

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



Código
Philippino
1763

nº 69 jul./set. 2018

Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Emerson Garcia
Diretor

Robson Renault Godinho
Vice-Diretor

Sergio Demoro Hamilton
Diretor Honorário

Luiza Torezani
Coordenação-Geral

Agnaldo Alves
Controle Administrativo

Rebeca Aismini
Coordenação de Editoração

Carolinne de Oliveira
Estagiária

Cristina Siqueira
Coordenação de Revisão
Coordenação de Produção

Thaís Abbês
Revisão Ortográfica

Anderson da Rocha
Catarina Ribeiro
Luiz Otávio Maia
Estagiários

Davi Kaptzki
Projeto Gráfico

Jonas Cruz
Design Gráfico
Foto da capa

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

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

Catálogo na publicação - Biblioteca Clóvis Paulo da Rocha / MPRJ

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

Trimestral

1995-2017 (1 - 66)
2018 (67, 68, 69)

ISSN 1413-3873

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

CDD 340.05
CDU 34(05)

Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

José Eduardo Ciotola Gussem
Procurador-Geral de Justiça

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

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

Leila Machado Costa
Subprocuradora-Geral de Justiça de Planejamento Institucional

Fernando Chaves da Costa
Subprocurador-Geral de Justiça
de Assuntos Criminais e de Direitos Humanos

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

Dimitrius Viveiros Gonçalves
Secretário-Geral do Ministério Público

Leandro Silva Navega
Coordenador do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

Décio Luiz Alonso Gomes
Subcoordenador do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

• • •

Corregedoria-Geral do Ministério Público

Luciana Sapha Silveira
Corregedora-Geral do Ministério Público

Rita de Cássia Araújo de Faria
Subcorregedora-Geral

Ana Cintia Lazary Serour
Subcorregedora-Geral

Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça

José Eduardo Ciotola Gussem
Presidente

Luciana Sapha Silveira
Corregedora-Geral

Membros natos

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

Membros eleitos

Fátima Maria Ferreira Melo
Dirce Ribeiro de Abreu
Maria da Conceição Lopes de Souza Santos
Márcia Alvares Pires Rodrigues
Patrícia Silveira da Rosa
Joel Tovil
Katia Aguiar Marques Selles Porto
Marlon Oberst Cordovil
Ângela Maria Silveira dos Santos
Cláudio Henrique da Cruz Viana

• • •

Conselho Superior do Ministério Público

José Eduardo Ciotola Gussem
Presidente

Luciana Sapha Silveira
Corregedora-Geral

Titulares Eleitos

Pelos Procuradores de Justiça

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

Pelos Promotores de Justiça

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

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

Luciano Oliveira Mattos de Souza
Presidente

• • •

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

Eduardo da Silva Lima Neto
Diretor-Presidente

• • •

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

Lilian Moreira Pinho
Diretor-Presidente

• • •

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

Maria do Carmo dos Santos Casa Nova
Presidente

• • •

Sicoob Coomperj

Luiz Antônio Ferreira de Araújo
Diretor-Presidente

EDITORIAL

A Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, com periodicidade trimestral, vem a público apresentar a sua 69ª edição.

A divulgação do conhecimento produzido nos meios pragmático e científico sempre foi um norte seguido pela Revista. Com isso, almeja-se a difusão do conhecimento produzido pelos mais diversos profissionais da área jurídica.

O material submetido à apreciação do público advém de renomados autores e jovens promessas.

A evolução dos diferentes sistemas de investigação preliminar no processo penal; o papel da vítima na história da ciência penal e processual penal; a discussão acerca da possibilidade de os Tribunais Superiores corrigirem erros, mesmo após o trânsito em julgado da decisão; o processo de interpretação da norma jurídica a partir do signifiante *neoconstitucionalismo*; um panorama sobre a responsabilidade civil por atos omissivos do Estado; a utilização de instrumentos como a inteligência artificial e a computação cognitiva no âmbito do Poder Público; o *iter* procedimental de elaboração e de alteração de um plano diretor municipal; as implicações da imposição constitucional da celeridade processual sobre o Ministério Público; a reforma psiquiátrica e as possíveis consequências de sua aplicação na tutela da dignidade de pessoas com deficiência; o alcance do ato administrativo de autorização no ordenamento jurídico brasileiro e a nova interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal à prerrogativa de foro. Esses temas, de indiscutível relevância em nosso ambiente sociopolítico, integram a seção “Doutrina”, sendo explorados em textos de elevada qualidade técnica.

Na seção “Observatório Jurídico”, são objetos de reflexão dois temas de grande atualidade: a reabertura das discussões acerca da imprescritibilidade da Lei de Anistia, da lavra do Professor Ives Gandra; e o financiamento dos partidos políticos, discussão tratada pelo eminente Professor Jorge Miranda, Catedrático da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa.

Na seção “Peças Processuais”, foram destacadas três peças processuais elaboradas no exercício funcional pelos membros deste Ministério Público.

O destaque na “Memória Institucional” desta edição é a entrevista realizada com o Procurador de Justiça Antônio Carlos Silva Biscaia, membro do mais alto calibre do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, o qual, como ressaltado pelo Procurador-Geral de Justiça Eduardo Gussem, é um homem que honra o Ministério Público brasileiro.

Na “Jurisprudência Internacional”, é divulgado o caso *Herzog e outros vs Brasil*, sentença de 15 de março de 2018, da Corte Interamericana de Direitos Humanos. No caso Herzog, a Corte analisou a morte do jornalista Vladimir Herzog, sendo objeto de avaliação, na audiência realizada em San José, na Costa Rica, a situação de impunidade em que se encontram a detenção arbitrária, a tortura e a morte de Herzog, ocorridas em 25 de outubro de 1975.

A Revista continua trabalhando com os mesmos valores desde sua criação. O seu principal compromisso é com o desenvolvimento da ciência jurídica e com a promoção de uma reflexão crítica sobre os mais variados temas do direito. Por fim, lembramos que nossa Revista conta com a versão eletrônica, cujo objetivo é ampliar o acesso, aumentando o diálogo e possibilitando o enriquecimento científico de tantos quantos se dediquem ao estudo do direito.

EMERSON GARCIA
Diretor da Revista

ROBSON RENAULT GODINHO
Vice-Diretor da Revista

Sumário

Doutrina

A Função Essencial do Ministério Público de Coordenar a Investigação Criminal Pré-Processual <i>Alexander Araujo de Souza</i>	17
A Indenização Civil <i>ex Delicto</i> Prevista no Artigo 387, IV, do Código de Processo Penal e a Necessidade de Maior Preocupação com as Vítimas <i>Alexandre Rocha Almeida de Moraes</i> <i>Annunziata Alves Iulianello</i>	35
Para Além dos Limites da Coisa Julgada Penal: a Correção dos Erros Materiais <i>ex Officio</i> pelos Tribunais <i>Carlos Henrique Borlido Haddad</i> <i>Murilo Augusto de Faria Santos</i>	59
O Neoconstitucionalismo e os Seus Contornos Essenciais <i>Emerson Garcia</i>	75
A Responsabilidade Civil do Estado por Omissão e Suas Excludentes <i>Eugênio Rosa de Araújo</i>	105
Plano Diretor Municipal: Elaboração e Alteração do Instrumento Básico da Política Urbana <i>Glaucia Rodrigues T. de Oliveira Mello</i>	135
Breves Notas sobre Cibernética e Poder Público <i>Gilberto Martins de Almeida</i>	159
Princípio do Tempo Razoável de Duração do Processo e a Celeridade das Manifestações do MP <i>Luís Alberto Thompson Flores Lenz</i>	175
Estatuto da Inclusão: Avanço Jurídico da Reforma Psiquiátrica no Brasil <i>Marcela do Amaral Barreto de Jesus</i>	189
O Alcance do Ato Administrativo de Autorização no Ordenamento Jurídico Brasileiro <i>Rita Tourinho</i>	213
A Nova Interpretação do Supremo Tribunal Federal sobre a Prerrogativa de Foro <i>Tulio Caiban Bruno</i>	223

Observatório Jurídico

A Lei da Anistia Deve Ser Revista após as Novas Revelações sobre a Ditadura Militar? <i>Ives Gandra</i>	249
Sobre o Financiamento dos Partidos Políticos <i>Jorge Miranda</i>	251

Peças Processuais

Processo Judicial. Parecer do Ministério Público. 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento. Representação por ato

infracional análogo ao artigo 157, parágrafo 2º, II, do Código Penal. Submissão do adolescente à medida socioeducativa de internação. Progressão <i>per saltum</i> . Busca ministerial pela reforma da decisão. <i>Dennis Aceti B. Ferreira</i>	257
Processo Administrativo. Consultoria Jurídica da Procuradoria-Geral de Justiça. Parecer Jurídico. Resolução nº 155/2016, do Conselho Nacional do Ministério Público, que fixa as diretrizes para a organização e o funcionamento do regime de plantão ministerial nas unidades do Ministério Público da União e dos Estados. <i>Emerson Garcia</i>	261
Peça Processual. Ação Civil Pública. 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Proteção à Educação da Capital. Demanda em face do Estado do Rio de Janeiro para obtenção de ordem judicial visando ao estrito e regular cumprimento de normas Constitucionais e legais acerca do financiamento das ações estatais de manutenção e desenvolvimento do ensino (MDE), bem assim acerca dos mecanismos de controle e acompanhamento dos gastos do Estado do Rio de Janeiro em educação, aí incluídas as questões atinentes à administração financeira e contábil dos respectivos recursos e despesas. <i>Emiliano R. Brunet D. Paes</i>	265

Memória Institucional – Personalidades

Nota Introdutória	295
Biscaia: A Coragem do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro	297

Jurisprudência

Supremo Tribunal Federal

Jurisprudência Criminal

<i>Habeas Corpus</i> nº 138.092/Rio de Janeiro. Penal. <i>Habeas Corpus</i> originário. Lavagem de dinheiro proveniente de crime contra a administração pública. Ausência de ilegalidade ou abuso de poder. <i>Primeira Turma, 20.2.2018</i>	327
<i>Habeas Corpus</i> nº 137.637/Distrito Federal. <i>Habeas Corpus</i> . Processual penal e penal. Crimes de quadrilha, corrupção passiva, corrupção ativa e lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores. Artigos 288 (redação anterior), 317 e 333 do Código Penal e artigo 1º da Lei nº 9.613/98. Inexistência de teratologia, abuso de poder ou flagrante ilegalidade. Desmembramento de ação penal quanto a réu cuja denúncia não fora recebida na instância superior. Oferecimento de nova denúncia de distinto teor perante o juízo competente. Possibilidade. Aplicação do regramento atinente ao instituto do aditamento à denúncia. Princípio da independência funcional dos membros do Ministério Público. Princípio do promotor natural. Ausência de prejuízo. Incidência do princípio do <i>pas de nullité sans grief</i> . Impossibilidade de utilização do <i>habeas corpus</i> como sucedâneo de recurso ou revisão criminal. <i>Primeira Turma, 6.3.2018</i>	353

Jurisprudência Eleitoral

Petição nº 7.319/Distrito Federal. Agravo regimental. Petição. Doações eleitorais por meio de caixa dois. Fatos que poderiam constituir crime eleitoral de falsidade ideológica (art. 350 do Código Eleitoral). Competência da Justiça Eleitoral. Crimes conexos de competência da Justiça Comum. Irrelevância. Prevalência da Justiça Especial (art. 35, II, do Código Eleitoral e art. 78, IV, do Código de Processo Penal). Precedentes. Remessa dos termos de colaboração premiada ao Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo. Determinação que não firma, em definitivo, a competência do juízo indicado. Investigação em fase embrionária. Impossibilidade, em sede de cognição sumária, de se verticalizar a análise de todos os aspectos concernentes à declinação de competência. Agravo regimental provido.

Segunda Turma, 27.3.2018 **387**

Superior Tribunal de Justiça

Jurisprudência Criminal

Habeas Corpus nº 390.038/São Paulo (2017/0041657-0). *Habeas Corpus*. Tráfico de drogas. Causa especial de diminuição de pena prevista no §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006. Reincidência considerada de maneira equivocada. Ordem concedida.

Sexta Turma, 06.02.2018 **399**

Habeas Corpus nº 408.736/Espírito Santo (2017/0176054-6). Direito Penal. *Habeas Corpus*. Art. 68 da Lei nº 9.605/98. Prescrição. Publicidade da sentença. Art. 389 do CPP. Requisitos não atendidos. Publicação da movimentação processual na internet. Caráter meramente informativo e não vinculativo. Consideração do primeiro ato subsequente como data da publicação. Prescrição retroativa entre a data de recebimento da denúncia e a sentença condenatória. Ordem concedida.

Sexta Turma, 06.02.2018 **407**

Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança nº 48.851/Pará (2015/0175938-0). Agravo regimental no recurso em mandado de segurança. Teoria da dupla imputação. Pessoa jurídica que figura isoladamente como ré na denúncia por crime ambiental. Possibilidade. Agravo regimental improvido.

Sexta Turma, 20.02.2018 **419**

Jurisprudência Internacional

Nota Introdutória **431**

Caso Herzog e outros vs. Brasil **433**

Noticiário

MPRJ conquista o 3º lugar no prêmio A3P com o projeto “Doação de Medicamentos” **557**

AMPERJ na palma da mão **559**

9º Congresso Brasileiro de Gestão e entrega do Prêmio CNMP **561**

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO..... **563**



Detalhe da imagem da capa

Doutrina



A Função Essencial do Ministério Público de Coordenar a Investigação Criminal Pré-Processual

Alexander Araujo de Souza*

Sumário

1. Introdução. 2. O Modelo Investigatório Centrado na Figura do Juiz Instrutor. 3. O Modelo Investigatório Policial. 4. O Modelo do Promotor Investigador como o Mais Adequado às Modernas Democracias Constitucionais. Bibliografia.

Resumo

O presente trabalho analisa a evolução dos diferentes sistemas de investigação preliminar no processo penal, quais sejam, o sistema centrado na figura do Juiz instrutor, o sistema que confere autonomia à Polícia em matéria investigatória e o sistema do Promotor de Justiça investigador. A análise dos diferentes sistemas conduz à inevitável conclusão de que este último, o sistema do Promotor investigador, amplamente adotado nos ordenamentos jurídicos de tradição romano-germânica que se amoldaram ao sistema acusatório, é o mais adequado às modernas democracias. Um dos motivos é o fato de o coordenador da investigação ter o dever de imparcialidade, o que, aliado ao fato de o Ministério Público ser uma instituição de garantia, tende a minimizar as possíveis transgressões aos direitos fundamentais dos investigados. Tal sistema também é o que mais efetividade confere à própria atividade investigatória.

1. Introdução

As questões relativas à titularidade da atividade investigatória criminal, bem como se esta deve ser submetida a algum tipo de controle, são tão antigas como a própria existência do Ministério Público¹. No processo penal de tipo inquisitório, a função de investigar os crimes era imanente à atividade judicial. O Juiz dirigia a atividade investigatória, contando com o auxílio de um corpo policial, que concretizava a investigação e praticava materialmente os atos inquisitórios. Daí a adjetivação *judiciária* que passou a ter a polícia, pois esta era submetida ao influxo determinante do órgão julgador².

* Doutor em Direito Penal pela *Università degli Studi Roma Tre*. Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em *Crimen organizado, corrupción y terrorismo* pela *Universidad de Salamanca*. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

¹ A afirmação é de T. MANZO PORTO, *Strafverfahren und Polizei in Lateinamerika*, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 114. Band, Berlin: De Gruyter, 2002. p.757. No mesmo sentido, M. Heghmanns, *Die processuale Rolle der Staatsanwaltschaft*, in: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, HEILDELBERG, R. v. Decker, 2003. p.434.

² Como afirma E. AMODIO, "l'atto di nascita del *juge d'instruction*, nel sistema francese, gli attribuisce il ruolo di ufficiale di polizia giudiziaria, e l'insistenza con la quale la dottrina moderna si preoccupa di

Após um longo percurso, quando finalmente se consolidou como garantia inata ao processo penal de tipo acusatório a condição de terceiro imparcial do órgão jurisdicional, colocou-se a questão sobre a necessidade de um sujeito investido do poder estatal persecutório coordenar a investigação preliminar realizada pelos organismos policiais. Muito antes disso, contudo, já se encontrava afirmada a ideia segundo a qual o exercício da ação penal, em qualquer de suas modalidades, necessita de uma averiguação prévia, que possa recolher indícios ou elementos probatórios a respeito do delito cometido. Cuida-se de uma condição para que a ação penal não seja exercida de maneira abusiva ou temerária³. De fato, o exercício da ação penal pública de maneira infundada, desvestida de um sustentáculo probatório razoável sobre a existência e a autoria do delito, configura uma ofensa à liberdade individual dos cidadãos e uma verdadeira “pena” imposta pelo Estado por intermédio do processo, independentemente de seu resultado final⁴.

A progressiva consolidação do sistema acusatório, que trouxe consigo a predominância do Ministério Público no que toca ao exercício da ação penal, gerou também a reflexão sobre a necessidade de se continuar a ter, ou não, um órgão estatal que controlasse e dirigisse a atividade concreta da polícia quanto à prática dos atos investigatórios, o que era realizado pelo Juiz no sistema inquisitório. As possíveis soluções a esta ponderação levaram os legisladores a estabelecer os distintos sistemas de investigação preliminar. Assim, com relação à existência, ou não, de controle sobre a atividade policial, e ao órgão encarregado deste controle, existem três modelos de investigação preliminar, cada um deles com um distinto órgão do Estado exercendo papel de predominância⁵: a) o primeiro, que sob o ponto de vista orgânico pode ser chamado de modelo do *Juiz instrutor*, constitui uma reminiscência do sistema inquisitório, segundo o qual a investigação era realizada pelo Juiz, o qual tinha à sua

sottolineare che nel processo penale italiano vigente tale qualifica deve ritenersi esclusa, confermano la risalente “parentela” tra questo magistrato e l’apparato coercitivo.” (Il ripudio del giudice investigatore ereditato del sistema francese, in: *Processo penale, diritto europeo e common law*. Dal rito inquisitorio al giusto processo, Milano: Giuffrè, 2003. p.107). A respeito da subordinação da polícia aos Juizes, no século XVIII, veja-se G. ALESSI. *Il processo penale. Profilo storico*, seconda edizione. Roma-Bari: Laterza, 2009. p.133 s.

³ A respeito do exercício abusivo da ação penal em razão da ausência de elementos mínimos acerca do fato criminoso cometido, remeto ao meu *O abuso do direito no processo penal*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007. p.92 s.

⁴ Neste sentido, F. Carnelutti: “il processo medesimo è una tortura. Fino a un certo punto, dicevo, non si può fare a meno; ma la cosiddetta civiltà moderna ha esasperato in modo inverosimile e insopportabile questa triste conseguenza del processo. L’uomo, quando è sospettato di un delitto, è dato *ad bestias*, come si diceva una volta dei condannati offerti in pasto alle fiere. La belva, l’indomabile e insaziabile belva, è la folla... Appena sorto il sospetto, l’imputato, la sua famiglia, la sua casa, il suo lavoro sono inquisiti, perquisiti, denudati alla presenza di tutto il mondo. L’individuo, così, è fatto a brani e l’individuo, ricordiamo, è il solo valore, che dovrebbe essere salvato dalla civiltà.” (*Le miserie del processo penale*, Roma: Radio Italiana, 1957. p.46).

