momento em que as três vítimas desapareceram e a resposta do Estado a esse desaparecimento, que foi, em conformidade com a decisão, completamente tardia e até hoje insuficiente. A Corte reconhece no parágrafo 283 da decisão que o Estado “teve conhecimento de que existia um risco real e imediato de que as vítimas fossem agredidas sexualmente, submetidas a abusos e assassinadas”, e que, por conseguinte, “considera que ante tal contexto surge um dever de devida diligência estrita frente a denúncias de desaparecimento de mulheres, em relação à sua busca durante as primeiras horas e os primeiros dias”.

20. Se a Corte tivesse concluído que o Estado era neste caso responsável pela tortura a que foram submetidas as vítimas, o Tribunal teria seguido a tendência de outros

<sup>589</sup> Cf. *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic*, par. 484, nota 14 *supra*.



órgãos de supervisão internacionais, já citados, que vêm instituindo uma tendência em relação à responsabilidade dos Estados por atos de tortura cometidos por agentes não estatais, o que, considero, teria constituído um importante desenvolvimento e esclarecimento sobre um tema em relação ao qual a Corte, com certeza, deverá continuar se ocupando.

**CECILIA MEDINA QUIROGA**

Juíza

**PABLO SAAVEDRA ALESSANDRI**

Secretário



*Detalhe da imagem da capa*

# Noticiário







## **MPRJ realiza conferência internacional sobre crimes cibernéticos**

O MPRJ realizou, no dia 06/11, no auditório do edifício-sede, a Conferência Internacional de Cooperação no Combate aos Crimes Cibernéticos, a qual contou com a presença de especialistas nacionais e estrangeiros, os quais falaram sobre tendências recentes das organizações criminosas.

O Procurador-Geral de Justiça, Luciano Mattos, participou da mesa de abertura, ao lado de Juan Bautista Mahiques, Procurador-Geral do Ministério Público de Buenos Aires e Presidente da Associação Internacional de Procuradores (IAP); de César Mattar Jr., Procurador-Geral de Justiça do Pará e Presidente do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais (CNPJ); e de Manuel Murrieta, Presidente da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) e representante do IAP na América Latina.

Luciano Mattos, ao convidar os participantes da Reunião Extraordinária do CNPJ, no último dia 10/10, para o encontro, ressaltou a importância da discussão do tema. “Esse é um tipo de crime que não tem fronteiras, e é preciso que haja uma articulação internacional. A ideia é trazer esse debate para o nosso colegiado, para o Ministério Público brasileiro, e fazer a interlocução com os MPs da América do Sul é avançar nessa temática que considero tão importante, inclusive com abordagens relacionadas às fake news”, afirmou o PGJ.

O primeiro painel da conferência “A cooperação internacional nos crimes cibernéticos e o diálogo com as ordens jurídicas internas: infrações locais e ameaças globais”, mediado pelo Promotor de Justiça do MPRJ Sidney Rosa, reuniu o Presidente da Câmara Nacional Argentina de Apelações em Matéria Penal e Correicional Federal, Mariano Llorens, que falou sobre a importância da cooperação internacional na investigação do crime cibernético, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Cibernético Organizado Transnacional, e mecanismos de cooperação formais e informais; e o assessor especial do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, Marcelo Malagutti, que abordou os desafios globais em Segurança Cibernética. O painel também contou, como debatedor, com a presença de um agente do *Federal Bureau of Investigation* (FBI), responsável na Divisão Cibernética por liderar investigações de crimes federais envolvendo invasões de computador, malware, ransomware e esquemas de fraude cibernéticos.

O painel seguinte, mediado pelo Promotor de Justiça do MPRJ Leandro Navega, e o qual teve como temas: “Programa Global do UNODC na luta contra o Cibercrime. Cibercriminalidade em suas distintas expressões. O fenômeno das fake news e os riscos que oferece”, contou com a Coordenadora Regional para a América do Sul do Programa Global sobre Crimes Cibernéticos do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), Mariana Kiefer, que falou sobre o UNODC; com o Delegado da Polícia Civil do Rio de Janeiro, Marcos Felipe Pereira Gonçalves Gomes da Motta, que palestrou sobre a cibercriminalidade; e com o Promotor de Justiça do MPRJ, André Farah, que falou sobre a disseminação de fake news e os riscos à democracia.

O terceiro painel do dia, mediado pela Promotora de Justiça do MPRJ, Luciana Benisti, de temática: “Os desafios na investigação criminal dos crimes cibernéticos. O combate aos crimes cibernéticos à luz da jurisprudência dos Tribunais Superiores. Convenção de Budapeste”, contou com o Promotor de Primeira Instância da Promotoria Criminal e Contravencional nº 17, especialista em crimes e contravenções informáticas do Ministério Público da Cidade Autônoma de Buenos Aires, Tomás Vaccarezza, que falou sobre o uso de ferramentas de pesquisa modernas; com a Procuradora de Justiça do MPMS, Ana Lara Camargo Castro, que palestrou sobre o combate aos crimes cibernéticos à luz da jurisprudência dos Tribunais Superiores, e com o Professor Universitário e especialista em crimes cibernéticos, Cristos Velasco, que discursou sobre a Convenção de Budapeste e o segundo protocolo adicional a ela.

No último painel do dia, “Cadeia de custódia da prova digital. A especialização do Ministério Público no combate aos crimes cibernéticos”, mediado pela Promotora de Justiça do MPRJ, Letícia Emile Alqueres Petriz, o Promotor de Justiça do MPRJ, Décio Alonso, falou sobre a cadeia de custódia da prova digital, e o Promotor de Justiça do MPSP e integrante do CyberGaeco da instituição, Richard Encinas, palestrou sobre a importância da criação de estruturas especializadas do Ministério Público no combate aos crimes cibernéticos.



## **MPRJ realiza cerimônia de entrega do Colar do Mérito, Medalha Annibal Frederico de Souza e Prêmio Ideias Inovadoras**

Em cerimônia realizada no auditório do edifício-sede no dia 15/12, o MPRJ procedeu a sessão solene de entrega do Colar do Mérito do MPRJ, maior honraria concedida pela instituição, da Medalha Annibal Frederico de Souza e da premiação Ideias Inovadoras. A solenidade se deu em homenagem ao Dia Nacional do MP, comemorado em 14/12.

A mesa foi presidida pelo Procurador-Geral de Justiça, Luciano Mattos, sendo também composta pela Procuradora de Justiça Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea, Decana do MPRJ; pelo Corregedor-Geral do MPRJ, Ricardo Ribeiro Martins; pela Presidente do Centro dos Procuradores de Justiça (Ceprojus), Maria do Carmo dos Santos Casanova; pelo Presidente da Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (AMPERJ), Cláudio Henrique da Cruz Viana; pela Defensora Pública-Geral, Patrícia Cardoso; pelo Presidente da Câmara de Vereadores, Carlo Caiado; pela vice-Presidente da OAB, Ana Tereza Basilio, pelo Chefe da Procuradoria Regional do Trabalho da 1ª Região, Fabio Goulart Villela e pela Diretora da Sicoob/Coomperj, Mary Virginia Northrup.

“Eu gostaria de enaltecer este momento tão especial da nossa instituição, uma solenidade muito tradicional e simbólica para nós. Aqui no MPRJ, fazemos uma semana comemorativa pelo Dia Nacional do Ministério Público, uma instituição forjada por uma longa história, de muitas lutas. E cada vez mais precisamos trabalhar para aprimorar a nossa atuação, reconhecer os acertos, os erros, isso é muito importante.

Neste momento, homenageamos as pessoas que de alguma forma contribuíram efetivamente para o engrandecimento do Ministério Público”, ressaltou o PGJ.