⁵ A respeito dos mencionados modelos de investigação preliminar, veja-se J.-P. Jean. Le modèle du magistrat du Ministère Public en Europe: un professionnel impartial, in: *Cour de cassation (sous l’égide de), Quel avenir pour Ministère Public?* Paris: Dalloz, 2008. p. 90-91. Na doutrina brasileira, veja-se também A. Araujo de Souza, O Promotor de Justiça investigador e a teoria das provas ilícitas, in: *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 17, Rio de Janeiro, jan./jun. 2003, p.25 s.; A. Lopes Jr. *Sistemas de investigação preliminar no Processo Penal*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001; F. HASSAN CHOUKR. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001; M. Batlouni Mendroni. *Curso de investigação criminal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

disposição a polícia judiciária; b) um segundo modelo, que pode ser chamado *policial*, no qual a Polícia é o órgão responsável por conduzir e realizar a investigação, com certo grau de independência, sem um efetivo controle funcional por parte de outros órgãos estatais, seja do Juiz ou do Ministério Público; c) um último, que pode ser chamado modelo do *Promotor investigador*⁶, no qual o Ministério Público é quem coordena e dirige a atividade investigatória, sendo a polícia quem realiza concretamente os atos de investigação, estando, porém, esta subordinada funcionalmente àquele.

Apesar desta sistematização, há em alguns países pequenas variações, deixando-se à polícia ou ao Ministério Público, de acordo com a complexidade e a gravidade dos delitos cometidos, a coordenação da investigação, havendo sempre, porém, a possibilidade de controle por parte do Ministério Público. Exemplo desta situação ocorre na Suécia, onde a coordenação da investigação de delitos de pequena gravidade remanesce com a polícia, com a possibilidade constante de intervenção por parte do Ministério Público. Cabe a este, porém, a coordenação das investigações relativas à criminalidade grave, encontrando-se a polícia à sua disposição funcional⁷. Não se trata, porém, de um quarto modelo de investigação, mas de variação do modelo do *Promotor investigador*, pois nesta hipótese existe sempre o controle funcional do Ministério Público sobre a atividade concreta desenvolvida pela polícia.

Estes, portanto, os modelos de investigação preliminar que em seguida serão analisados com a finalidade de se chegar à justificação a respeito da essencialidade, ou não, da função do Ministério Público de coordenar as investigações. Levar-se-ão em conta as necessidades de se conferir efetividade à própria investigação preliminar, bem como de garantir o respeito aos direitos fundamentais das pessoas submetidas à investigação criminal.

2. O Modelo Investigatório Centrado na Figura do Juiz Instrutor

Este modelo de investigação preliminar conserva obviamente resquícios do monologante processo de tipo inquisitório, mas sua implantação efetiva remonta à tradição inquisitorial franco-espanhola, primeiramente com o *Code d'instruction criminelle* de 1808⁸. Em seguida, este modelo foi adotado na Espanha por intermédio

⁶ Já adotando esta nomenclatura, remeto ao meu trabalho anterior, A possibilidade de o Ministério Público praticar atos investigatórios preparatórios à ação penal: uma moderna tendência processual, in: H. Dalla (Coordenador). *Temas contemporâneos de direito processual*. Segunda série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.114.

⁷ Como ressalta U. Lundqvist, na Suécia: “das Ermittlungsverfahren wird durch einen Staatsanwalt oder durch einen Polizeibeamten in leitender Stellung geleitet. Bei einfachen Taten, z. B. Diebstahl, Hehlerei oder Körperverletzung, nimmt die Polizei die Ermittlungen vor. Auch in diesen Fällen kann der Staatsanwalt beratend mitwirken, insbesondere Hinweise auf die strafrechtlichen Folgen sowie auf die Beweislast geben. Wenn dies durch besondere Umstände erforderlich wird, kann der Staatsanwalt die Leitung der Ermittlungen auch selbst übernehmen; dies gilt etwa dann, wenn der Beschuldigte einen Pflichtverteidiger braucht. Bei Delikten der schwereren Kriminalität übernimmt der Staatsanwalt die Verantwortung für die Ermittlungen, sobald siche in begründeter Tatverdacht gegen einen bestimmte Personen richtet. Wird der Täter auf frischer Tat gefaßt, so leitet der Staatsanwalt die Ermittlungen von Anfang an (Kap. 23, §3 RB).” (*Das Ermittlungsverfahren in Schweden*, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 112. Band, Berlin-New York: De Gruyter, 2000. p.158).

⁸ Come ressalta, porém, F. Hélie, estas funções, na França, originaram-se a partir de uma Lei de 1801 (7 pluviöse an IX), anteriormente ao *Code d'instruction criminelle*: “La loi du 7 pluviöse an 9 apporte au système

da *Ley de enjuiciamiento criminal* de 1882⁹, como solução de compromisso inerente à artificial construção do processo de tipo misto. Toda a investigação preliminar remanesce em mãos do *Juiz instructor*, que é o responsável por instaurar e instruir a investigação. Para cumprir os atos investigatórios, dispõe ele da atividade da polícia, chamada, por este motivo, de *judiciária*.

Com a abolição do processo de tipo inquisitório e a consequente afirmação da imparcialidade do Juiz, não se podia mais permitir a este coordenar a colheita dos elementos probatórios relativos ao delito objeto de investigação¹⁰. Considerando que o fato investigado constituirá, na fase processual, objeto de análise e verificação por parte do Juiz, o ativismo judicial deste, na fase pré-processual, representaria o seu distanciamento da desejável e necessária imparcialidade. Em um processo de tipo acusatório público, depurado de resquícios inquisitoriais, seu papel deveria consistir, na fase preliminar, na atuação como *Juiz de garantias*, no sentido de avaliar as medidas judiciais que possam restringir a liberdade dos investigados¹¹ e de controlar a legalidade, na fase de transformação do investigado em acusado.

Em grande parte da América Latina, em razão do colonialismo espanhol, muitos países adotaram inicialmente o modelo investigatório do *Juiz instructor*¹². A derrocada parcial deste modelo somente adveio no início do século XX, com uma explosão de reformas processuais penais, as quais buscaram sempre a eliminação dos

de l'assemblée constituante de plus profondes atteintes. Cette loi ne touche que deux parties de la procédure: l'information préliminaire et la mise en accusation; mais, sur ces deux points, elle pose de règles nouvelles, ou plutôt elle fait revivre, sinon les textes, du moins l'esprit des règles anciennes. L'institution dans chaque arrondissement des magistrats de sûreté, qui prirent la direction de la police judiciaire; la distinction des fonctions du ministère public et du juge, confondues par les lois de 1791 et de l'an 4 dans la personne des juges de paix et des directeurs du jury, quant aux premiers actes de l'instruction; enfin la concentration dans les mains du directeur du jury, devenue juge d'instruction, du pouvoir de procéder aux informations et de recommencer même les actes des officiers de police judiciaire, furent des innovations utiles." (Traité de l'instruction criminelle, première partie. Paris: Charles Hingay, 1845. p.688-689).

⁹ O art. 299 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* espanhola dispõe: "Art. 299. Constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos.". Já o art. 303 da mesma Lei estabelece: "Art. 303. La formación del sumario, ya empiece de oficio, ya a instancia de parte, corresponderá a los Jueces de Instrucción por los delitos que se cometan dentro de su partido o demarcación respectiva y, en su defecto, a los demás de la misma ciudad o población cuando en ella hubiere más de uno, y a prevención con ellos o por su delegación, a los Jueces municipales."

¹⁰ No sentido do texto, F. O. Guariglia. Facultades discretionales del ministerio público e investigación preparatoria: el principio de oportunidad, in: AA.VV. *El Ministerio Público en el proceso penal*, reimpressão. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000. p.84; M. A. Rusconi. División de poderes en el proceso penal e investigación a cargo del ministerio público, in: AA.VV. *El Ministerio Público en el proceso penal*, reimpressão. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000. p.100.

¹¹ Neste sentido, G. A. Bruzzone: "No parece que la misión del Poder Judicial deba ser investigar o perseguir delitos; su misión primordial es la de preservar los derechos del individuo frente a la intervención del Estado." (Fiscales y política criminal. Una aproximación al proceso de selección de los delitos que llegarán al juicio oral, in: AA.VV. *El Ministerio Público en el proceso penal*, reimpressão. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000. p.186).

¹² Com relação ao sistema argentino, no qual subsistem, a nível federal, algumas funções persecutórias confiadas aos Juizes, observa J. B. J. Maier: "Tal realidad se puede observar con nitidez entre nosotros, atados a la tradición inquisitiva hispánico-francesa, conservada por estos países aun a fines del siglo XX, según la cual, aún hoy, el ministerio público tiene un papel reducido en el sistema jurídico de realización penal, cuyos protagonistas principales son los tribunales de justicia, los jueces." (El ministerio público: ¿un adolescente? In: *El Ministerio Público en el proceso penal*, reimpressão. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000. p.21).

resquícios inquisitoriais advindos da metrópole¹³. Apesar disso, este modelo ainda sobrevive em alguns países latino-americanos, como na Argentina, a nível federal (mas não em todas as “províncias”)¹⁴, onde o *Código Procesal Penal de la Nación* de 1991 dispõe ser um dever do Juiz proceder à investigação dos delitos (art. 194)¹⁵, apesar de este mesmo Juiz poder autorizar que a direção da investigação fique a cargo do Ministério Público (arts. 196 e 196-bis)¹⁶.

Por outro lado, cumpre ressaltar que a exportação do modelo inquisitório para a América latina não significou que, na matriz originária, o modelo de investigação tenha evoluído ou se transformado totalmente. Na Espanha, apesar dos progressos legislativos, ainda hoje não se eliminou por completo o papel ativo do Juiz na fase de investigação preliminar¹⁷. O mesmo vale para a França, que conserva, ainda que com limitações, a figura do *juge d’instruction*¹⁸.

Apesar de alguns ordenamentos ainda conservarem, em diferentes graus, o modelo investigatório do Juiz instrutor, uma desejada depuração do sistema acusatório deveria implicar a supressão dessa figura. A simultaneidade das funções de “Juiz” e de “instrutor” distancia-o da sua necessária qualidade de terceiro, aproximando-o da condição de interessado na formação da prova que embasará a acusação¹⁹. De fato, não somente o papel ativo do Juiz na colheita de elementos probatórios acerca do fato criminoso na fase pré-processual, mas também sua iniciativa em matéria probatória,

¹³ Neste sentido, E. Struensee, Introducción, in: MAIER, J. B. J.; K., AMBOS; WOISCHNIK, J. (Coordinadores). *Las reformas procesales penales en América Latina*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000. p.26.

¹⁴ Na Argentina, apesar de o *Código procesal penal de la nación* adotar o modelo do Juiz instrutor, muitos Estados da Federação (as *provincias*) rejeitaram este sistema em seus Códigos de processo penal, depurando o sistema acusatório, como o fez o *Código procesal penal de la provincia de Buenos Aires*, que eliminou a figura do Juiz instrutor. Veja-se, neste sentido, P. J. Bertolino. *El juez de garantías en el Código procesal penal de la provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires: Depalma, 2000. p.7. A evolução do sistema argentino, para além da diversidade de tratamento entre a *Nación* e as *provincias*, despertou o interesse da doutrina alemã, como se pode ver na obra de D. Kühn. *Die Entwicklung des Ministerio Público Fiscal in: Argentinien: Der staatliche Ankläger als Bindeglied zwischen Inquisitionsprozess und adversatorischem Verfahren*. Berlin: Duncker & Humboldt, 2011.

¹⁵ O art. 194 do *Código procesal penal de la nación* (Ley nº 23.984, del 1991) dispõe: “El juez de instrucción deberá proceder directa e inmediatamente a investigar los hechos que aparezcan cometidos en su circunscripción judicial, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 196.”

¹⁶ Dispõem os arts. 196 e 196-bis do *Código procesal penal de la nación*: “Art. 196. El juez de instrucción podrá decidir que la dirección de la investigación de los delitos de acción pública de competencia criminal quede a cargo del agente fiscal, quien deberá ajustar su proceder a las reglas establecidas en la sección II del presente título (...);” “Art. 196-bis. El juez de instrucción podrá decidir que la dirección de la investigación de los delitos de acción pública de competencia criminal quede a cargo del agente fiscal, quien deberá ajustar su proceder a las reglas establecidas en la sección II del presente título (...).”

¹⁷ Os arts. 299 e 303 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* dispõem: “Art. 299. Constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos”; “Art. 303. La formación del sumario, ya empiece de oficio, ya a instancia de parte, corresponderá a los Jueces de Instrucción por los delitos que se cometan dentro de su partido o demarcación respectiva y, en su defecto, a los demás de la misma ciudad o población cuando en ella hubiere más de uno, y a prevención con ellos o por su delegación, a los Jueces municipales.”

¹⁸ Sobre o tema, na França, veja-se M. Rouger. *Le juge d’instruction: échech et mat? Les entretiens de Roya.*, Paris: Larcier, 2009.

¹⁹ Neste sentido, L. Ferrajoli. *Dei diritti e delle garanzie. Conversazione con Mauro Barberis*. Bologna: Il Mulino, 2013. p.52.

após formada a relação processual, bem como a possibilidade de decretação *ex officio* de medidas cautelares, deveriam ser suprimidas por serem incompatíveis com a opção acusatória feita pela grande maioria das democracias constitucionais²⁰.

3. O Modelo Investigatório Policial

No modelo investigatório chamado *policial* as investigações são conduzidas pelas autoridades policiais, as quais não estão submetidas a um efetivo controle, sob o plano funcional, por parte de outro órgão estatal. Este modelo se desenvolveu principalmente nos ordenamentos de *common law* como, por exemplo, nos Estados Unidos da América²¹, na Inglaterra²² e na Escócia²³ e aparece em alguns poucos ordenamentos da família romano-germânica.

O modelo investigatório *policial* não somente é incompatível com o modelo teórico do processo de tipo acusatório, mas sua adoção representa verdadeiro desprestígio aos postulados da acusatoriedade pública. A ausência de controle funcional por parte do órgão encarregado da acusação, bem como a não submissão da atividade instrumental (e não finalística) da polícia a este, representam inquestionável inadequação ao paradigma garantista, no qual os poderes devem ser submetidos a limites e a vínculos objetivos. Sendo óbvio que a prática concreta de atos investigatórios por parte da polícia possui potencialidade lesiva aos direitos fundamentais das pessoas submetidas à investigação, não se pode abdicar de um controle exercido por uma instituição de garantia imparcial e destinada à defesa destes direitos, como o Ministério

²⁰ Neste sentido, a lição de E. Amodio: *“Nel modello del code d’instruction criminelle, in cui questo sistema trova storicamente la sua origine, la dicotomia si impone all’insegna di un compromesso che mira a fondere in un’unica struttura processuale i caratteri del sistema inquisitorio e quelli del sistema accusatorio. L’istruzione viene così ad essere dominata dal fine di accertare la verità reale in funzione di difesa degli interessi della società. (...) Di qui la spinta a concepire il giudice istruttore come il “difensore degli interessi della società”, in un’ottica che sposta oggettivamente il suo ruolo nella sfera accusatoria, allontanandolo dall’imparzialità tipica del giudice.”* (Il ripudio del giudice investigatore ereditato del sistema francese, in: *Processo penale, diritto europeo e common law*. Dal rito inquisitorio al giusto processo. Milano: Giuffrè, 2003. p.106-107).

²¹ Come bem afirma M. Mollo: *“consistenti perplessità suscita, invece, negli stessi autori statunitensi, la questione dell’interrelazione tra gli organi di polizia giudiziaria e l’ufficio del pubblico ministero. Va sottolineato, preliminarmente, che i due organismi risultano del tutto autonomi ed indipendenti. Può anzi osservarsi, in proposito, come la netta separazione fra le funzione di investigare e di accusa costituisca un carattere paradigmatico del modello rituale accusatorio applicato nei sistemi di common law.”* (La polizia giudiziaria tra “crime control” e “due process”, in: R. Gambini Musso (a cura di). *Il processo penale statunitense*. Soggetti ed atti, seconda edizione. Torino: Giappichelli, 2001. p.3).

²² A. Martini observa que, na Inglaterra, a polícia não está sob a direção do *Crown Prosecution Service*, contudo, o *Criminal Justice Act*, de 2003, consagrou a possibilidade, de o *Crown Prosecution Service* emitir diretivas (cujo cumprimento não é obrigatório) à polícia: *“Il s’agit de directives écrites prescrivant la procédure à suivre en cas d’infractions. De fait, elles s’apparentent à des directives de politique pénale générale que l’on rencontre dans les systèmes gouvernés par l’opportunité des poursuites. (...) Il reste que ces textes ne sont pas contraignants pour les forces de police qui demeurent donc, en principe, libres de suivre leur politique pénale. Toutefois, s’ils ne sont pas obligatoires, ils sont fortement incitatifs puisqu’il apparaît qu’ils sont respectés dans l’immense majorité des cas.”* (Anglaterra: un autre parquet? In: C. Lazerges (sous la direction de). *Figures du parquet*. Paris: Puf, 2006. p.60-61).

²³ Como observam A. Cadoppi, A. McCall Smith, *“il compito di investigare i reati in Scozia è affidato alla polizia, che è organizzata a livello locale e non è sotto il controllo del governo centrale.”* (Introduzione allo studio del diritto penale scozzese. Padova: Cedam, 1995. p.37). A respeito das relações entre o Governo e a Polícia escocesa, veja-se N. R. Fyfe. *Policing, surveillance and security in contemporary Scotland*, in: H. Croall, G. Mooney, M. Munro (edited by). *Criminal Justice in Scotland*. Oxon-New York: Willan Publishing, 2010. p.187-189.

Público. Além disso, a atividade concreta da polícia é instrumental, não constitui um fim em si mesma, tem como objetivo unicamente servir ao titular da ação penal. Não há, portanto, sentido na ausência de controle funcional por parte do Ministério Público.

Não se pode simplificar a questão sobre a necessidade da existência de controle sobre a atividade investigatória da polícia, reduzindo-se tal questão a uma mera divisão de funções: a polícia investigaria de maneira autônoma, o Ministério Público exerceria a ação penal de maneira independente e o Juiz julgaria os fatos igualmente com independência. Não. Referidas funções são materialmente distintas e possuem diferentes fontes de legitimação, as quais garantem, ou excluem (como no caso da polícia), sua autonomia. E todas devem ser submetidas a recíprocos controles.

O modelo de investigação que vige nos Estados Unidos, por exemplo, leva quase às últimas consequências a independência da polícia e a ausência de controle sobre as suas atividades por parte do titular da ação penal²⁴. Isto, porém, não torna as investigações mais justas, eficazes e em conformidade com o paradigma garantista²⁵. Muito pelo contrário. A propósito, a teoria das *exclusionary rules*, introduzida pela IV Emenda à Constituição americana, foi elucubrada pelos Tribunais americanos levando-se em consideração exatamente os abusos resultantes das atividades investigatórias policiais.

Como já afirmado, os atos de investigação levados a efeito pela polícia possuem caráter instrumental, cuja finalidade outra não é que servir ao titular da ação penal, a fim de que este possa exercê-la de maneira escorreita e sem abusos. Por este motivo, não se pode conceber a ausência de controle funcional por parte de quem é o destinatário do objeto final da investigação. Do contrário, estar-se-ia conferindo à polícia um poder sem controle, o que comporta grande probabilidade de se converter em abuso, na ausência de limites e de vínculos objetivos ao exercício do poder investigatório. Decerto os atos abusivos, arbitrários ou entabulados na seara da corrupção podem sempre ocorrer em qualquer sistema de investigação preliminar. Cumpre, porém, cuidar de minimizar os riscos. Neste ponto é que se torna evidente a propriedade de se confiar o controle da atividade investigatória a uma instituição de garantia imparcial cujo escopo é precisamente a tutela dos direitos fundamentais.