Foram agraciados com o Colar do Mérito o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo; o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Messod Azulay Neto; o General de Exército André Luis Novaes Miranda, Comandante Militar do Leste; o Almirante de Esquadra Eduardo Machado Vazquez, Secretário-Geral da Marinha do Brasil; a segunda vice-Presidente do TJRJ, Desembargadora Suely Lopes Magalhães; e os Procuradores-Gerais de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, Alexandre Magno Benites de Lacerda; do Estado do Espírito Santo, Luciana Gomes Ferreira de Andrade; e do Estado do Maranhão, Eduardo Jorge Hiluy Nicolau.



Pelo MPRJ, receberam o Colar do Mérito as Procuradoras de Justiça Márcia Rodrigues de Oliveira Piñeiro e Ana Cristina Lesqueves Barra, Assessora-Chefe da Assessoria de Atribuição Originária em Matéria Cível e Institucional; os Promotores de Justiça David Francisco de Faria, Chefe de Gabinete do MPRJ; Eduardo Rodrigues Campos, Coordenador de Segurança e Inteligência (CSI/MPRJ) e Adriana Lucas Medeiros, Coordenadora do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Investigação Penal (CAO Investigação Penal/MPRJ). Pelo ano de 2022, recebeu a medalha Antônio Pereira Duarte, Procurador-Geral de Justiça Militar.

Foram igualmente agraciados o Conselheiro do CNMP Moacyr Rey Filho, Corregedor Nacional em exercício; o Conselheiro do CNMP, Jaime de Cassio Miranda; o Presidente do Senado Federal e do Congresso Nacional, Rodrigo Pacheco; e o Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, Mário Luiz Sarrubbo. Estes dois últimos não puderam comparecer ao evento.



Moacyr Rey Filho discursou em nome dos homenageados: “O Ministério Público hoje, em especial o MPRJ, tem conseguido avançar em promover justiça social e a garantia dos direitos do cidadão. E tudo isso vem de atuações inovadoras, como vimos nas premiações e na fala do PGJ, Luciano Mattos. Saímos da nossa zona de conforto para buscar melhorias e avançar. E esse também é o papel do CNMP, o de promover a integração entre os MPs. Temos tentado fazer isso através de processos inovadores e temos avançado muito. Somos instituições irmãs nesse palco, o que possibilita integrações com outras instituições do sistema de Justiça, do Poder Executivo, do Poder Judiciário, defensorias e todas as demais instituições. Estamos comprometidos em continuar avançando e contribuindo para um sistema mais justo e eficaz”, afirmou Moacyr Rey Filho.

Durante a cerimônia, também foi entregue a medalha Annibal Frederico de Souza aos servidores Almir Soares da Costa; Anália dos Santos Silva; Bruno Molina de Souza; Debora Malaquias de Souza; Edmilson Soares Campos, *in memoriam*, sendo a homenagem recebida por sua filha, Flavia Cristina Soares; Flavia Ramone Pestana; Gladys Regina Lima Melo; Lucia Helena Castilho; Olga Rocha dos Santos; Ricardo da Paz Borges; Rosane Teles Dante; Samyra Cesar Liberato de Oliveira Veloso e Tais Dias da Silveira Ximenes. A medalha Annibal Frederico de Souza também foi entregue às servidoras Danielle Pinto da Costa e Alessandra Almeida da Silva, agraciadas nos anos de 2020 e 2022 e que, na ocasião, não puderam receber a homenagem.



Estiveram presentes à solenidade o Subprocurador-Geral de Justiça de Relações Institucionais e Defesa de Prerrogativas do MPRJ, Marfan Martins Vieira; o ex-Corregedor Nacional, Oswaldo D’Albuquerque; o Procurador de Justiça aposentado e ex-PGJ Eduardo Gussem, o Desembargador José Muiños Piñeiros Filho, entre outros membros e autoridades.

Maria Cristina Palhares dos Anjos Tellechea, que irá se aposentar em janeiro de 2024, foi homenageada e recebeu flores das mãos do PGJ e da Procuradora de Justiça Carla Araújo, Secretária do Órgão Especial e Coordenadora do CAO Violência Doméstica e Familiar/MPRJ.