Outro risco de se concentrar a coordenação da atividade investigatória preliminar nas mãos da polícia consiste no fato de ser esta um órgão dependente do poder político. Não será improvável que o detentor do poder político se veja, pelos mais variados motivos, tentado a impor-se ou a imiscuir-se indevidamente

²⁴ Ressalta M. Mollo, com relação ao processo penal nos Estados Unidos da América, que *“non risulta dunque istituzionalizzato alcun rapporto di gerarchia funzionale tra ufficio del prosecutor ed organi di polizia. Si consideri, a mero titolo di esempio, come in circa un terzo dei procedimenti penali iniziati con l’arresto dell’indagato, sia lo stesso organo d’accusa che deve esplicitamente richiedere la trasmissione del rapporto, mancando in proposito qualsiasi obbligo normativamente imposto alla polizia.”* (La polizia giudiziaria tra “crime control” e “due process”. Cit. p.3).

²⁵ Neste sentido, observa ainda M. Mollo, quanto à atividade da Polícia nos Estados Unidos da América: *“La polizia ha interesse a dimostrare un’alta percentuale di celeri arresti a fronte dei reati denunciati (e ciò può condurre alla confezione affrettata di fascicoli sommari, il cui materiale probatorio si rivelerà assolutamente inadeguato a provare la responsabilità dell’imputato in giudizio).”* (La polizia giudiziaria tra “crime control” e “due process”. Cit. p.3-4).

no que toca à condução das investigações²⁶, com possíveis favorecimentos a outros detentores do poder político ou econômico. Isto permitiria, por vias transversas, uma indesejável sujeição do Ministério Público à política. Seria um verdadeiro paradoxo transformar-se uma instituição de garantia independente como o Ministério Público em um órgão funcionalmente subalterno à polícia²⁷ ou indiretamente subordinado à política, sobretudo em investigações relativas à criminalidade organizada ou à criminalidade política e econômica²⁸. Equivaleria à total inversão de valores colocar o titular do exercício da ação penal sob a dependência das atividades desenvolvidas pela polícia²⁹, sujeitando-o diretamente às orientações desta³⁰ e, indiretamente, aos possíveis influxos do poder político.

Como se passará a analisar adiante, deve o Ministério Público, no sistema acusatório, dirigir e coordenar a atividade investigatória levada a efeito concretamente pela polícia. Desta maneira, a investigação ganhará em efetividade e imparcialidade, resguardando-se, ainda, os direitos fundamentais de liberdade das pessoas submetidas à investigação estatal.

4. O Modelo do Promotor Investigador como o Mais Adequado às Modernas Democracias Constitucionais

Assentadas as características e vistos os respectivos problemas inerentes aos anteriores modelos de investigação preliminar, cumpre passar à análise do chamado modelo do *Promotor investigador*. Sua concepção embrionária remonta à longínqua Idade Média, na França, com a Ordenança Real de 1371, a qual estabelecia as funções do *Parquet* no bojo do processo de tipo inquisitório e lhe permitia, de maneira incipiente, embora com muitas limitações, a coordenação da atividade investigatória³¹. A primeira

²⁶ No sentido do texto, M. Chiavario. La fisionomia del titolare dell'azione penale, tema essenziale di dibattito per la cultura del processo, in: *Pubblico Ministero e riforma dell'ordinamento giudiziario (Atti del Convegno)*. Milano: Giuffrè, 2006. p.21.

²⁷ M. Chiavario. *La fisionomia del titolare dell'azione penale, tema essenziale di dibattito per la cultura del processo*. Cit. p.14-15.

²⁸ Neste sentido, a magistral afirmação de L. Ferrajoli: "Solo una magistratura totalmente indipendente y una policia dependiente de manera exclusiva del Ministerio Público pueden enfrentar con suceso la madeja de intereses y de colusiones con las que hoy está entrelazada cada vez más estrechamente la criminalidad económica organizada." (Los retos de la procuración de justicia en un mundo globalizado. México: Ubijus, 2009. p.25).

²⁹ Como afirma F. O. Guariglia, "resulta artificial que el fiscal deba acusar sobre la base de elementos probatorios que él no ha recogido, careciendo de toda posibilidad de selección con relación a ellos." (Facultades discrecionales del ministerio público e investigación preparatoria: el principio de oportunidad. Cit. p.85). No mesmo sentido, M. Fonseca Andrade refere-se ao princípio "quem acusa investiga" (*Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. Curitiba: Juruá, 2008. p.122).

³⁰ Neste sentido, veja-se H. Lillie. Das Verhältnis von Polizei und Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 106. Band, Berlin-New York: De Gruyter, 1994. p.631.

³¹ Assim explica F. Hélie: "Enfin, une ordonnance du 22 novembre 1371 commence par rappeler dans son préambule: 'que par ordenances royaulz anciennes et notorie fust jà pieçà ordené que aucuns procureurs royaulx ne metroient aucunes personnes quelxconques en cause ou en procès, jusques à ce que informations deues et convenables seroient premièrement et avant toute œuvre faictes sur les faiz et articles qui vendroient à leur cognoissance, et que icelles informations seroient veues et examinées à bonne délibération par les bailliz ou autres juges ordinaires des lieux, présens et appelez les dits procureurs royaulx et les conseillers et advocats étant es diz baillizages;' elle constate ensuite que cette marche n'est plus suivie; 'que noz procureurs et plusieurs leurs substituts, depuis dix ans en çà ou environ, tant en leur nom comme à requeste de plusieurs personnes adjoindes avecques iceux, ont commencié plusieurs causes et procès contre plusieurs personnes, sans informations sur ce

sistematização moderna, contudo, também com algumas contenções, advém somente com o *Code d'instruction criminelle* francês de 1808. Este monumento legislativo, apesar de ter implantado o artificial sistema de tipo misto, no qual prevalecia a atividade do Juiz instrutor, consentiu ao *Parquet* controlar, de maneira limitada, a atividade da polícia, bem como desenvolver uma espécie de investigação direta a respeito dos indícios criminosos nos casos de prisão em flagrante³². Mas foi somente com a implantação do processo de tipo acusatório, já no século XX, que se afirmou de maneira decisiva a função do Ministério Público de coordenar as investigações preliminares. A propósito, como já se afirmou, somente há sentido em se conceber tal função como essencial ao Ministério Público no âmbito do sistema acusatório, no qual se deve afastar o Juiz da atividade investigatória pré-processual.

Importante sublinhar, porém, que a atuação do Ministério Público na coordenação das investigações preliminares possui o idêntico atributo de imparcialidade inerente à atividade judicial. Vale dizer, ao dirigir as investigações, que o *Parquet* deve atuar de maneira imparcial, recolhendo elementos probatórios sobre o fato criminoso cometido, sejam eles desfavoráveis ou favoráveis à pessoa investigada³³. Vários são os ordenamentos que já contam com disposições legais impondo ao Ministério Público a obrigação de buscar e trazer à investigação, de maneira imparcial, elementos probatórios que sejam favoráveis ou desfavoráveis ao investigado. Assim o fizeram o Código de Processo Penal da Bolívia de 1999 (art.

deuement faites; et pour rémédier à cet abus elle prescrit qu'il soit mandé: 'à tous noz baillis, receveurs et procureurs, leurs lieutenans et substituts, que aucuns de noz subgez ne soit désormais mis en cause contre aucun de noz procureurs, sanz informacion faite deuement.'" (*Traité de l'instruction criminelle*. Cit., p.468-469).

³² Estabelecia o art. 22 do *Code d'instruction criminelle* de 1808: "Les procureurs impériaux sont chargés de la recherche et de la poursuite de tous les délits dont la connaissance appartient aux tribunaux de police correctionnelle, ou aux cours speciale, ou aux cours d'assises." Por sua vez, o art. 32 do mesmo *Code* dispunha: "Dans tous les cas de flagrant délit: lorsque le fait, sera de nature à entraîner une peine afflictive ou infamante; le procureur impérial se transportera sur le lieu, sans aucun retard, pour y dresser, les procès-verbaux nécessaires à l'effet de constater le corps du délit, son état, l'état des lieux, et pour recevoir les déclarations des persone qui auraient été presente, ou qui auraient des renseignements à donner. Le procureur impérial donnera avis de son transport au juge d'instruction, sans être toutefois tenu de l'attendre pour procéder, ainsi qu'il est dit au présent chapitre.". Finalmente, o art. 47 estatuiu: "Hors le cas énoncés dans les articles 32 et 46, le procureur impérial instruit, soit par une dénonciation, soit par toute autre voie, qu'il a été commis dans son arrondissement un crime ou un délit, ou qu'une personne qui en est prévenue se trouve dans son arrondissement, sera tenu de requérir le juge d'instruction d'ordonner qu'il en soit informé, même de se transporter, s'il est besoin, sur les lieux, à l'effet d'y dresser tous les procès-verbaux nécessaires, ainsi qu'il sera dit au chapitre des Juges d'instruction."

³³ Neste sentido, precisa a afirmação de C. Roxin: "Esta posición de custodio de la ley, que se ha consolidado dentro del Derecho vigente en las obligaciones del ministerio público de incorporar también el material de descargo y, dado el caso, de interponer recursos a favor del condenado o procurar la revisión, es también de gran actualidad aun para la discusión en el presente, porque proporciona la prueba de que la investigación de los hechos y la decisión jurídica, hechas por el fiscal y por el juez, deben estar presididas exactamente por los mismos fines." (Posición jurídica e tareas futuras del ministerio público, trad. espanhola de Julio B. J. Maier e Fernando J. Córdoba, in: *El Ministerio Público en el proceso penal*, reimpressão. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000. p.41).

72)³⁴, o da Alemanha de 1974 (§160, II)³⁵, o da Itália de 1988 (art. 358)³⁶, a Constituição da Colômbia de 1991 (art. 250, 5)³⁷, a Lei Orgânica do Ministério Público do Chile de 1999 (art. 3º)³⁸ e até mesmo o Tratado de Roma, a respeito da Procuradoria perante a Corte Penal Internacional (art. 54, I, a)³⁹.

Com efeito, a afirmação do sistema acusatório trouxe consigo mudanças significativas nos ordenamentos jurídicos, os quais passaram a confiar expressamente ao Ministério Público o controle e a coordenação das investigações pré-processuais, submetendo a polícia, sob o aspecto funcional, àquele. Muitas vezes, isto se deu por intermédio de normas constitucionais; em outras hipóteses, coube ao legislador ordinário proceder a tal inovação. Em verdade, alguns ordenamentos inseriram tal função como essencial ao Ministério Público em suas cartas constitucionais com vistas a escapar à volubilidade do legislador ordinário.

Desta maneira, algumas recentes Constituições, adotando o sistema acusatório público, conferiram expressamente ao Ministério Público a função de dirigir e coordenar as investigações pré-processuais. Na América Latina, onde quase todos os ordenamentos eliminaram a figura do Juiz instrutor herdado da tradição franco-espanhola, muitos países declararam solenemente em suas cartas constitucionais que o Ministério possui como função institucional a coordenação das investigações criminais preliminares⁴⁰. Assim, têm-se como exemplos a Constituição do Chile de 1980, com a reforma de 2005 (art. 83)⁴¹,

³⁴ Estabelece o art. 72 do *Código de procedimiento penal boliviano*, de 1999: “*Los fiscales velarán por el cumplimiento efectivo de las garantías que reconocen la Constitución Política del Estado, las Convenciones y Tratados internacionales vigentes y las leyes. En su investigación tomarán en cuenta no sólo las circunstancias que permitan comprobar la acusación, sino también las que sirvan para eximir de responsabilidad al imputado; formulando sus requerimientos conforme a este criterio.*”

³⁵ Estatui o §160, II, da *Strafprozeßordnung alemã*: “*Die Staatsanwaltschaft hat nicht nur die zur Belastung, sondern auch die zur Entlastung dienenden Umstände zu ermitteln und für die Erhebung der Beweise Sorge zu tragen, deren Verlust zu besorgen ist.*”

³⁶ O art. 358 do *Codice di procedura penale italiano* dispõe: “*Il pubblico ministero compie ogni attività necessaria ai fini indicati nell’articolo 326 e svolge altresì accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini.*”

³⁷ Dispõe o art. 250, 5, da Constituição da Colômbia: “*La Fiscalía General de la Nación está obligada a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado, y a respetar sus derechos fundamentales y las garantías procesales que le asisten.*”

³⁸ A Lei orgânica do Ministério Público do Chile (*Ley 19.640, de 1999*) dispõe em seu art. 3º: “*En el ejercicio de su función, los fiscales del Ministerio Público adecuarán sus actos a un criterio objetivo, velando únicamente por la correcta aplicación de la ley. De acuerdo con ese criterio, deberán investigar con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad del imputado, sino también los que le eximan de ella, la extingan o la atenúen.*”

³⁹ O art. 54, I, a, do Estatuto da Corte penal internacional estabelece: “O Procurador deverá: a) a fim de estabelecer a verdade dos fatos, alargar o inquérito a todos os fatos e provas pertinentes para a determinação da responsabilidade criminal, em conformidade com o presente estatuto e, para esse efeito, investigar, de igual modo, as circunstâncias que interessam quer à acusação, quer à defesa.”

⁴⁰ Com relação às reformas processuais penais introduzidas em vários ordenamentos da América Latina, afirmam K. Ambos, J. Woischnik: “*Entre las modificaciones más importantes introducidas al Derecho procesal penal de Bolivia, Chile, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Paraguay y Venezuela figura por un lado la transferencia del dominio de las investigaciones preliminares del juez de instrucción al Ministerio Público.*” (*Las reformas procesales penales en América latina*, in: J. B. J. Maier, K. Ambos, J. Woischnik (Coordenadores). *Las reformas procesales penales en América latina*. Buenos Aires: Ad Hoc-Konrad Adeneur Stiftung-Instituto Max Planck, 2000. p.893).

⁴¹ Estatui o art. 83 da Constituição do Chile de 1980: “*Un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público, dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley (...)*”.

a Constituição do Peru de 1993 (art. 159, 4)⁴², a Constituição da Venezuela, com a reforma de 2007 (art. 285, 3)⁴³ e a Constituição do Equador de 2008 (art. 195)⁴⁴. Esta tendência constitucional chegou até mesmo ao continente africano e algumas Constituições deste continente igualmente estabeleceram que é o Ministério Público quem deve coordenar as investigações. Assim o fizeram, por exemplo, a Constituição da África do Sul de 1996 (art. 179, 2)⁴⁵, bem como a Constituição de Angola de 2010 (art. 186, f)⁴⁶.

Em muitos ordenamentos, porém, sobretudo na Europa, a introdução das mesmas disposições se deu por intermédio do legislador infraconstitucional. Com exceção da Constituição da Romênia de 2003 (art. 131, 3)⁴⁷, incumbiu à legislação ordinária estabelecer como função essencial do Ministério Público a coordenação das investigações preliminares. Assim o fez primeiramente a Alemanha, com a reforma da *Strafprozeßordnung* em 1974, estabelecendo ser função da Promotoria (*Staatsanwaltschaft*) dirigir a investigação sobre os fatos criminosos, com o objetivo de promover a ação penal⁴⁸. O mesmo fez Portugal, com o Código de Processo Penal de 1987, que determinou ser função do Ministério Público dirigir o *inquérito* (art. 263º)⁴⁹. Na Itália, o Código de Processo Penal de 1988 dispôs expressamente que é o Ministério Público quem dirige as investigações (art. 327, 1)⁵⁰. Verificou-se o mesmo na Polónia,

⁴² Dispõe o art. 159, 4, da Constituição do Peru de 1993: “Corresponde al Ministerio Público: (...) 4. Conducir desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función.”

⁴³ O art. 285, 3, da Constituição da Venezuela, com a reforma de 2007, prevê: “Son atribuciones del Ministerio Público: (...) 3. Ordenar y dirigir la investigación penal de la perpetración de los hechos punibles para hacer constar su comisión con todas las circunstancias que puedan influir en la calificación y responsabilidad de los autores y demás participantes, así como el aseguramiento de los objetos activos y pasivos relacionados con la perpetración.”

⁴⁴ A Constituição do Equador de 2008 dispõe em seu art. 195: “La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal. Para cumplir sus funciones, la Fiscalía organizará y dirigirá un sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, que incluirá un personal de investigación civil y policial; dirigirá el sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes en el proceso penal; y, cumplirá con las demás atribuciones establecidas en la ley.”

⁴⁵ A Constituição da África do Sul de 1996, em seu art. 179, 2, estatui: “The prosecuting authority has the power to institute criminal proceedings on behalf of the state, and to carry out any necessary functions incidental to instituting criminal proceedings.”

⁴⁶ Estabelece o art. 186, f, da Constituição de Angola de 2010: “Ao Ministério Público compete representar o Estado, defender a legalidade democrática e os interesses que a lei determinar, promover o processo penal e exercer a ação penal, nos termos da lei, nomeadamente: (...) f) Dirigir a fase preparatória dos processos penais, sem prejuízo da fiscalização das garantias fundamentais dos cidadãos por magistrado judicial, nos termos da lei.”

⁴⁷ Dispõe o art. 131, 3, da Constituição da Romênia de 2003: “Parchetele functioneaza pe lângă instanta de judecată, conduc și supravegheaza activitatea de cercetare penală a poliției judiciare, în condițiile legii.” A respeito desta função do Ministério Público romeno, veja-se R. Panait. Le ministère public roumain: évolution et controverses, in: C. Lazerges (sous la direction de). *Figures du parquet*. Paris: Puf, 2006. p.155.

⁴⁸ Dispõe o §160, 1, da *Strafprozessordnung* alemã: “Sobald die Staatsanwaltschaft durch eine Anzeige oder auf anderem Wege von dem Verdacht einer Straftat Kenntnis erhält, hat sie zu ihrer Entschliebung darüber, ob die öffentliche Klage zu erheben ist, den Sachverhalt zu erforschen.”

⁴⁹ Prevê o art. 263º do Código de Processo Penal português: “Direcção do inquérito. 1 A direcção do inquérito cabe ao Ministério Público, assistido pelos órgãos de polícia criminal. 2 Para efeito do disposto no número anterior, os órgãos de polícia criminal actuam sob a directa orientação do Ministério Público e na sua dependência funcional.”

⁵⁰ O art. 327, 1, do *Codice di procedura penale* de 1988, com redacção dada pela *Legge 26 de marzo 2001*, dispõe: “Il pubblico ministero dirige le indagini e dispone direttamente della polizia giudiziaria che, anche dopo

com o Código de Processo Penal de 1997 (arts. 309 a 311), colocando-se as investigações sob o controle do Ministério Público⁵¹. Também na República Checa, com a reforma de 2001 (Lei nº 265 de 2001) ao Código de Processo Penal de 1961, o Ministério Público se transformou no condutor das investigações, controlando diretamente a atividade da polícia⁵². Na Holanda, as investigações são conduzidas pelo Promotor de Justiça (*Officier van justitie*)⁵³, o primeiro na lista dos órgãos que podem iniciar as investigações, segundo o que dispõe o art. 148 do Código de Processo Penal holandês⁵⁴. Na Áustria, embora o art. 90-A da Constituição⁵⁵ já houvesse estabelecido que ao Ministério Público competia desenvolver suas funções também na fase investigatória, somente com a reforma de 2007 ao Código de Processo Penal de 1873 (§101)⁵⁶, o ordenamento austríaco se aproximou do modelo alemão⁵⁷, tendo o Ministério Público assumido

la comunicazione della notizia di reato, continua a svolgere attività di propria iniziativa secondo le modalità indicate nei successivi articoli. Sobre o tema, veja-se A. Scaglione. *La gestione delle indagini preliminari: la fisionomia dei rapporti tra Pubblico Ministero e polizia giudiziaria*, in: G. Di Chiara (a cura di). *Il processo penale tra politiche di sicurezza e nuovi garantismi*. Torino: Giappichelli, 2003. p.207-223.

⁵¹ Relativamente às duas formas de investigação preliminar existentes na Polónia, com o novo Código de processo penal de 1997, afirma E. Weigend: *“Das Untersuchungsverfahren wird bei allen Verbrechen und bei schwerwiegenden Vergehen (Art. 309, §1 Nr. 1-5) vom Staatsanwalt geleitet (Art. 311, §1), wobei die Durchführung von Beweishandlungen der Polizei übertragen werden kann (Art. 311, §3). Das Ermittlungsverfahren wird – unter staatsanwaltschaftlicher Aufsicht – von der Polizei (Art. 311, §2) immer dann durchgeführt, wenn ein Untersuchungsverfahren nicht zwingend vorgeschrieben ist (Art. 310, §1).”* (Grundzüge der neuen polnischen Strafprozessordnung von 1997, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 115. Band, Berlin: De Gruyter, 2003. p.158).

⁵² A expressão é de M. Löff, a qual, em relação ao sistema investigativo da República Checa, acrescenta: *“Er ist berechtigt, im Rahmen seiner Aufsicht über das Vorverfahren verbindliche Weisungen zu erteilen, von den Polizeorganen Akten und Schriftsätze zu verlangen und diese zu kontrollieren sowie in der Form eines schriftlichen Vermerks darüber zu entscheiden, welche Handlungen das Polizeiorgan zur Beendigung der Sache vornehmen soll (§174). Der Staatsanwalt trifft nun alle Entscheidungen im Vorverfahren (§175).”* (Die „große“ Strafprozessnovelle 2001 der Tschechischen Republik – Eine Auswahl der wichtigsten Änderungen, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 114. Band, Berlin: De Gruyter, 2002. p.908).

⁵³ Como afirma P. J. P. Tak, relativamente ao processo penal holandês, *“die Leitung des Ermittlungsverfahrens liegt in Händen des Staatsanwalts. Dieser wird in der gesetzlichen Aufzählung der Personen, die mit den Ermittlungen beauftragt sind, als ersten genannt (Art. 141 nl. StPO). Er kann im Ermittlungsverfahren den übrigen Personen, die mit den Ermittlungen beauftragt sind, Anweisungen erteilen (Art. 148 Abs. 2 nl. StPO). Die Ermittlungsbeamten sind ihm untergeordnet”* (Das Ermittlungsverfahren in den Niederlanden, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 112. Band, Berlin-New York: De Gruyter, 2000. p.179).

⁵⁴ Dispõe, a propósito, o art. 148 do Código de Processo Penal holandês: *“1. De officier van justitie is belast met de opsporing van de strafbare feiten waarvan de rechtbank in het arrondissement waarin hij is aangesteld, kennisneemt, alsmede met de opsporing binnen het rechtsgebied van die rechtbank van de strafbare feiten waarvan andere rechtbanken kennisnemen. 2. Hij geeft daartoe bevelen aan de overige personen met de opsporing belast. Zoo de opsporing door hem persoonlijk geschiedt, doet hij van zijne bevinding blijken bij proces-verbaal opgemaakt op zijn ambtseed; daarbij moeten tevens zooveel mogelijk uitdrukkelijk worden opgegeven de redenen van wetenschap.”*

⁵⁵ Dispõe o art. 90-a da Constituição austríaca: *“Staatsanwälte sind Organe der Gerichtsbarkeit. In Verfahren wegen mit gerichtlicher Strafe bedrohter Handlungen nehmen sie Ermittlungs- und Anklagefunktionen wahr. Durch Bundesgesetz werden die näheren Regelungen über ihre Bindung an die Weisungen der ihnen vorgesetzten Organe getroffen.”*

⁵⁶ O §101 do Código de processo penal austríaco dispõe: *“(1) Die Staatsanwaltschaft leitet das Ermittlungsverfahren und entscheidet über dessen Fortgang und Beendigung. Gegen ihren erklärten Willen darf ein Ermittlungsverfahren weder eingeleitet noch fortgesetzt werden.”*

⁵⁷ Neste sentido, K. Schmoller. *Neues Strafprozessrecht in Österreich*, in: *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, HEILDELBERG, R. v. Decker's, 2009. p.506, o qual afirma: *“Verbunden mit einer verfassungsrechtlich abgesicherten Stellung der Staatsanwaltschaft und einen dahinter stehenden gerichtlichen Rechtsschutz erweist sich die staatsanwaltschaftliche Leitung des Ermittlungsverfahrens somit als optimale Lösung”* (ivi, p.511)

a direção das investigações. Finalmente, pode-se citar a Suíça que, com o Código de Processo Penal Federal de 2007, conferiu ao Ministério Público a direção das investigações preliminares, subordinando a polícia às suas instruções (arts. 15 e 16)⁵⁸.

Também no plano transnacional, a mesma tendência foi adotada com relação às investigações levadas a cabo pela Procuradoria perante a Corte Penal Internacional. Cuida-se de órgão do Ministério Público dotado de amplos poderes de investigação e detentor da obrigação de zelar pelos direitos fundamentais dos investigados⁵⁹. Pode-se afirmar que a criação da Procuradoria perante a Corte Penal Internacional⁶⁰, apesar das dificuldades resultantes das diferenças existentes entre os ordenamentos, constituiu um passo à frente no tocante à efetividade das investigações transnacionais, bem como para a concretização da tutela, por intermédio do processo penal, dos direitos fundamentais reconhecidos internacionalmente⁶¹.

Esta panorâmica sobre como os ordenamentos consagraram o modelo do Promotor investigador, nos níveis legislativo, constitucional e de tratados transnacionais, evidencia o nexo causal entre a consolidação do sistema acusatório e o controle das investigações preliminares por parte do Ministério Público. Mas também denota a busca, por parte dos legisladores, por um melhor funcionamento das investigações, com vistas ao correto funcionamento do paradigma garantista do Estado constitucional de direito.

Obviamente, não é simples o fato de um grande número de ordenamentos jurídicos consagrar o modelo do Promotor investigador que fará com que a função de coordenar as investigações deva ser considerada como essencial ao Ministério Público. Na verdade, é o critério meta-ético relativo à função de tutela dos *interesses*

⁵⁸ Dispõe o art. 16 do Código de processo penal federal da Suíça de 2007: *“Le ministère public est responsable de l'exercice uniforme de l'action publique. Il lui incombe de conduire la procédure préliminaire, de poursuivre les infractions dans le cadre de l'instruction et, le cas échéant de dresser l'acte d'accusation et de soutenir l'accusation.”*. Já o art. 15, 2, do mesmo Código, dispõe: *“La police enquête sur des infractions de sa propre initiative, sur dénonciation de particuliers ou d'autorités ainsi que sur mandat du ministère public; dans ce cadre, elle est soumise à la surveillance et aux instructions du ministère public.”*

⁵⁹ O art. 54 do Estatuto de Roma da Corte penal internacional, quanto às funções e deveres do Procurador em matéria de inquérito dispõe: *“1. O Procurador deverá: a) a fim de estabelecer a verdade dos fatos, alargar o inquérito a todos os fatos e provas pertinentes para a determinação da responsabilidade criminal, em conformidade com o presente Estatuto e, para esse efeito, investigar, de igual modo, as circunstâncias que interessam quer à acusação, quer à defesa; b) adotar as medidas adequadas para assegurar a eficácia do inquérito e do procedimento criminal relativamente aos crimes da jurisdição do Tribunal e, na sua atuação, o Procurador terá em conta os interesses e a situação pessoal das vítimas e testemunhas, incluindo a idade, o gênero tal como definido no parágrafo 3º do artigo 7º, e o estado de saúde; terá igualmente em conta a natureza do crime, em particular quando envolva violência sexual, violência por motivos relacionados com a pertença a um determinado gênero e violência contra as crianças; c) respeitar plenamente os direitos conferidos às pessoas pelo presente Estatuto.”*

⁶⁰ Na verdade, a primeira instituição de uma Procuradoria perante um Tribunal penal internacional remonta ao término da Segunda Guerra Mundial, com o Tribunal de Nuremberg, como bem sublinhou M. Jacquelin, *Le Bureau du procureur près la Cour pénale internationale, enfant d'une métamorphose*, in: LAZERGES, Christine (sous la direction de). *Figures du parquet*, Paris: Puf, 2006. p.238). As outras experiências anteriores ao Tratado de Roma são o Tribunal Penal Internacional para a ex Iugoslávia, de 1993, e o Tribunal Penal Internacional para Ruanda, de 1994.

⁶¹ Ressalta, neste sentido, E. Zanetti: *“Sulla fisionomia della fase che precede il giudizio ha, invece, inciso la pressante necessità di mediare tra le diverse tradizioni e i diversi sistemi giuridici degli Stati a confronto, in vista di una sintesi rispettosa dei diritti fondamentali e dello standard di garanzie riconosciute a livello internazionale.”* (L'esercizio dell'azione penale e la conferma dell'accusa, in: G. Latanzi; V. Monetti (a cura di). *La Corte penale internazionale. Organi – competenza – reati – processo*, Milano: Giuffrè, 2006. p.1090).

sociais por parte do Ministério Público que justifica a adoção deste modelo. Este critério justificador implica a preocupação com os direitos fundamentais dos investigados⁶², com vistas à minimização do risco de que tais direitos venham a ser violados, bem como a necessidade de se conferir efetividade à investigação, conferindo sua coordenação a uma instituição de garantia independente e imparcial⁶³.

Há, portanto, razões filosófico-políticas que justificam conferir ao Ministério Público, dentro do sistema acusatório, o controle sobre a atividade preliminar de investigação realizada concretamente pela polícia, a qual deve ser colocada, sob o plano funcional, sob a dependência daquele. Com efeito, ao *Parquet*, instituição de garantia independente e imparcial, incumbirá o exercício da ação penal. Deve, portanto, controlar e dirigir, desde o nascedouro, os elementos probatórios que lhe servirão para levar à apreciação do Poder Judiciário a imputação que formulará em face do investigado. Ter-se-á, desta maneira, investigação revestida de efetividade, com necessário acatamento aos princípios da legalidade e da isonomia, além de imparcialidade na colheita dos elementos informativos que subsidiarão o exercício da ação penal ou, na hipótese contrária, o requerimento de arquivamento da investigação.

Como se pode constatar, portanto, o modelo do *Promotor investigador* não é apenas uma moderna tendência processual⁶⁴. Cuida-se de um modelo garantista de investigação, cujo escopo consiste precisamente em preservar e minimizar as possíveis transgressões aos direitos fundamentais dos investigados, bem como conferir efetividade à própria investigação, dois valores essenciais em um Estado Democrático de Direito⁶⁵.

Bibliografia

ALESSI, Giorgia. *Il processo penale*. Profilo storico. Seconda edizione. Roma-Bari: Laterza, 2009.

AMBOS, Kai; WOISCHNIK, Jan. Las reformas procesales penales en América latina, in: MAIER, Julio B. J.; _____; _____ (Coordinadores). *Las reformas procesales penales en América latina*, Buenos Aires: Ad Hoc-Konrad Adeneur Stiftung-Instituto Max Planck, 2000.

⁶² Neste sentido os parágrafos 22 e 23 da Recomendação nº 2000/19, do Comitê dos Ministros do Conselho da Europa: “*d’une manière générale, le ministère public doit vérifier la légalité des enquêtes de police, à tout le moins lorsqu’il décide d’engager ou de continuer l’action publique. À cet égard, il doit aussi contrôler la façon dont la police respecte les droits de l’homme.*”

⁶³ Neste sentido, J. F. López Aguilar, La riforma della giustizia in Spagna, trad. italiana de Daniela Lazzaro, in: S. Gambino (a cura di). *La magistratura nello Stato costituzionale*. Teoria ed esperienze a confronto. Milano: Giuffrè, 2004. p.139.

⁶⁴ V. Fairén-Guillén. Tendencias actuales del derecho procesal penal, in: J. L. Soberanes Fernández (a cura di). *Tendencias actuales del derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México – Fondo de Cultura Económica, 2001. p.18-19.

⁶⁵ Precisa, neste sentido, a observação de J. B. J. Maier: “*un ministerio público así construido debe cumplir la misión esencial de controlar a la policía para que sus procedimientos se ajusten a las reglas del Estado de Derecho, de modo tal que, como von Savigny lo había expresado, los funcionarios de la policía criminal, los más inclinados a violaciones jurídicas contra el imputado durante su tarea de investigación, queden bajo su supervisión y cumplan sus órdenes.*” (El ministerio público: ¿un adolescente? *Cit.* p.31). No mesmo sentido, C. Roxin: “*(...) el significado del ministerio público reside en el control sobre la policía, inherente al Estado de Derecho, que él debe ejercer.*” (Posición jurídica e tareas futuras del ministerio público. *Cit.* p.41). Ainda com a mesma opinião, P. Milburn; K. Kostulski; D. Salas. *Les procureurs. Entre vocation judiciaire et fonctions politiques*. Paris: Puf, 2010 p.111.

AMODIO, Ennio. Il ripudio del giudice investigatore ereditato del sistema francese, *in: Processo penale, diritto europeo e common law*. Dal rito inquisitorio al giusto processo. Milano: Giuffrè, 2003.

ARAÚJO DE SOUZA, Alexander. A possibilidade de o Ministério Público praticar atos investigatórios preparatórios à ação penal: uma moderna tendência processual, *in: DALLA, Humberto (Coordenador). Temas contemporâneos de direito processual*. Segunda série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *O abuso do direito no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. O Promotor de Justiça investigador e a teoria das provas ilícitas, *in: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 17, Rio de Janeiro, jan./jun., 2003.

BATLOUNI MENDRONI, Marcelo. *Curso de investigação criminal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BERTOLINO, Pedro J. *El juez de garantías en el Código procesal penal de la provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires: Depalma, 2000.

BRUZZONE, Gustavo A. Fiscales y política criminal. Una aproximación al proceso de selección de los delitos que llegarán al juicio oral, *in: El Ministerio Público en el proceso penal*, reimpressão, Buenos Aires: Ad Hoc, 2000.

CADOPPI, Alberto; MCCALL SMITH, Alexander. *Introduzione allo studio del diritto penale scozzese*. Padova: Cedam, 1995.

CARNELUTTI, Francesco. *Le miserie del processo penale*. Roma: Radio Italiana, 1957.

CHIAVARIO, Mario. La fisionomia del titolare dell'azione penale, tema essenziale di dibattito per la cultura del processo, *in: Pubblico Ministero e riforma dell'ordinamento giudiziario (Atti del Convegno)*. Milano: Giuffrè, 2006.

FAIRÉN-GUILLÉN, Victor. Tendencias actuales del derecho procesal penal, *in: SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis (a cura di) Tendencias actuales del derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México-Fondo de Cultura Económica, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Dei diritti e delle garanzie. Conversazione con Mauro Barberis*. Bologna: Il Mulino, 2013.

_____. *Los retos de la procuración de justicia en un mundo globalizado*. México: Ubijus, 2009.

FONSECA ANDRADE, Mauro. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. Curitiba: Juruá, 2008.

FYFE, Nicholas F. Policing. Surveillance and security in contemporary Scotland, *in: CROALL, Hazel; MOONEY, Gerry; MUNRO, Mary (edited by). Criminal Justice in Scotland*. Oxon-New York: Willan Publishing, 2010.

GUARIGLIA, Fabricio O. Facultades discrecionales del ministerio público e investigación preparatoria: el principio de oportunidad, in: *El Ministerio Público en el proceso penal*, reimpresión. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000.

HASSAN CHOUKR, Fauzi. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

HEGHMANN, Michael. Die processuale Rolle der Staatsanwaltschaft, in: HEILDEBERG, R. v. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*. Decker, 2003.

HÉLIE, Faustin. *Traité de l'instruction criminelle*, première partie. Paris: Charles Hingay, 1845.

JACQUELIN, Mathieu. *Le Bureau du procureur près la Cour pénale internationale, enfant d'une métamorphose*, in: LAZERGES, Christine (sous la direction de). *Figures du parquet*. Paris: Puf, 2006.

JEAN, Jean-Paul. Le modèle du magistrat du Ministère Public en Europe: un professionnel impartial, in: *Cour de cassation (sous l'égide de), Quel avenir pour Ministère Public?* Paris: Dalloz, 2008.

KÜHN, David. Die Entwicklung des Ministerio Público Fiscal, in: *Argentinien: Der staatliche Ankläger als Bindeglied zwischen Inquisitionsprozess und adversatorischem Verfahren*. Berlin: Duncker & Humboldt, 2011.

LILIE, Hans. Das Verhältnis von Polizei und Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 106. Band, Berlin-New York: De Gruyter, 1994.

LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LÖFF, Michaela. Die große Strafprozessnovelle 2001 der Tschechischen Republik – Eine Auswahl der wichtigsten Änderungen, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 114. Band, Berlin: De Gruyter, 2002.

LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando. La riforma della giustizia in Spagna, trad. italiana de Daniela Lazzaro, in: GAMBINO, Silvio (a cura di). *La magistratura nello Stato costituzionale*. Teoria ed esperienze a confronto. Milano: Giuffrè, 2004.

LUNDQVIST, Ulf. Das Ermittlungsverfahren, in Schweden, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 112. Band, Berlin-New York: De Gruyter, 2000.

MAIER, Julio. B. J. *El ministerio público: ¿un adolescente?* El Ministerio Público en el proceso penal, reimpresión. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000.

MANSO PORTO, Teresa. Strafverfahren und Polizei in Lateinamerika, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 114. Band, Berlin: De Gruyter, 2002.

MARTINI, Aurélien. Anglaterre: un autre parquet? In: LAZERGES, Christine (sous la direction de). *Figures du parquet*, Paris: Puf, 2006.

MILBURN, Philip; KOSTULSKI, Katia; SALAS, Denis. *Les procureurs. Entre vocation judiciaire et fonctions politiques*. Paris: Puf, 2010.

MOLLO, Michele. La polizia giudiziaria tra “crime control” e “due process”, in: GAMBINI MUSSO, Rosanna (a cura di). *Il processo penale statunitense*. Soggetti ed atti, seconda edizione. Torino: Giappichelli, 2001.

PANAIT, Romana. Le ministère public roumain: évolution et controverses, in: C. LAZERGES (sous la direction de). *Figures du parquet*. Paris: Puf, 2006.

ROUGER, Michel. *Le juge d’instruction: échec et mat?* Les entretiens de Royan. Paris: Larcier, 2009.

ROXIN, Claus. Posición jurídica e tareas futuras del ministerio público, trad. espanhola de Julio B. J. Maier e Fernando J. Córdoba, in: *El Ministerio Público en el proceso penal*, reimpressão. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000.