“Esse dia, para mim, é emocionante. Primeiro, por ter sido a última vez que eu participei oficialmente de um ato público dentro da instituição. Emocionante também porque eu trago o Ministério Público nas origens e nas minhas raízes. A beca que eu visto hoje pertenceu ao meu pai, que foi Procurador-Geral de Justiça por duas vezes e foi ele que me ensinou a amar e a honrar essa instituição, a qual eu continuarei pertencendo, mesmo me aposentando”, disse Maria Cristina Tellechea.



### **“Ideias Inovadoras” também tem entrega de prêmios a servidores**

Por ocasião do final do evento, foram anunciados os vencedores do prêmio “MPRJ Ideias Inovadoras”, que tem como objetivo estimular novas práticas administrativas apresentadas por servidores para aprimorar as atividades institucionais. Os projetos premiados tiveram início, desenvolvimento e conclusão em anos anteriores. Os servidores Anderson Pires Valgas; Luiz Francisco Peralta Braga; Marcelo Silva de Azevedo e Ronaldo Peixoto Velloso ficaram com o primeiro lugar pela ideia “Calculei”. Já Bianca Latini Lopes Pinto; Tales Rodrigues da Silva Gonçalves e as estagiárias Beatriz Teles Chaves de Oliveira e Jéssica Nascimento da Costa ficaram em segundo lugar com a ideia “Tabuleiro Integrativo - personalização do Sharepoint, para adequação das necessidades do setor”. Em terceiro, os servidores Edilson de Almeida Abrantes e Michel Melli Carvalho pela ideia “Análise Automatizada de Economicidade - Medicamentos”.

# ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

- ABORTO**  
106, 121-124, 154;
- ADAPTAÇÃO CLIMÁTICA**  
197;
- ADI Nº 5693/CE**  
43, 45, 49-51, 53-54;
- AMAZÔNIA**  
217-218;
- ANTÔNIO DAMÁSIO**  
223-225;
- ARTE DA MEDIDA**  
87-88, 93, 95, 100, 115;
- AUTOLESÃO**  
121, 129;
- BEM HUMANIZADOR**  
247, 251;
- BRASIL**  
20, 32, 54, 59-60, 62-66, 69-70, 122, 124-126, 130, 132, 140, 142, 149-150, 152, 154-156, 161-165, 170-174, 178-179, 182-183, 185-188, 191-193, 197, 199, 202-203, 207-208, 217-218, 224, 248-249;
- CAOS CENTRALIZADOR**  
59;
- CENTRALIDADE DE PROTEÇÃO DAS VÍTIMAS**  
169;
- CONSCIÊNCIA**  
223-227, 229;
- CONSCIENTIZAÇÃO**  
87, 223, 224, 227-228;
- CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE**  
170, 172, 180, 188, 193;
- CRISE FEDERATIVA**  
59, 63;
- DEBATE PÚBLICO**  
121-122;
- DEONTOLOGIA TRIBUTÁRIA**  
73;
- DESCENTRALIZAÇÃO**  
59, 66, 67, 71;
- DIREITO À EDUCAÇÃO**  
149-150, 152;
- DIREITO À VIDA**  
121, 122, 130, 132-134, 153, 204-205;
- DIREITO AMBIENTAL**  
154, 198;
- DIREITO DE ESTAR SÓ**  
121, 129-130;
- DIREITO FORMAL E O DIREITO REAL**  
84;
- DISTANÁSIA**  
121-122;
- DOLO ESPECÍFICO**  
19-24, 27-30, 34, 39-40;
- EQUIDADE DOS ROMANOS**  
87, 116;
- ESPAÇO PÚBLICO**  
128, 231-235, 239-242;
- ESTADO BRASILEIRO POLICÊNTRICO**  
59, 64;
- ÉTICA**  
24, 26, 100, 106, 123, 223, 226, 228;
- EXCLUSÃO DIGITAL**  
149-150, 152, 155, 161, 164;
- FONTES ROMANAS**  
231;
- GRACILIANO RAMOS**  
247-248;
- HANNAH ARENDT**  
231-242;
- IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**  
19-31, 34-40;