RUSCONI, Maximiliano A. División de poderes en el proceso penal e investigación a cargo del ministerio público, in: *El Ministerio Público en el proceso penal*, reimpressão. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000.

SCAGLIONE, Antonio. La gestione delle indagini preliminari: la fisionomia dei rapporti tra Pubblico Ministero e polizia giudiziaria, in: DI CHIARA, Giuseppe (a cura di). *Il processo penale tra politiche di sicurezza e nuovi garantismi*. Torino: Giappichelli, 2003.

SCHMOLLER, Kurt. Neues Strafprozessrecht in Österreich, in: HEILDELBERG, R. v. *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*. Decker’s, 2009.

STRUENSEE, Eberhard. Introducción, in MAIER, Julio B. J.; AMBOS, Kai; WOISCHNIK, Jan (Coordinadores). *Las reformas procesales penales en América Latina*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.

TAK, Peter J. P. Das Ermittlungsverfahren in den Niederlanden, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 112. Band, Berlin-New York: De Gruyter, 2000.

WEIGEND, Ewa. Grundzüge der neuen polnischen Strafprozessordnung von 1997, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 115. Band, Berlin: De Gruyter, 2003.

ZANETTI, Elena. L’esercizio dell’azione penale e la conferma dell’accusa, in: LATANZI, Giorgio; MONETTI, Vito (a cura di), *La Corte penale internazionale. Organi – competenza – reati – processo*. Milano: Giuffrè, 2006.

A Indenização Civil *ex Delicto* Prevista no Artigo 387, IV, do Código de Processo Penal e a Necessidade de Maior Preocupação com as Vítimas

Alexandre Rocha Almeida de Moraes*
Annunziata Alves Iulianello**

Sumário

1. Introdução. 2. A Vítima: de Protagonista à Figura Esquecida. 3. Vitimologia e a Nova Preocupação com as Vítimas de Crimes. 4. Vitimização Secundária e Processo Penal. 5. A Vítima e a Importância da Reparação do Dano. 6. O Artigo 387, Inciso IV, do Código de Processo Penal – Fixação de Valor Mínimo para Reparação do Dano por Ocasão da Prolação de Sentença Condenatória. 6.1. Fixação *ex Officio* pelo Juiz na Sentença. 6.2. Fixação de Valor Devido a Título de Danos Morais. 7. Conclusão. Referências.

Resumo

A vítima, ao longo da história, na ciência penal e processual penal, migrou do papel de protagonista para o de figura esquecida. Recentemente, porém, passou-se a ter novamente uma maior preocupação com as vítimas de crimes, havendo reformas legislativas na esfera processual penal de forma a possibilitar medidas mais efetivas que demonstrem uma maior preocupação com as vítimas. Neste cenário, a reparação de dano ganha substancial importância no movimento de política criminal orientado para as vítimas de crimes. A inserção do inciso IV ao artigo 387 do CPP representa inequivocamente a intenção de dar maior relevância aos interesses reparatórios das vítimas, sendo certo, porém, que, na prática, a aplicação de tal dispositivo tem encontrado algumas dificuldades, em especial no que diz respeito à possibilidade, ou não, de fixação do valor mínimo devido a título de indenização de ofício pelo juiz, bem como em se saber se tal valor poderia abarcar os danos morais. O escopo do presente artigo é justamente fazer uma breve análise desta mudança de posicionamento em relação à vítima, ou seja, de protagonista à figura esquecida, aferindo-se como a possibilidade de fixação de valor mínimo a título de indenização para a vítima, na sentença penal condenatória, é fruto de uma política criminal orientada para a valoração da vítima, com sucinta análise das principais controvérsias acerca da aplicação do citado dispositivo legal.

* Mestre e Doutor em Direito Penal pela PUC/SP. Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo. Coordenador dos cursos de pós-graduação da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo (CEAF/ESMP).

** Especialista em Direito pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. Mestranda em Direito Processual Penal pela PUC/SP. Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo.

Palavras-chave: Vítima. Reparação do dano. Processo Penal. Vitimização secundária. Sentença penal condenatória. Artigo 387, inciso IV, do Código Penal.

1. Introdução

No período em que vigia a ideia de vingança privada, a vítima possuía um papel de protagonismo. Entretanto, a partir do momento em que o Estado trouxe para si o monopólio do chamado *jus puniendi*, a vítima, inegavelmente, passou a ter uma posição meramente periférica. Institucionalizou-se uma relação praticamente exclusiva e verticalizada entre Estado e delinquente.

Nesse cenário, perdeu importância a preocupação com a satisfação dos interesses das vítimas, especialmente no que tange às medidas de cunho reparatório.

Para esse Direito Penal, já de vingança pública, a vítima passou a ser tratada como um mero sujeito passivo ou objeto material do crime.

Já para o Processo Penal, a vítima passou a ser tomada, via de regra, como mera “informante”, com relevância tão somente para a reconstrução dos fatos submetidos à análise do julgador em sua persuasão racional.

Nesse sentido, aquilo que se convencionou denominar de processo penal clássico de inspiração iluminista somente assumiu uma vertente do garantismo: a acepção negativa e de proibição de excessos estatais, ou seja, nesse modelo processual, praticamente toda a atenção é dirigida apenas à tutela dos direitos e garantias fundamentais do acusado, não havendo, muitas vezes, sequer menção à necessidade de se resguardar os direitos da vítima.

Essa dialética de Estado opressor *versus* indivíduo oprimido, ainda que seja necessária no contexto de um Estado Democrático de Direito, não existe mais em sua forma pura e exclusiva.

O processo não é apenas um instrumento técnico, eis que reflete valores políticos e ideológicos de uma nação.

Espelha, em determinado momento histórico, as diretrizes básicas do sistema político do país, na eterna busca de equilíbrio na concretização de dois interesses fundamentais: o de assegurar ao Estado mecanismos para atuar o seu poder punitivo e o de garantir ao indivíduo instrumentos para defender os seus direitos e garantias fundamentais e para preservar a sua liberdade.¹

O novo processo de caráter constitucional que consagra, tal qual o fazia a Constituição Imperial de 1824, garantias processuais penais, nesse contexto

¹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6ª edição. Editora Revista dos Tribunais. p. 21.

democrático, convive com outra faceta do garantismo, denominado de social ou positivo, apresentando um novo personagem que, legitimamente, interfere na relação Estado e delinquente: a sociedade.

Com efeito, a necessidade de tutela de novos bens que transcendem a individualidade (difusos e coletivos), apresentaram uma nova faceta de vítimas (agora difusas e que, por vezes, representam toda a sociedade) que, como tais, reivindicam um novo papel na dogmática penal e processual penal da pós-modernidade.

A Constituição cidadã tutelou novos sujeitos passivos e novos gestores da moral, demandando a criminalização de novos interesses – os bens difusos que não mais dizem respeito a vítimas específicas, mas a todos os indivíduos de modo geral. Aliás, a “individualidade de massas” representou o primeiro sinal característico da globalização e da sociedade “pós-moderna”, como se dá na tutela penal do meio ambiente.²

Além disso, a nova ordem constitucional é oriunda de um Estado de bem-estar social e, portanto, de uma sociedade de classes passivas (pensionistas, desempregados, destinatários de serviços públicos, consumidores etc.) que se convertem em sujeitos de direitos e que demandam do Poder Político a tutela dos seus novos interesses, até então, estranhos ao sistema jurídico-penal.³

Nesse sentido, ainda que essa transição esteja em gradual transformação, já é possível reconhecer uma nova preocupação com as vítimas do crime, especialmente na esfera processual penal, na medida em que as mais recentes alterações legislativas de cunho processual⁴ demonstram uma preocupação de se evitar a chamada vitimização secundária⁵.

É possível verificar a ideia de se pensar em um processo penal que tenha a missão não apenas de servir como um instrumento para o exercício do direito de punir do Estado e para a proteção dos direitos e garantias fundamentais do acusado, mas também preocupado em proteger e assegurar os direitos e garantias fundamentais das vítimas.

Esse novo modelo de processo penal, muito além de criar mecanismos como a “ação civil *ex delicto*”, a composição civil (art. 74 da Lei nº 9.099/95), a adoção de modalidade de pena restritiva de direitos (prestação pecuniária com fundamento no art. 43, I, CP), a possibilidade de interrogatório por videoconferência (art. 185, III, CPP) e a explícita preocupação com o ofendido (art. 201, CPP, com redação dada pela Lei nº 11.690/08 e Lei de Proteção de Vítimas e Testemunhas) evidenciam que o Direito Penal e o Direito Processual Penal tutelam a dignidade humana, também levando em conta o papel social da vítima.

² MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. A Política Criminal pós-88: O Ministério Público e a Dualidade entre Garantismos Positivo e Negativo. In: *Ministério Público – Vinte e cinco anos do novo perfil constitucional*. Ed. Malheiros, 2013. Coordenação: SABELLA, Walter Paulo; POZZO, Antônio Araldo Ferraz Dal; BURLE FILHO, José Emmanuel p.750-779.

³ SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. In: *Série as Ciências Criminais no Século XXI*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. vol. 11. Tradução: ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira. p.41.

⁴ Como exemplo, mais recentemente, pode ser citada a Lei nº 13.431/17, que trata do sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência.

⁵ A vitimização secundária é aquela causada pelas instâncias formais de controle social.

O presente trabalho tem o escopo de, partindo da necessidade de uma maior preocupação com as vítimas do crime, fazer uma breve análise do disposto no inciso IV do artigo 387 do CPP, com redação conferida pela Lei nº 11.719/08, segundo o qual o magistrado “fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido”. Será, portanto, feita uma análise especialmente das dificuldades práticas que a aplicação do citado dispositivo tem encontrado no dia a dia forense, especialmente no que tange à possibilidade de fixação de tal valor de ofício pelo magistrado e se tal valor abarcaria, ou não, os danos morais.

2. A Vítima: de Protagonista à Figura Esquecida

Nos primórdios da civilização, vigia a chamada vingança privada, modo primitivo de solução de controvérsia segundo o qual os particulares poderiam reagir contra o mal que lhes era causado, tratando-se de modo de solução de controvérsia pautado precipuamente na ideia de retributividade. Como inicialmente não era imposto qualquer limite, o exacerbado uso da violência e da força justificavam as retaliações, fazendo com que surgissem ciclos de violência, os quais poderiam, inclusive, comprometer a própria subsistência da sociedade.

Neste cenário, aos poucos, a própria sociedade percebeu a necessidade de imposição de limites, ainda que rudimentares, ao exercício da vingança privada, passando-se, assim, de um modelo de vingança ilimitada para um modelo de vingança limitada, pautada em critérios de proporcionalidade, ainda que de forma rudimentar.

Na chamada “idade de ouro da vítima”, prevalecia a justiça privada, tendo a vítima um grande poder de disposição no que tange à aplicação do castigo ao autor do fato, com ampla preocupação em se privilegiar a reparação dos danos. É importante mencionar, entretanto, que, segundo parcela da doutrina, embora a ideia de justiça privada, sob o ponto de vista histórico-sociológico, traga a noção de protagonismo da vítima, fato é que, sob o enfoque jurídico-penal, na realidade, a vítima possuía um papel secundário, na medida em que o grande objetivo dos mecanismos de justiça privada, mais do que conferir uma satisfação à vítima, era o de possibilitar a vida em comunidade, assegurando que houvesse “uma paz interna”, com predomínio de determinados grupos sociais.

Acerca de tal questão, oportuna a transcrição das lições de Guilherme Costa Câmara:

Necessário ponderar que, se uma moldura na qual as soluções privadas se apresentem de certo modo bem destacadas, de jeito a revelar um certo protagonismo da vítima (decorrente decerto da ainda frágil ou muitas vezes estrutura repressiva estatal) pode ser valorada como correta sob o prisma histórico-sociológico, no que respeita ao plano jurídico-penal (dogmático), às vítimas esteve quase sempre reservado um lugar secundário. Alguns autores

entendem que os mecanismos de compensação privada existentes em determinadas épocas, apenas aparentemente concediam às vítimas uma posição hegemônica, prestando-se, todavia, não a sua satisfação, destinados sim a fazer perdurar a manutenção da paz interna da comunidade, e, o que não se entremostra implausível, o predomínio de determinados grupos sociais.⁶

Até o período medieval, a vítima possuía papel de relevo na esfera penal. Entretanto, a partir do momento em que, de forma gradativa, o direito de punir vai se aglutinando nas mãos do monarca, a vítima vai passando a ter um papel cada vez mais periférico. De forma simbólica, a prática de crimes passa a ser vista como um atentado contra o soberano, razão pela qual a noção inicial de dano é substituída pela de infração. Em outras palavras, pode-se concluir que a substituição da vítima pelo Estado acaba sendo uma medida para se tutelar os interesses do próprio Estado.

O direito de punir era visto, portanto, como uma reafirmação do poder, o que servia como justificativa para que o corpo do acusado fosse usado como meio de prova e como forma de aplicação de castigo, sendo esta uma forma de se restaurar o poder soberano. Somente tempo depois, passaria a haver uma preocupação em se humanizar a justiça penal, sendo que, mesmo em tal contexto, a vítima continuou a ter um papel meramente secundário.

Deve-se registrar que essa grande resistência de se admitir um papel de maior relevo à vítima, especialmente no processo penal, está pautada principalmente no receio de se trazer novamente ao ordenamento jurídico resquícios da “vingança privada”. O grande problema é que o completo afastamento da vítima e a ausência de preocupação com ela na esfera processual penal inegavelmente acaba ensejando a ausência de uma real solução do conflito ou até mesmo acarretando a chamada dupla vitimização ou vitimização secundária.

Ademais, é preciso desde já refletir que a não coisificação da vítima obsta, até mesmo, a desumanização do delinquente, eis que, sob mediação do Estado, instrumentos como a composição civil têm, desde 1995, demonstrado que a vítima protagonista fica satisfeita com o acordo, não sente a impunidade e, de outro lado, dá azo a uma atuação estatal que não significa necessariamente a imposição de uma pena corporal ou até mesmo o estigma de uma sanção de natureza criminal.

O histórico afastamento da vítima do cenário processual penal deriva justamente da ideia de que a prática do crime é uma ofensa ao Estado, o qual exerce o seu direito de punir através do processo penal como regra a partir do exercício da ação penal pública incondicionada, cujo titular privativo é o Ministério Público, que age como substituto processual e com legitimação extraordinária muitas vezes.

⁶ CÂMARA, Guilherme Costa. *Programa de política criminal: orientado para a vítima de crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais/Coimbra Ed., 2008, p. 31-32.

Justamente a noção de que a função primordial do Direito Penal seria a de proteger bens jurídicos sedimentou o afastamento da vítima do cenário processual penal, pois o conceito de “bem jurídico” passou a figurar como objeto de tutela da norma penal, substituindo a antiga noção de lesão a direito subjetivo.

Atualmente, porém, tem-se falado da necessidade de se redesenhar o modelo vigente, de forma a se tentar resgatar a importância do papel da vítima, havendo um equilíbrio entre os interesses gerais representados pelo Estado e pela vítima em concreto. Especificamente em relação ao processo penal, é importante pensar em mecanismos que demonstrem uma efetiva preocupação com a vítima do crime, conferindo a ela o tratamento adequado no bojo do processo, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, tentando-se também minimizar, da melhor forma possível, os danos por ela suportados.

3. Vitimologia e a Nova Preocupação com as Vítimas de Crimes

A partir do fim da Segunda Guerra Mundial, especialmente em razão da macrovitimização resultante do holocausto dos judeus, bem como em decorrência do aumento da criminalidade urbana, começou a haver uma nova preocupação com as vítimas, porém com um enfoque absolutamente distinto daquele que pautava a noção de vingança privada. É justamente neste cenário que surgem os primeiros estudos de vitimologia. No final da década de 1940, dois nomes são apontados como precursores da vitimologia: Von Hentig e Mendelson.

No Brasil, somente na década de 1970, com o trabalho de Edgar Moura Bittencourt, intitulado “Vítima”, é que teve início uma maior preocupação com os estudos de vitimologia, a qual ficou fortalecida com a criação da “Sociedade Brasileira de Vitimologia”, em 28 de julho de 1984, embora não se possa deixar de mencionar que a produção doutrinária acerca do tema ainda é bastante tímida no cenário brasileiro.

Embora haja divergências acerca do tema, a doutrina majoritária entende que a vitimologia teria por objeto o estudo das vítimas do crime, não abarcando assim todas as formas possíveis de vitimização social, embora a análise do fenômeno criminoso deva ser feita de forma interdisciplinar. Entende-se também que ela seria um ramo da criminologia, e não uma ciência autônoma, embora haja autores que defendam a autonomia da vitimologia enquanto ciência.

Como asseverado por Ana Sofia Schimidt de Oliveira:

A relação da vitimologia com a criminologia e com o direito penal só pode ser bem dimensionada com o método da interdisciplinariedade, abandonadas ideias de sujeição e hierarquia. Ainda na busca de uma concepção útil, o que se tem em vista é um enfoque vitimológico na criminologia e no direito penal. Esse enfoque é essencial para a compreensão adequada do fenômeno criminal em sua acepção ampla. Se não há crime sem vítima, é um

contrassenso tentar compreender o crime sem inserir a vítima na análise. Assim, abandonam-se as antigas categorias de “ciência principal” e “ciência auxiliar”, o que importa é recolher dos estudos vitimológicos elementos que conduzam a um aperfeiçoamento das ciências penais.⁷

Embora haja divergências, para a corrente doutrinária que apresenta preocupação com os direitos humanos das vítimas, o conceito de vítima é amplo, não estando adstrito apenas ao de titular do bem jurídico, abarcando também as vítimas diretas e as vítimas reflexas, ou seja, todas aquelas que são afetadas pela prática do crime, não se restringindo apenas ao sujeito passivo do crime⁸.

Para Guilherme Costa Câmara, o conceito de vítima seria: Todo indivíduo atingido, direta ou reflexamente pela delinquência, na sua pessoa ou patrimônio, tendo suportado lesões físicas ou mentais, como consequência, inclusive, de ações ou omissões que violem seus direitos fundamentais.⁹

Antonio Scarance Fernandes, porém, para fins processuais penais, utiliza um conceito mais restritivo de vítima, afirmando que nem todo prejudicado pode ser considerado como vítima no sentido processual. Assim, afirma o citado autor que:

Será adotado o conceito mais restritivo, que melhor se ajusta aos estudos de processo penal e corresponde ao sistema adotado entre nós. Nem todo prejudicado será considerado vítima, mas somente o prejudicado que, ao mesmo tempo, é sujeito passivo da infração penal e tem direito à reparação do dano.¹⁰

Diante desta maior preocupação com a vítima de crimes, vários questionamentos são feitos nas esferas penal e processual penal, especialmente, como já dito, no que tange a uma maior preocupação com a necessidade de se analisar também se os anseios das vítimas estão sendo atendidos. É justamente neste contexto que ganha substancial relevo a reparação dos danos suportados pelas vítimas.

A princípio, a vítima não recebe nenhuma compensação pelas consequências suportadas em decorrência do cometimento da infração penal, sendo que, mesmo quando há o pagamento de multa, tal valor é revertido para o Estado. Raramente, uma vítima, mesmo com a superveniência de uma sentença penal condenatória, busca obter na esfera cível a reparação dos danos por ela suportados.

⁷ OLIVEIRA, Ana Sofia Schimidt de. Vitimologia e Mulher. In: REALE JÚNIOR, Miguel (Coord.); PASCHOAL, Janaína Conceição (Org.). *Mulher e direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.63.

⁸ O conceito de vítima trazido pelo Anexo da Declaração sobre os Princípios Fundamentais de Justiça para Vítimas de Delitos e Abuso de Poder – Resolução 40/34 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 29 de novembro de 1985 ao trazer o conceito de vítima, abarca a vítima reflexa também. No mesmo sentido, o teor do artigo 245 da CRFB/88.

⁹ CÂMARA, Guilherme Costa. *Op. cit.*, p. 77.

¹⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 49.

A crítica que se faz, portanto, é que, ao se pensar no crime como uma ofensa à sociedade, o real ofendido, ou seja, a vítima em concreto acabou sendo deixada de lado e é justamente como uma forma de se tentar minimizar isso que a legislação penal e processual penal passou a trazer disposições que refletem esta maior preocupação com a efetiva reparação do dano.

4. Vitimização Secundária e Processo Penal

A doutrina estabelece uma diferenciação entre vitimização primária e secundária. A primária é acarretada pela prática do delito. Já a secundária é provocada pelas chamadas instâncias formais de controle social, o que significa dizer que ela ocorre no bojo do processo penal ou até mesmo durante a fase de investigação, ampliando os danos morais e sociais que as vítimas sofreram em razão da prática do crime.

Guilherme Costa Câmara menciona que, em determinados crimes, a vitimização secundária aparece de forma mais patente, como por exemplo, na hipótese de crimes contra a liberdade sexual, nos quais, via de regra, as vítimas não são devidamente acolhidas, sendo a investigação policial e o próprio processo penal bastante penoso para tais vítimas¹¹. Os crimes praticados no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher também são um terreno bastante fértil para a vitimização secundária. É fato notório que tais vítimas muitas vezes não recebem tratamento adequado em quase todas as instâncias formais de controle social.

Como muito bem consignado por Ana Sofia Schimidt de Oliveira:

As instâncias formais de controle social (cuja atuação é voltada para o delinquente e para a investigação e não possuem, em regra, orientação vitimológica) podem agravar as consequências da vitimização primária de várias formas, que vão de um mero desinteresse a uma atuação, em si, vitimária. No primeiro caso, a vitimização secundária acontece porque os profissionais que aí atuam, muitas vezes, esquecem o sofrimento da vítima e não se importam com suas expectativas e necessidades. A vítima sente-se desrespeitada, frustrada, uma peça de uma engrenagem que não lhe diz respeito (...).

A vitimização secundária não se dá apenas nas esferas policiais. Chamada a depor em juízo, a vítima com frequência permanece à espera de audiência por longo tempo, não raramente dividindo com o vitimário o mesmo banco. A demora na finalização do processo, por outro lado, dificulta a superação, o esquecimento do fato. A vitimização secundária causa, em muitos casos, um sentimento de frustração, diante do labirinto judicial. Com razão, se diz que,

¹¹ CAMARA, Guilherme Costa. *Op. cit.*, p. 54.

infelizmente, a vítima do delito com frequência é convertida em vítima do sistema legal e que essa vitimização secundária é ainda mais preocupante do que a primária.¹²

É importante mencionar que a vitimização secundária contribui de maneira significativa para o aumento das denominadas “cifras ocultas”, na medida em que as vítimas, justamente em razão do descrédito nos meios formais de controle social, acabam optando por não levar a ocorrência do crime ao conhecimento da autoridade policial e, conseqüentemente, do Ministério Público e do Poder Judiciário.

Pautado, portanto, na necessidade de se pensar em um modelo de justiça penal que também demonstre preocupação com as vítimas de crimes, ganha substancial importância o teor da Declaração dos Princípios Básicos da Justiça para as Vítimas de Delitos e Abuso de Poder, aprovada pela Assembleia Geral da ONU no ano de 1985. Além de diversas disposições acerca do tratamento que deve ser dispensado às vítimas no bojo do processo, tal Declaração também traz regramento acerca da necessidade de ressarcimento dos danos suportados pelas vítimas.

No mesmo sentido das novas cartas constitucionais dirigentes e democráticas que superaram a dialética exclusiva entre Estado e delinquente, novos tratados internacionais passaram a tratar dignidade humana também sob a perspectiva do ofendido, além de gerarem mandados de criminalização e exigência de tutela suficiente de bens difusos que atingem toda a sociedade.

5. A Vítima e a Importância da Reparação do Dano

Em uma política criminal preocupada com a vítima, ganha substancial importância a reparação do dano, uma vez que tal reparação, por vezes, é um dos principais interesses das vítimas. Além disso, a reparação do dano constitui também uma forma importante para fins de ressocialização do agente, pois, com a reparação, em tese, o autor do fato teria a consciência da necessidade de reparação em razão da violação do ordenamento jurídico, aceitando assim a validade do Direito Penal.

No caso de crimes de pequena e média gravidade, tem sido aceito que a reparação substitua eventual pena que deveria ser imposta ao agente. Entretanto, tal posicionamento não tem sido admitido em relação aos crimes de maior gravidade, uma vez que a reparação do dano, por si só, não teria o condão de restaurar a validade do ordenamento jurídico, violada pelo autor da infração penal em relação aos delitos sobre os quais recai um maior juízo de reprovação.

Novamente aqui, oportuna a transcrição das lições de Guilherme Costa Câmara:

¹² OLIVEIRA, Ana Sofia Schimidt de. *Op. cit.*, p. 72-73.

A política criminal contemporânea deve girar em torno das necessidades de segurança (da vítima virtual) e do problema da reparação (da vítima real). (...)

No conspecto de uma sociedade plural e democrática organizada em um Estado de Direito material e democrático, ganha especial relevo a teoria da prevenção geral positiva de integração (o efeito geral integrador consiste na pacificação social), que não se volta tão somente a fazer com que a norma exerça uma influência geral sobre as pessoas (os potenciais criminosos inclusive), mas também persegue um fim intermediário de reforço da confiança da população (vítima virtual) na validade da norma e no ordenamento jurídico-penal como um todo, e que não rejeita – como elemento essencial à restauração do tecido social – a introdução do componente reparatório.¹³

O artigo 245 da Constituição Federal de 1988 prevê que o Poder Público deverá dar assistência a herdeiros, dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, estabelecendo, assim, a responsabilidade do Estado pela reparação dos danos suportados pelas vítimas reflexas, norma, porém, de eficácia limitada, dependendo de regulamentação para que tenha aplicação prática. Encontra-se em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 1692/15, de autoria da deputada Mara Gabrilli, visando à regulamentação do referido dispositivo constitucional.

Em apertada síntese, o Projeto de Lei nº 1692/15 prevê a criação do chamado “auxílio-vítima” para os herdeiros ou dependentes carentes das vítimas de crimes dolosos contra a vida e demais crimes dolosos que produzam o resultado morte, consumados e tentados, bem como para as vítimas sobreviventes de tais delitos. O valor será equivalente a um salário mínimo e meio e, no que tange aos herdeiros e dependentes das vítimas, o prazo máximo será de 05 (cinco) anos de duração. Já para as vítimas sobreviventes, ele seria vitalício para quem sofrer sequelas que as incapacitem, de forma absoluta, para as atividades laborais ou de lazer, a contar da data de verificação da incapacidade. O custeio seria proveniente da transferência de recursos do Fundo Penitenciário Nacional.

Trata-se de uma forma inicial de se reconhecer a obrigação do Estado de reparar minimamente os danos suportados pelas vítimas de crimes, ainda que voltado mais para as vítimas reflexas de crimes graves. Quem defende a obrigação de o Estado assumir essa responsabilidade na hipótese em que o autor do fato não tenha condições efetivas de reparar o dano, fá-lo pautado na ideia de solidariedade social, com a distribuição dos riscos da insegurança e dos danos resultantes da violação das leis penais, tratando-se de uma modalidade de responsabilidade subsidiária do Estado¹⁴.

¹³ CAMARA, Guilherme Costa. *Op. cit.*, p. 218.

¹⁴ CAMARA, Guilherme Costa. *Op. cit.*, p. 208-210.

No Brasil, a sistemática da reparação do dano encontra previsão, de forma esparsa, no Código Civil, no Código Penal e no Código de Processo Penal, havendo uma independência entre a esfera cível e penal. Tal independência, porém, é relativa diante do fato de que há uma certa vinculação da esfera cível à penal em determinadas hipóteses previstas na legislação. Diante disso, pode-se afirmar que a reparação do dano, embora, via de regra, tenha natureza civil, em alguns casos, ela possui também um aspecto penal.

A título ilustrativo de disposições, versando sobre a reparação do dano na legislação penal e processual penal brasileiras, podem ser citados: 1) o artigo 16 do Código Penal, que traz a disposição do instituto do arrependimento posterior, no qual a reparação do dano funciona como causa de diminuição de pena se cumpridos os requisitos previstos no citado dispositivo; 2) o artigo 65, inciso III, do Código Penal, no qual a reparação do dano funciona como uma circunstância atenuante; 3) artigo 91, inciso I, do Código Penal, no qual a reparação do dano é prevista como um efeito da condenação; 4) artigo 94, inciso III, do Código Penal, o qual prevê a reparação do dano como condição para fins de reabilitação; 5) artigo 33, §4º, do Código Penal, no qual a reparação do dano é prevista como condição para progressão de regime na hipótese de crime praticado contra a administração pública¹⁵; 6) artigo 81, inciso II, do Código Penal, no qual a ausência de reparação do dano figura como causa obrigatória de revogação do *sursis*; 7) artigo 312, §3º, do Código Penal, funcionando como causa de extinção da punibilidade se a reparação for feita antes da sentença irrecorrível no caso de peculato culposo; 8) artigo 74 da Lei nº 9.099/95, no qual a composição civil enseja a declaração de extinção da punibilidade nos casos de crimes de menor potencial ofensivo nas hipóteses de ação penal pública condicionada à representação ou ação penal privada; 9) artigo 89, inciso I, da Lei nº 9.099/95, de acordo com o qual a reparação do dano é condição para concessão do benefício da suspensão condicional do processo; 10) artigo 387, IV, do Código de Processo Penal, no qual há a previsão de, por ocasião da prolação da sentença condenatória, fixação de valor mínimo a título de reparação dos danos causados à vítima.

6. O Artigo 387, Inciso IV, do Código de Processo Penal – Fixação de Valor Mínimo para Reparação do Dano por Ocasião da Prolação de Sentença Condenatória

Havendo a prática de um ilícito penal, surgirá, em regra, também um ilícito de natureza civil, uma vez que a prática do crime não representaria apenas a violação de bem ou interesse penalmente protegido, sendo bem provável que a prática do crime também figure como um ilícito civil, fazendo nascer, por conseguinte, a obrigação de reparar o dano, nos termos do artigo 186 do Código Civil.

Embora as esferas cível e penal sejam independentes, o ordenamento jurídico brasileiro adotou o sistema da independência mitigada. A parte interessada, ou seja, a vítima de um crime que tenha suportado dano, tem a possibilidade de promover

¹⁵ Em 2014, o plenário do STF entende que tal dispositivo é constitucional, reconhecendo, no bojo da fundamentação, a importância que a reparação do dano possui para fins de política criminal (Informativo nº 772 – EP 22 ProgReg-AgR, Relator Min. Luis Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DOU de 18.03.15).

ação na esfera cível, hipótese em que, havendo ação penal em curso, poderá o juiz sobrestá-la a fim de evitar a prolação de decisões conflitantes, de acordo com o artigo 64 do Código de Processo Penal.¹⁶

Poderá a vítima, ainda, esperar a prolação da sentença condenatória, a qual, após o trânsito em julgado, tornará certa a obrigação de indenizar, havendo necessidade de ser liquidada na esfera cível, oportunidade em que será discutido apenas o *quantum* devido. Logo, diante de tal cenário, falava-se em um sistema da independência mitigado porque as ações deveriam ser promovidas de forma separada, uma na esfera penal e a outra na esfera cível, porém com a peculiaridade de a sentença penal condenatória transitada em julgado conferir à vítima um título executivo judicial, embora ilíquido.¹⁷

Assim, a regra que predominava era de que a sentença penal condenatória era um título executivo judicial na esfera cível, mas um título ilíquido, não sendo possível, assim, o imediato ajuizamento da execução civil. Deveria o interessado, inicialmente, promover uma liquidação prévia a fim de se apurar o valor devido. Na redação do revogado Código de Processo Civil de 1973, sempre seria realizada a liquidação por artigos, consoante disposição contida no artigo 475-E do referido diploma legal, a qual foi substituída pela liquidação pelo procedimento comum, consoante o disposto no artigo 509, inciso II, do atual CPC.

Importante mencionar, todavia, que, entre as alterações empreendidas pela Lei nº 11.719 de 2008, estão as modificações promovidas no parágrafo único do artigo 63 e no artigo 387, IV, ambos do Código de Processo Penal, os quais passaram a ter a seguinte redação:

Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.

Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do *caput* do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido.

Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:

(...)

IV – fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;

¹⁶ Prevalece, na doutrina, que se trata de uma mera faculdade do juiz na esfera cível, embora haja quem defenda que se trate de um dever. Entendendo que se trata de uma faculdade, podem ser citados Gustavo Henrique Badaró (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p.213) e GRECO FILHO. *Manual de Processo Penal*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.217. Já defendendo que é hipótese de suspensão obrigatória, tem-se o posicionamento de Guilherme Nucci (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p.190).

¹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, p. 212-213.

A partir da citada alteração legislativa, houve, portanto, a possibilidade de que, no bojo da sentença penal condenatória, já passasse a haver a fixação de um valor mínimo a título de reparação dos danos. Dessa forma, tornou-se possível que a vítima, com a sentença condenatória transitada em julgado em mãos, já ingresse com a execução de tal valor na esfera cível, sem que isso represente um impedimento para que haja a apuração do dano efetivamente sofrido em sede de liquidação, como expressamente ressaltado pelo parágrafo único do artigo 63 do Código de Processo Penal. Tal conclusão advém do fato de que o artigo 387, inciso IV, do CPP traz a previsão de fixação de um valor mínimo a título de reparação de dano.

Em razão de tal alteração legislativa, parcela da doutrina passou a afirmar ter havido uma maior aproximação com o chamado sistema da solidariedade, segundo o qual há duas ações distintas, uma penal e outra civil, ambas exercidas no mesmo processo e perante o juiz criminal. Entretanto, não haveria uma cumulação obrigatória ou facultativa, pois a vítima que porventura desejar promover a ação de reparação de dano deverá ajuizá-la na esfera cível, não sendo possível deduzir tal pretensão na esfera penal.¹⁸

É inquestionável que a redação do artigo 387, inciso IV, do CPP inegavelmente representou uma tentativa de se conferir maior efetividade à reparação do dano causado pelo réu à vítima. Porém, a ausência de regulamentação legal mais minuciosa acerca do tema fez com que surgisse uma série de controvérsias acerca do tema na doutrina e na jurisprudência, sendo que duas questões que têm ganhado maior relevo dizem respeito à possibilidade, ou não, de o juiz fixar o valor de ofício e se este valor mínimo abarcaria, ou não, a indenização por danos morais.

6.1. Fixação *ex Officio* pelo Juiz na Sentença

O primeiro questionamento que surge acerca do tema gira em torno da possibilidade de o juiz fixar *ex officio* na sentença penal condenatória o valor mínimo a título de indenização.

Há uma primeira corrente que defende que, mesmo que não haja pedido expresso do querelante, do Ministério Público ou do assistente de acusação, como a redação do artigo 387, inciso IV, do CPP fala que o juiz “fixará”, poderia se entender que não seria uma mera faculdade, mas sim uma obrigação do magistrado, o que, conseqüentemente, possibilitaria concluir que não haveria necessidade de pedido expresso para que houvesse a fixação de tal montante na sentença¹⁹.

¹⁸ *Ibidem* p.213.

¹⁹ Neste sentido: “Penal. Crimes de estelionato, em continuidade delitiva. Condenação criminal imposta em primeira instância. Recurso da defesa em busca da redução das penas e apelo do Assistente da Acusação em busca da majoração da reprimenda e da fixação de valor mínimo para reparação dos danos” (CP, art. 387, IV). Recurso defensivo desprovido, porque as penas merecem, pelo contrário, majoração. A quantidade de crimes cometidos (mais de uma centena) justifica a incidência do aumento máximo previsto na lei (de 2/3) pela continuidade. Além disso, desde que minimamente comprovado o prejuízo suportado pela empresa-vítima, pode ser fixado o valor a que se refere o artigo 387(IV), do CPP. Recurso do Assistente da Acusação provido e recurso defensivo desprovido. Processo Penal. *Fixação, na sentença condenatória, de*

Porém, a corrente majoritária que tem se sedimentado na jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça²⁰ segue o posicionamento no sentido de que, em observância aos princípios da correlação, do contraditório e da ampla defesa, haveria necessidade da existência de pedido expresso pelo querelante, pelo Ministério Público ou pelo assistente de acusação²¹, sem o qual a fixação do valor mínimo a título de indenização não seria possível. Para quem adota este posicionamento, se o juiz fixar de ofício o valor devido a título de indenização, haveria nulidade parcial da sentença.

Com efeito, a questão que se coloca em um modelo de processo cada vez mais pautado pelo sistema acusatório e, pois, com um magistrado mais isento e meramente espectador, é a necessidade, ou não, de um pleito de caráter indenizatório decorrer, ou não, de um pedido expresso do órgão responsável pela acusação, sob pena de o julgamento configurar-se como *ultra* ou *extra petita*.

valor mínimo para a reparação dos danos causados pelo agente. CPP, art. 387(IV). Fixação de ofício pelo julgador. Possibilidade. (TJ/SP, Apelação Criminal nº 0013704-52.2008.8.26.0050, 9ª Câmara Criminal Extraordinária, Relator Desembargador Souza Ney, julgado em 17.02.17).

Em idêntico sentido: "Furto – Conjunto probatório desfavorável ao réu lastrado em declarações coerentes da vítima – Validade Nos crimes de furto as declarações prestadas coerentemente pelo ofendido acabam sendo cruciais à elucidação dos fatos, inclusive no que concerne à caracterização de eventuais qualificadoras, e devem ser consideradas como válidas até prova em contrário. Indenização civil – Fixação em sentença criminal de valor mínimo para reparação dos danos – *Desnecessidade de requerimento expresso ou de produção de prova sob crivo do contraditório* – Entendimento do art. 387, IV, do CPP. *Ao proferir sentença criminal condenatória, o Magistrado deve, consoante prevê o art. 387, IV, do CPP, fixar um valor mínimo a ser pago pelo condenado à vítima, ou a seus familiares, a título de indenização, por danos que decorram do fato por ele cometido. Tratando-se de pedido implícito, que integra, por força de lei, o thema decidendum, não há que ser cogitada da necessidade de requerimento expresso nesse sentido por parte do titular da ação penal, ou pela vítima, quando não forem estes a mesma pessoa.* Observe-se, ainda, que, na medida em que o legislador estabeleceu que o valor a ser fixado pelo Magistrado criminal corresponde a apenas um mínimo a ser indenizado à vítima, aludida reparação deverá ser efetuada sempre por equidade, uma vez referir-se a danos de natureza evidente, cuja existência e extensão, dada a circunstância de serem decorrência natural do fato criminoso, independem da produção de provas sob o crivo do contraditório pelo interessado. Caberá, todavia, sua eventual complementação em ação própria a ser proposta na esfera civil, com direito à ampla defesa por parte do demandado, na qual será discutido não mais o *an debeatur*, mas tão somente o *quantum debeatur*, como decorrência dos efeitos civis da sentença penal condenatória (...). (TJ/SP, Apelação Criminal nº 0000249-56.2008.8.26.0523. 8ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Min. Grassi Neto, julgado em 08.06.17).