**INCENTIVOS FISCAIS DA ZONA FRANCA DE MANAUS**  
217;

**INFANTICÍDIO**  
121, 125-128;

**INTERNACIONALIZAÇÃO DA AMAZÔNIA**  
217;

**INTERPRETATIO LEGIS**  
87, 103, 117;

**INTERPRETATIO PRUDENTIUM**  
87, 103, 117;

**JUDICIALIZAÇÃO**  
33, 149-150, 152-153;

**LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE**  
121;

**LEGITIMIDADE**  
23, 43-45, 48-53, 60, 77, 87, 89-90, 95-96, 116-117; 127, 154;

**LEITURA DO LITERÁRIO**  
247, 250-251;

**MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO**  
43-49, 51-56;

**MINISTÉRIO PÚBLICO**  
19-21, 23, 30-38, 40, 43-45, 48-56, 172, 182, 188, 192, 197-198, 202-203, 207, 209-210, 212, 228;

**MODELO REGULATÓRIO ADMINISTRATIVO**  
59;

**MUDANÇAS CLIMÁTICAS**  
197-199, 204-212;

**NORMA NATURAL**  
77, 79, 82;

**NORMA POSITIVA**  
77, 79, 82;

**OBRIGAÇÕES POSITIVAS DO ESTADO**  
170, 176, 182, 188;

**ORTOTANÁSIA**  
121, 122, 130;

**PANDEMIA**  
149-155, 161, 163-166;

**POLÍTICAS PÚBLICAS**  
59, 63-67, 70-71, 181, 202-203, 205-206, 251;

**PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**  
26, 32, 121, 140, 147, 153, 177;

**PROFILAXIA AUTÓGENA**  
79;

**PROTEÇÃO DE FILHOS**  
135;

**PROTEÇÃO INTEGRAL**  
43, 45, 170-171, 193;

**RECOMENDAÇÃO**  
19-21, 31-40;

**RECTA RATIO DA ANTIGUIDADE CLÁSSICA**  
87, 93;

**REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS**  
135-136, 140-141, 143-145, 147;

**REGULAÇÃO NÃO COOPERATIVA**  
59;

**SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS**  
169-170, 173, 178, 184-185, 187-188, 192-193;

**SUCCESSÃO CONCORRENCIAL**  
135-136, 143, 147;

**SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**  
43-45, 48-53, 55-56, 68, 135, 138, 142, 149, 152, 153-154, 179, 188, 203, 207, 218;

**TEORIA DO DEVER**  
73;

**VÍTIMAS**  
131, 169-193;

**ZYGMUNT BAUMAN**  
247, 249.

# Corpo Técnico da Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

**Luiza Helena Torezani**

Coordenação-Geral

**Ana Montenegro**

Produtora Executiva

**Rebeca Aismini**

Coordenação de Editoração

**Rodrigo Silva França**

Estagiário

**Cristina Siqueira**

Coordenação de Revisão

**Vitória Barboza**

**Daniela Farias**

Estagiários

**Davi Kaptzki**

Projeto Gráfico

**Jonas Cruz**

Design Gráfico

Foto da capa

## Assinatura da Versão Digital

A *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* está com inscrições abertas para todos os interessados em assinar sua versão digital.

A inscrição pode ser feita pelo *e-mail*:

[rmp@mprj.mp.br](mailto:rmp@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](http://www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp)

Trabalhos para publicação podem ser enviados para o *e-mail*:

[rmp@mprj.mp.br](mailto:rmp@mprj.mp.br)

Outras informações podem ser solicitadas pelo *e-mail*:

[rmp@mprj.mp.br](mailto:rmp@mprj.mp.br)