²⁰ Ilustrando tal posicionamento, o presente julgado: "PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. REPARAÇÃO DE NATUREZA CIVIL. ART. 387, IV, DO CPP. DENÚNCIA. PEDIDO EXPRESSO. NECESSIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A aplicação do instituto disposto no art. 387, inciso IV, do CPP, referente à reparação de natureza civil, quando da prolação da sentença condenatória, requer a dedução de um pedido expresso do querelante ou do Ministério Público, em respeito às garantias do contraditório e da ampla defesa. 2. Ao determinar a indenização de ofício, o Juízo de primeiro grau decidiu fora dos pedidos deduzidos pelo *Parquet* na peça acusatória, o que configura violação do princípio da correlação entre o pedido e a sentença, a justificar o afastamento da indenização. 3. Agravo regimental não provido." (STJ, AgRg no REsp nº 1622852/MT, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 14/03/2017.)

²¹ Na doutrina, tal posicionamento é defendido por Aury Lopes Junior, o qual, após tecer severas críticas ao inciso IV do artigo 387 do CPP, afirmando que ele representaria uma "deformação do processo penal, que passa a ser também um instrumento de tutela de interesses privados", entende ser fundamental para que o juiz penal possa fixar o valor mínimo a título de reparação de danos na sentença que: 1) exista um pedido expresso na inicial acusatória, sob pena de violação do princípio da correlação. Caso contrário, se o juiz fixar sem pedido haveria nulidade da sentença neste ponto; 2) a questão da reparação dos danos seja submetida ao contraditório e assegurada a ampla defesa do réu (LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva. 2017, p. 234-235).

Ainda que o modelo puramente acusatório de processo penal seja pautado por uma concepção de processo dispositivo (função jurisdicional espectadora), inércia da jurisdição e mais tipicidade das formas, Eugênio Pacelli²² adota posição intermediária, pois, para ele, o citado dispositivo legal não teria o objetivo de fixar o valor total da recomposição patrimonial, tendo o escopo apenas de estabelecer um valor mínimo que seja suficiente para recompor eventual prejuízo que já tenha sido evidenciado no bojo da ação penal. Logo, sustenta o referido doutrinador que a fixação, por exemplo, de valor atinente a lucros cessantes ou danos morais não poderia ser fixada pelo juiz criminal, sendo matéria adstrita à esfera cível, em processo próprio, no qual houvesse a possibilidade de contraditório e de dilação probatória quanto a tais valores.

Em síntese, para o citado doutrinador, “não se trata de cumulação de instâncias (cível e penal), mas simplesmente da especificação do valor mínimo, devido e cabalmente demonstrado no desenvolvimento da ação penal, sobretudo, quando resultante da própria imputação”. Assim, citando como exemplo a prática de crime contra o patrimônio, mais especificamente uma denúncia que versasse sobre a prática do crime de dano, ele afirma que “o mérito da questão penal já permitiria a mais ampla defesa sobre a coisa danificada, incluindo o seu valor”. Logo, conclui que, nestes casos, “não se poderia alegar violação ao contraditório a fixação do valor mínimo acaso reconhecido e provado”.²³

Concluindo seu raciocínio, Eugênio Pacelli afirma que:

Por isso, o valor que entendemos possível à sua fixação desde logo na sentença penal condenatória será: (a) aquele que tiver sido objeto de discussão ao longo do processo, prescindindo, porém, de pedido expresso na inicial; (b) aquele relativo aos prejuízos materiais efetivamente comprovados, ou seja, em que haja certeza e liquidez quanto à sua natureza.²⁴

Com a devida vênia aos posicionamentos em sentido contrário, é possível concluir que se afigura bastante razoável a ponderação feita por Eugênio Pacelli. De fato, em grande parte das ações penais versando especialmente sobre crimes contra o patrimônio, na própria denúncia, muitas vezes, já há menção ao valor do prejuízo patrimonial suportado pela vítima, até mesmo em razão da existência de auto de avaliação acostado aos autos. Nesses casos, mesmo que não haja pedido expresso por ocasião do oferecimento da denúncia ou queixa de fixação de valor mínimo a título de reparação, fato é que, no curso da instrução penal, o valor do prejuízo patrimonial suportado pela vítima acabaria sendo inerente ao mérito da questão penal.

²² PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 18ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014. p. 665.

²³ *Ibidem* p.665-666.

²⁴ *Ibidem* p.665-666.

Em um processo de furto, por exemplo, muitas vezes o valor da *res subtraída* – e, consequentemente, o prejuízo patrimonial suportado pela vítima – assume relevante importância, sendo amplamente debatida até mesmo como tese defensiva para aplicação de eventual princípio da insignificância ou até mesmo para o reconhecimento da modalidade privilegiada do delito. Em tais hipóteses, de fato, parece acertado o posicionamento de que seria possível que o magistrado fixasse o valor mínimo de indenização ainda que não houvesse pedido expresso no processo. Deve-se mencionar, ademais, que alguns julgados, nos quais têm sido reconhecida a possibilidade de aplicação do inciso IV do artigo 387 do CPP pelo magistrado, mesmo sem pedido expresso na inicial acusatória, versam justamente sobre crimes patrimoniais, nos quais ficou claro que o valor do prejuízo suportado pela vítima em virtude da infração penal foi analisado no curso do processo.²⁵

Tal conclusão tem como fundamento o fato de que, pela redação do artigo 91, inciso I do Código Penal, é efeito automático da condenação a obrigação, entre outras, de indenizar o dano.

A sentença penal condenatória funciona como sentença meramente declaratória no tocante à indenização civil, pois nela não há mandamento expresso de o réu reparar o dano resultante do crime; a lei, porém, concede-lhe natureza de título executivo (CPP, arts. 63 e 387, IV), pois seu conteúdo declaratório é completado pela norma que torna certa a obrigação de reparação do dano (CP, art. 91, I).

É certo, porém, que tal raciocínio não estaria adstrito apenas aos crimes patrimoniais, abarcando também todos os casos em que eventual prejuízo suportado pela vítima fosse, de alguma forma, discutido no bojo do processo penal. Entretanto, por cautela, a fim de evitar eventual alegação de nulidade, é prudente que o membro do Ministério Público ou o querelante – nos casos de ação penal privada – deduzam na inicial acusatória pedido expresso acerca da fixação de valor mínimo a título de reparação na sentença.

Caso não haja pedido expresso na denúncia ou queixa, pelo menos por ocasião das alegações finais, seria prudente consignar o pleito de condenação a título de reparação dos danos, fazendo alusão a eventual valor que já conste no processo, possibilitando, assim, manifestação também da defesa quanto a este ponto.

²⁵ Como exemplo, pode ser citado: “APELAÇÃO CRIMINAL. TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO (ART. 155, §4º, IV, C.C. O ART. 14, II AMBOS DO CÓDIGO PENAL). ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS – INVIABILIDADE – MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS CONFIRMADAS. AFASTAMENTO DO CONCURSO DE AGENTES – IMPOSSIBILIDADE – COMPROVADA A ATUAÇÃO CONJUNTA DOS RECORRENTES, COM UNIDADE DE PROPÓSITO, PARA PRÁTICA DO DELITO. IMPOSIÇÃO DE PERCENTUAL MÁXIMO NO TOCANTE À TENTATIVA – INVIABILIDADE – CONDUTA DOS APELANTES QUE MUITO SE APROXIMOU DA CONSUMAÇÃO. ISENÇÃO DA INDENIZAÇÃO – INADMISSIBILIDADE – O ART. 387, IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PERMITE AO JUIZ A FIXAÇÃO, ATÉ DE OFÍCIO, DE VALOR INDENIZATÓRIO MÍNIMO PARA REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS PELA INFRAÇÃO CONSIDERANDO OS PREJUÍZOS SOFRIDOS PELO OFENDIDO. APLICAÇÃO DE MULTA PARA O ANTIGO PATRONO POR ABANDONO DE CAUSA – INOCORRÊNCIA – NÃO CARACTERIZADO EFETIVO ABANDONO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO” (TJ/SP, Apelação Criminal nº 0009038-76.2012.8.26.0564, 4ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. Ivana David, julgado em 27.06.17).

De igual sorte, incumbe ao Ministério Público brasileiro desenvolver uma política minimamente uniforme de modo a investigar danos materiais e morais, criando uma cultura de precedentes vinculantes, inclusive no que diz respeito ao dano moral difuso, ou seja, na hipótese de condenação por crimes que violam bens transindividuais. Tal assertiva, ademais, tem ainda mais razão de ser diante da política de não persecução penal que vem sendo capitaneada pelo Conselho Nacional do Ministério Público (Resoluções nºs 181/17 e 183/17) e que exige, como condição obrigatória, a reparação do dano.²⁶

Ignorar tais assertivas implicaria tornar letra morta o efeito automático previsto no art. 91 do Código Penal, assim como os mencionados dispositivos processuais penais, implicando, ademais, um fomento à cultura de judicialização desnecessária e ineficiente de outras demandas.

6.2. Fixação de Valor Devido a Título de Danos Morais

Questão tormentosa ainda acerca da aplicação do inciso IV do artigo 387 do CPP diz respeito à possibilidade, ou não, de fixação de verba indenizatória devida a título de danos morais com base no citado dispositivo.

Para uma primeira corrente doutrinária, o referido dispositivo somente admitiria a fixação de reparação devida a título de dano patrimonial, não abarcando os danos morais, pois o legislador teria utilizado a expressão “prejuízo”, a qual, ainda que de forma indireta, estaria fazendo alusão ao dano material, uma vez que a noção de dano moral não está ligada à noção de prejuízo, mas sim de dor, sofrimento, abalo psíquico etc. Além disso, o processo penal não admitiria a abertura de instrução probatória no tocante a tal questão, sob pena de atrasar sobremaneira o término da instrução processual, o que acarretaria inúmeros prejuízos, especialmente levando-se em consideração que são processos que atingem, via de regra, o direito de liberdade dos réus.²⁷

Na jurisprudência, é possível encontrar uma série de julgados seguindo o posicionamento supracitado, sendo o entendimento que tem sido adotado majoritariamente pelos tribunais do país. O argumento principal para o reconhecimento da impossibilidade de fixação de indenização a título de danos morais na sentença penal condenatória é basicamente a dificuldade de se estabelecer o contraditório e a ampla defesa quanto a tal verba indenizatória no bojo de uma ação penal sem que isso represente um prejuízo à celeridade do processo criminal. Se o objetivo do legislador foi conferir uma maior celeridade para que a vítima tivesse uma resposta mais efetiva, reconhecer a possibilidade de fixação de dano moral produziria um efeito justamente inverso, na medida em que ensejaria um maior alargamento da instrução criminal, retardando a produção de efeitos em termos práticos.²⁸

²⁶ Acerca da reparação do dano e audiência de custódia, *vide* IULIANELLO, Annunziata Alves; AGUIRRE, Rodrigo Tellini de Camargo. *Justiça Restaurativa e Audiência de Custódia: a retomada do protagonismo da vítima na solução do conflito penal*. In: PEREIRA, Cláudio José Langroiva (Coord.). *Segurança Pública: a crise do sistema penitenciário e outras mazelas*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

²⁷ PACHELLI, Eugênio. *Op.cit.*, p. 663-664.

²⁸ Como exemplo, o seguinte julgado: “Apelação criminal – Roubo bimajorado pelo concurso de agentes e emprego de arma de fogo – Recurso defensivo – Reconhecimento da confissão espontânea – Pleito

Porém, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido ser possível a fixação de indenização a título de danos morais com base no artigo 387, IV, do CPP. Como o legislador não estabeleceu qualquer tipo de restrição, caberia ao intérprete aferir o que estará abarcado pela expressão “prejuízo”, devendo ser entendido que ele abarcaria todo tipo de dano, incluindo, portanto, o dano moral. Não caberia ao intérprete fazer qualquer limitação onde o legislador não fez. Assim, para a referida Corte Superior, desde que houvesse pedido exposto nos autos, a fixação de danos morais não representaria qualquer ofensa ao contraditório e à ampla defesa. Como exemplo:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DANO MORAL CAUSADO POR INFRAÇÃO PENAL. VIAS DE FATO E AMEAÇA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. ART. 387, INCISO IV, DO CPP. FIXAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. O Juiz, com fundamento no art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, pode estabelecer a reparação por danos morais, quando entender haver elementos suficientes para o seu arbitramento.

2. *Considerando que a norma não limitou e nem regulamentou como será quantificado o valor mínimo para a indenização e considerando que a legislação penal sempre priorizou o ressarcimento da vítima em relação aos prejuízos sofridos, o juiz que se sentir apto, diante de um caso concreto, a quantificar, ao menos o mínimo, o valor do dano moral sofrido pela vítima, não poderá ser impedido de fazê-lo* (REsp nº 1585684/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 09/08/2016, DJe 24/08/2016).

3. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no REsp nº 1663470/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 09/05/2017, DJe 15/05/2017)

Não haveria necessidade de uma ampla dilação probatória para fixar o *quantum* devido a título de indenização, pois o julgador – nos mesmos moldes do que ocorre na esfera cível – iria quantificar o dano a partir da aplicação de critérios de razoabilidade, de acordo com as peculiaridades do caso concreto. Em boa parte dos casos, o dano

contraproducente, uma vez que referida atenuante foi admitida pelo Juízo *a quo*, produzindo o efeito de redução das reprimendas – Emprego de arma de fogo e concurso de agentes que restaram sobejamente comprovados – Reparação dos danos – Possibilidade de fixação de valor mínimo dos danos materiais e morais sofridos pelas vítimas – Danos morais decorrentes de possíveis consequências psicológicas para as vítimas, que demandam apuração complexa – Recurso defensivo conhecido e parcialmente provido para afastar a reparação mínima a título de danos morais, mantida a reparação relativa aos danos materiais”. (TJ/SP, Apelação Criminal nº 0000028-59.2015.8.26.0028, 7ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. Otavio Rocha, julgado em 21.06.17). Em idêntico sentido: 1) TJ/RS, Recurso Crime nº 71004503231, Turma Recursal Criminal, Rel. Cristina Pereira Gonzales, julgado em 07.10.13; 2) TJ/RJ, Processo nº 0027534-02.2014.8.19.0202, Rel. Des. Adriana Lopes Coutinho, julgado em 13.04.16).

moral seria *in re ipsa*, ou seja, inerente ao reconhecimento da prática da infração penal, não dependendo, por conseguinte, de dilação probatória para ser fixado.

Nos casos de crimes praticados no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, como lesão corporal, por exemplo, tem-se entendido que tal conduta, por si só, ensejaria uma dor, constrangimento e humilhação na vítima, aptos a ensejar a configuração de dano moral.

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CPP. ART. 147 DO CP. AMEAÇA NO ÂMBITO DOMÉSTICO. ART. 387, IV, DO CPP. REPARAÇÃO DE DANO SOFRIDO PELA VÍTIMA. NATUREZA JURÍDICA. INCIDÊNCIA MÚLTIPLA. CABIMENTO PARA DANOS MORAIS E MATERIAIS. PEDIDO EXPRESSO DO *QUANTUM* NA DENÚNCIA.

OCORRÊNCIA. RESTABELECIMENTO DO VALOR FIXADO NA SENTENÇA CONDENATÓRIA.

1. O cerne da controvérsia revela-se pela determinação da natureza jurídica do *quantum* referente à reparação dos danos sofridos pela vítima em decorrência de infração criminal (art. 387, IV, do CPP).

2. Um mesmo fato da vida que contrarie, simultaneamente, regras jurídicas de Direito Penal e de Direito Civil, dando ensejo, de igual maneira, ao fenômeno da múltipla incidência, com a emanção das consequências jurídicas impostas por cada ramo do direito para sancionar a ilicitude perpetrada.

3. O preceito normativo esculpido no art. 387, IV, do Código de Processo Penal, não estabelece nenhuma restrição quanto à natureza dos danos suscetíveis de reparação mediante o valor indenizatório mínimo. Isso não impede, obviamente, que se imponha uma restrição ao âmbito de incidência normativa pela via hermenêutica, desde que existam razões plausíveis para tanto.

4. *A aferição do dano moral, na maior parte das situações, não ensejará nenhum alargamento da instrução criminal, porquanto tal modalidade de dano, de modo geral, dispensa a produção de prova específica acerca da sua existência, encontrando-se in re ipsa. Isto é, não há necessidade de produção de prova específica para apuração do grau de sofrimento, de dor e de constrangimento suportados pelo ofendido; o que se deve provar é uma situação de fato de que seja possível extrair, a partir de um juízo baseado na experiência comum, a ofensa à esfera anímica do indivíduo.*

5. Embora o arbitramento do valor devido a título de compensação dos danos morais não seja tarefa fácil, é importante registrar que o juízo penal deve apenas arbitrar um valor mínimo, o que pode ser feito, com certa segurança, mediante a prudente ponderação das

circunstâncias do caso concreto – gravidade do ilícito, intensidade do sofrimento, condição socioeconômica do ofendido e do ofensor, grau de culpa etc. – e a utilização dos parâmetros monetários estabelecidos pela jurisprudência para casos similares. Sendo insuficiente o valor arbitrado, poderá o ofendido, de qualquer modo, propor liquidação perante o juízo cível para a apuração do dano efetivo (art. 63, parágrafo único, do CPP).

6. Este Superior Tribunal, em relação à fixação de valor mínimo de indenização a título de danos morais, nos termos do art. 387, IV, do Código de Processo Penal, entende que se faz indispensável o pedido expresso do ofendido ou do Ministério Público, este firmado ainda na denúncia, sob pena de violação ao princípio da ampla defesa.

7. Adequada a fixação de valor mínimo de indenização à vítima, porque o Ministério Público requereu a fixação desse *quantum* no momento do oferecimento da denúncia.

8. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada.

9. Agravo regimental improvido.

(STJ, AgRg no REsp nº 1626962/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 16/12/2016)

Logo, o reconhecimento da possibilidade de fixação da indenização a título de danos morais representa um avanço e uma maior preocupação com a vítima. É evidente que, quando o magistrado se deparar com um caso em que o dano moral é *in re ipsa*, ou seja, inerente à prática da infração penal, poderá, sim, fixar indenização a título de dano moral.

Tal reconhecimento não representará maior necessidade de dilação probatória e postergação do processo penal, uma vez que, como já afirmado, quando se trata de dano *in re ipsa*, a dilação probatória girará em torno do fato em si, o que já ocorrerá de qualquer forma na esfera penal. A fixação do montante devido sempre estará – não é diferente no cível – adstrita a critérios de razoabilidade.

Também é prudente que, a fim de evitar eventual alegação de cerceamento de defesa que, por ocasião da apresentação das alegações finais, o Ministério Público, querelante ou ofendido, mencione expressamente o pedido de condenação ao pagamento de indenização a título de danos morais, possibilitando, assim, que a defesa também se manifeste acerca de tal ponto, não obstante carecer o Ministério Público brasileiro de uma política minimamente uniforme nesse sentido e de se tratar de efeito automático da condenação previsto no art. 91, inciso I do Código Penal.

7. Conclusão

É possível concluir que, na esfera processual penal, deve haver, sim, uma maior preocupação de se buscarem mecanismos para assegurar, da melhor forma possível, os interesses das vítimas. Já não é mais admissível considerar que, no processo penal, a vítima seria um mero informante, tendo o escopo apenas e tão somente de servir como uma forma de se tentar reproduzir os fatos em juízo, substituindo-se a noção de vingança privada pela de vingança pública. Não se pode mais pensar no processo penal como uma relação exclusivamente verticalizada entre Estado e delinquente.

O processo penal clássico, pautado apenas no garantismo de acepção negativa e de proibição de excessos estatais, preocupado apenas com a garantia de direitos fundamentais do acusado, esquecendo-se por completo de que a vítima também é um sujeito de direitos e que tais direitos também precisam ser resguardados, não atende mais aos objetivos de um Estado Democrático de Direito e precisa, necessariamente, conviver com uma concepção integral de garantismo que inclua a vertente positiva ou social.

É importante que cada vez mais se tenha em mente que o processo penal também deve se preocupar em atender aos anseios sociais, buscando um equilíbrio entre o garantismo de acepção negativa – preocupado com a garantia dos direitos fundamentais do acusado –, e o garantismo social ou positivo, o qual não ignora a sociedade, personagem que inegavelmente interfere na relação entre o delinquente e o Estado, preocupando-se, conseqüentemente, com as vítimas.

Também não se podem ignorar os novos bens transindividuais, os quais demandam uma atuação diferenciada, diante da existência da chamada vitimização difusa, característica da sociedade pós-moderna, de grandes riscos globais, inerentes ao desenvolvimento humano. A dogmática penal e processual penal obviamente não podem se manter alheias a essas novas formas de risco, os quais inegavelmente possibilitam que qualquer pessoa possa figurar como vítima, sendo necessário se pensar em mecanismos de prevenção, bem como de resposta estatal efetiva, na medida em que, embora não seja o único, a tutela penal ainda é importante meio de pacificação social.

A necessidade de se repensar o modelo predominantemente adotado na esfera processual penal – repita-se, focado quase que exclusivamente na tutela dos direitos e garantias do acusado – é inegavelmente uma maneira de se tentar evitar a chamada vitimização secundária, impedindo assim que aquele que já sofreu os danos em razão da prática da infração penal seja novamente vitimizado ao buscar as instâncias formais de controle social.

A preocupação com a vítima é fundamental para que se tenha uma política criminal mais efetiva, que consiga produzir resultados práticos positivos, obedecendo aos mandados das novas cartas constitucionais dirigentes e dos tratados internacionais, os quais analisam a dignidade humana também em relação ao ofendido, mitigando a noção clássica de que o processo penal é uma relação dialética firmada exclusivamente entre Estado e autor do delito.

É justamente neste cenário que a reparação do dano ganha substancial importância e, inegavelmente, o artigo 387, IV, do Código de Processo Penal representou um passo importante neste sentido. Entretanto, a ausência de regulamentação mais minuciosa do citado dispositivo tem feito com que dificuldades práticas acabem impedindo a sua aplicação de forma mais eficaz.

Em que pese à existência de divergências acerca do tema, levando-se em consideração especialmente o que estabelece o artigo 91, inciso I, do Código Penal, é possível concluir ser perfeitamente possível que o magistrado, ao prolatar sentença condenatória, fixe, *ex officio*, o valor mínimo a título de reparação do dano devido à vítima. Ao assim proceder, o magistrado não estará violando o sistema acusatório, pois, mesmo sem pedido exposto das partes, a obrigação de reparar o dano é efeito automático da condenação, de forma que a sentença, neste ponto, terá natureza meramente declaratória, sendo complementada pela disposição contida no referido artigo 91, inciso I, do Código Penal, tendo a lei lhe conferido a natureza de título executivo (artigos 63 e 387, inciso IV, do Código de Processo Penal).

Por cautela, a fim de se evitar eventual alegação de nulidade futura, é prudente que os membros do Ministério Público ou querelante, pelo menos por ocasião das alegações finais, façam menção ao pedido de fixação de valor mínimo a título de reparação do dano, viabilizando, dessa forma, que a defesa também se manifeste acerca de tal ponto. A fim de tornar mais efetiva a reparação do dano, caberia ao Ministério Público brasileiro desenvolver uma política institucional uniforme no que tange à reparação dos danos, até mesmo em relação aos danos difusos, adotando uma cultura de precedentes vinculantes – seguindo, por exemplo, o modelo já adotado pelo STJ em relação aos danos morais na esfera cível – de forma a viabilizar que, em toda sentença condenatória, houvesse a fixação de valor mínimo a título de reparação dos danos.

Embora também seja matéria controvertida, entende-se que a disposição legal contida no artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal também abarcaria a indenização por danos morais, na medida em que, na maior parte dos casos, o dano moral é *in re ipsa*, ou seja, inerente à prática da infração penal, não dependendo, portanto, de dilação probatória para a sua comprovação, cabendo ao julgador, tal como procede na esfera cível, fixar o *quantum* devido com base em critérios de razoabilidade. A reparação do dano moral causado pela prática do crime também é um efeito automático da condenação, consoante disposição contida no já mencionado artigo 91, inciso I, do Código Penal. Aqui, também é prudente que, para se evitar nulidade, a parte autora faça menção, no curso do processo penal, à fixação de danos morais, possibilitando, assim, que a defesa se manifeste acerca do tema.

A fixação de valor mínimo a título de reparação de danos – materiais, morais – de natureza individual ou difusa, nas sentenças penais condenatórias certamente representa um grande avanço para a concretização de um processo penal que esteja preocupado em resguardar os direitos das vítimas. Possibilita, por via transversa, uma maior pacificação social, atendendo também aos anseios das vítimas em concreto e evitando a judicialização desnecessária de outras demandas. Embora o artigo 387,

inciso IV, do Código de Processo Penal não esteja sendo muito aplicado na prática, fato é que a sua aplicação mais efetiva demanda uma mudança de mentalidade dos operadores do Direito, cabendo ao Ministério Público, como titular da ação penal pública e como *custos legis* na ação penal privada, a missão de desenvolver uma política institucional de atuação de forma a tornar concreta e efetiva a letra da lei.

Referências

- AVENA, Norberto. *Processo Penal*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- CÂMARA, Guilherme Costa. *Programa de política criminal: orientado para a vítima de crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais / Coimbra Ed., 2008.
- CORREIA, Cristiano. *Vítimas Esquecidas: a ineficácia dos instrumentos de reparação*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *O Estado na reparação do dano à vítima de crime*. São Paulo: Justitia, 1991. vol. 53. nº 156. p. 25-34. Out./dez.
- _____. *O papel da vítima no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- GRECO FILHO, *Manual de Processo Penal*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.
- IULIANELLO, Annunziata Alves; AGUIRRE, Rodrigo Tellini de Camargo. Justiça Restaurativa e Audiência de Custódia: a retomada do protagonismo da vítima na solução do conflito penal. In: PEREIRA, Cláudio José Langroiva (Coord.). *Segurança Pública: a crise do sistema penitenciário e outras mazelas*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.
- LIMA, Marcellus Polastri. *A tutela cautelar no processo penal*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 14ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2017.
- MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. A Política Criminal pós-88: O Ministério Público e a Dualidade entre Garantismos Positivo e Negativo. In: *Ministério Público – Vinte e cinco anos do novo perfil constitucional*. Ed. Malheiros, 2013. Coordenação: SABELLA, Walter Paulo; POZZO, Antônio Araldo Ferraz Dal; BURLE FILHO, José Emmanuel. p.750-779.
- MOREIRA FILHO, Guaracy. *Vitimologia: o papel da vítima na gênese do delito*. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1999.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 10ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais.
- OLIVEIRA, Ana Sofia Schimidt de. Vitimologia e Mulher. In: REALE JÚNIOR, Miguel (Coord.); PASCHOAL, Janaína Conceição (Org.). *Mulher e direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 63.

- PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 18ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2014.
- PAIVA, Wallton Souza. *Vitimização, Processo e Reparação: reflexões sobre a participação da vítima na prevenção de delitos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.
- SANI, Ana Isabel (Coord). *Temas de vitimologia: realidades emergentes na vitimação e respostas sociais*. Coimbra: Editora Almedina, 2011.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais, *in: Série as Ciências Criminais no Século XXI*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. vol. 11.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 17ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

Para Além dos Limites da Coisa Julgada Penal: a Correção dos Erros Materiais *ex Officio* pelos Tribunais

Going Beyond the Limits of Criminal Res Judicata: Rectification of Material Errors ex Officio by Courts

Carlos Henrique Borlido Haddad*
Murilo Augusto de Faria Santos**

Sumário

1. Introdução. 2. A (E/In)volução da Jurisprudência dos Tribunais Superiores. 3. A Garantia da Coisa Julgada. 4. À Procura de uma Solução. 4.1. A Dicotomia do Erro. 4.2. O que se Pode Corrigir. 4.3. Como se Pode Corrigir. 5. Conclusão. Referências Bibliográficas.

Resumo

O artigo tem como objetivo discutir a possibilidade de os tribunais corrigirem erros, de ofício, mesmo após o trânsito em julgado da decisão condenatória, ainda que se agrave a situação do sentenciado. Inicialmente, apresentam-se diversos julgados que exemplificam a ocorrência desses erros no ordenamento jurídico brasileiro e demonstra-se como a jurisprudência tem, ao longo dos anos, tratado essa situação. Em seguida, tecem-se algumas considerações sobre o instituto da coisa julgada penal e busca-se solução para o problema, levando-se em consideração, sobretudo, a distinção entre os erros materiais e os intelectuais. Argumenta-se, por fim, que a coisa julgada não deve ser encarada de forma absoluta, devendo ser flexibilizada em determinadas hipóteses.

Abstract

This article discusses the possibility of the courts rectifying mistakes, ex officio, even after the res judicata, although it worsens the situation of the person found guilty. We will demonstrate that these errors do, in fact, occur and will look at how the courts have dealt with this over the years. Then we will consider some aspects of criminal res judicata and

* Pós-doutor pela Universidade de Michigan. Mestre e Doutor em Ciências Penais pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Juiz Federal – TRF/MG. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFMG. Coordenador da Clínica de Trabalho Escravo e Tráfico de Pessoa.

** Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

we will propose a solution to the problem, taking into account, above all, the distinction between material and intellectual errors. It is argued, finally, that the res judicata is not an absolute institute and it should be mitigated in some situations.

Palavras-chave: Penal. Condenação. Coisa julgada. Erro. Correção.

Keywords: *Criminal. Conviction. Res judicata. Mistake. Rectification.*

1. Introdução

A falibilidade é algo inerente aos homens e o direito não desconhece essa realidade. No âmbito penal, o erro de julgamento recebe tratamento específico, porque vigora a regra de que a sentença transitada em julgado somente pode ser alterada em benefício do réu (art. 626, parágrafo único, do Código de Processo Penal – CPP). Assim, se o magistrado recebe vultosa importância em dinheiro, para proferir sentença absolutória em benefício do réu, nada pode ser feito para desconstituir a decisão transitada em julgado. O réu que “comprova” sua sentença permanecerá impune em relação ao delito pelo qual foi originalmente processado, embora possa responder pela corrupção ativa descoberta após o trânsito em julgado. Da mesma forma, se o acusado é absolvido por insuficiência de provas, mas meses depois exhibe, em cadeia nacional, vídeo que mostra como praticou o estupro seguido de morte, o trânsito em julgado assegura a ele a tranquilidade de não ser mais criminalmente perseguido. A opção do legislador nacional não encontra unanimidade nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, porque países como Alemanha, Noruega, Suíça e Portugal preveem, em maior ou menor extensão, a possibilidade de se rever a condenação criminal em prejuízo do réu e em favor da sociedade.

Na Inglaterra, de maneira controversa, o *Criminal Justice Act 2003* permitiu que autores de crimes graves, incluindo homicídio, sequestro e estupro, fossem submetidos a novo julgamento em duas situações: o rejuízo deveria ser aprovado pelo Chefe do Ministério Público e o tribunal de apelação precisaria concordar em anular a anterior absolvição devido ao surgimento de nova e convincente prova. O primeiro rejuízo ocorreu em outubro de 2006, culminando na condenação do autor de homicídio, que confessou a prática da infração a agente penitenciário, embora houvesse sido anteriormente absolvido.¹

Por sua vez, os Estados Unidos parecem ser o país em que a garantia de não ser julgado duas vezes pelo mesmo fato (*double jeopardy*) apresenta-se mais robusta, haja vista que, como estabelecido no julgamento de *North Carolina v. Pearce*, 395 U.S. 711 (1969), uma vez absolvido, sequer é possível ao órgão acusador apelar da decisão. No entanto, a despeito da regra que impede o julgamento do mesmo

¹ Disponível em http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/england/tees/5412264.stm. Acessado em: 1/9/15 às 22h44.

fato por instâncias distintas em caso de absolvição, o sistema americano autoriza a persecução penal simultânea nas esferas federal e estadual, em razão da mesma ocorrência delituosa que configure crimes em ambos os níveis.

No Brasil, afóra a previsão legislativa favorável ao sentenciado, percebe-se que a jurisprudência mais recente proíbe a correção do erro no julgamento criminal em sentido absoluto, isto é, sem possibilidade de alteração após o trânsito em julgado, independentemente da modalidade de erro de que se trata. Situações relativamente frequentes são aquelas em que o juiz, ao redigir a sentença criminal condenatória, soma as penas de maneira errada² ou fixa regime inicial de cumprimento de pena diverso do que é previsto em lei.³ Na sequência de desacertos, o Ministério Público não manifesta insurgência tempestiva contra o julgamento e a sentença transita em julgado sem que os erros tenham sido detectados e corrigidos.

Cabe, no entanto, a seguinte indagação: não é no mínimo chocante alguém ser investigado, denunciado, processado e condenado por dois crimes, mas cumprir somente uma pena por esquecimento do magistrado?⁴ Essa situação ocorreu no processo em que o paciente foi condenado no júri pela prática de dois homicídios qualificados, sendo-lhe aplicada, contudo, a pena correspondente a apenas uma das infrações. A desatenção do órgão acusatório, o decurso do tempo que conduziu ao trânsito em julgado e a inflexibilidade do Superior Tribunal de Justiça (STJ) não permitiram fosse estabelecida a pena para o segundo homicídio. O presente artigo visa a enfrentar esse problema através da definição de critérios que apontem em quais situações seria possível, de ofício, a correção dessas falhas pelos tribunais.

2. A (E/In)volução da Jurisprudência dos Tribunais Superiores

O Superior Tribunal de Justiça, há pouco mais de uma década, entendia que os erros materiais poderiam ser corrigidos de ofício, como se percebe no *Habeas Corpus* nº 32.209/SC, de relatoria da Ministra Laurita Vaz, julgado em 2005:

HABEAS CORPUS. ERRO MATERIAL. POSSIBILIDADE DE CORREÇÃO A QUALQUER TEMPO. OFENSA À COISA JULGADA NÃO CONFIGURADA.

O erro material, por não se sujeitar ao manto da coisa julgada, é passível de correção a qualquer tempo, consoante previsto no art. 463, inciso I, do Código de Processo Civil. 2. Mera declaração incidentalmente lançada na sentença, sem vinculação com a sua parte dispositiva, não faz coisa julgada material. 3. Ordem denegada.⁵

² HC nº 88.213-7/SP, Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma. Data de julgamento: 17/10/06.

³ HC nº 176.320/AL Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma. Data de julgamento: 17/5/11.

⁴ HC nº 123.335/MS, Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. Data de Julgamento: 1/2/10.

⁵ HC nº 32.209/SC, Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz. Data de Julgamento: 15/2/05.

Nesse caso, o paciente sustentava haver ilegalidade na decisão do juiz da vara de execuções penais, que revogou o livramento condicional, sob o argumento de que o magistrado anterior havia julgado extintas suas penas. No aresto, a ministra não só reconheceu que o primeiro juiz cometeu um erro, pois ainda não havia transcorrido todo o lapso temporal para a extinção da pena, como também entendeu que esse equívoco era passível de correção, mesmo após o trânsito em julgado.

Recentemente, contudo, o STJ tem-se alinhado à posição do Supremo Tribunal Federal (STF). Ambos os tribunais entendem que os erros materiais não podem ser corrigidos após o trânsito em julgado, sob pena de promover indevida revisão criminal *pro societate* e ofensa ao princípio da *non reformatio in pejus*. Aduzem que a coisa julgada é instrumento do Estado Democrático de Direito e que só pode ser afastada em situações autorizadas pela lei. Por fim, recorrem ao enunciado da Súmula 160 do STF, que preceitua que “é nula a decisão do tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não arguida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício”.

A ementa do HC nº 203.243/SP, da relatoria do Ministro Jorge Mussi, ilustra esse contexto:

TRÁFICO DE DROGAS (ARTIGO 12 DA LEI Nº 6.368/1976). APELAÇÃO DA ACUSAÇÃO E DA DEFESA. ELEVAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE IMPOSTA AO ACUSADO. CUMPRIMENTO DA SANÇÃO CORPORAL CONSIGNADA NO ACÓRDÃO. DETERMINAÇÃO DO RESGATE APENAS DA REPRIMENDA PECUNIÁRIA. TRÂNSITO EM JULGADO PARA AMBAS AS PARTES. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO CONTRA O RÉU. OFENSA À COISA JULGADA. IMPOSSIBILIDADE DE CORREÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. A coisa julgada material é uma das mais importantes garantias conferidas ao acusado no processo penal, pois impede que seja novamente processado pelos mesmos fatos pelos quais já foi absolvido ou condenado.
2. No caso dos autos, conquanto a Corte de origem tenha assegurado ao paciente, em aresto que transitou em julgado, apenas o cumprimento da pena de multa, afirmando que não restaria sanção privativa de liberdade a ser resgatada, não obstante tenha aumentado a reprimenda ao dar provimento ao recurso ministerial, o magistrado singular determinou a sua prisão para cumprimento do restante da sanção.
3. Havendo erro material no acórdão proferido em sede de apelação que não foi corrigido a tempo pelo órgão colegiado, ou impugnado tempestivamente pelo Ministério Público, tanto que o aresto transitou em julgado, não se permite que o seu conteúdo

seja solenemente ignorado pelo Juízo singular, o que claramente configura ofensa à coisa julgada.

4. Habeas corpus *não conhecido*. Ordem concedida de ofício para cassar o mandado de prisão expedido contra o paciente, determinando-se o cumprimento do arresto objurgado na forma como foi alcançado pelo trânsito em julgado, no qual restou consignado que ao paciente só restaria o cumprimento da sanção pecuniária.⁶

No caso, o paciente foi condenado à pena de um ano de reclusão mais o pagamento de multa pela prática do delito previsto no artigo 12, *caput*, da Lei nº 6.368/76, combinado com o artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006. Acusação e defesa apelaram, mas apenas o recurso do Ministério Público foi acolhido, sendo a pena majorada para três anos de reclusão, no regime inicialmente fechado, além do pagamento da multa. O órgão colegiado, contudo, de maneira errônea, afirmou que, como o acusado teria permanecido encarcerado de 27/9/04 a 6/10/05, ou seja, período inferior a três anos, restar-lhe-ia apenas o cumprimento da sanção pecuniária.

Esse erro não foi corrigido a tempo pelo órgão judicial, tampouco se verificou insurgência do Ministério Público, tendo o acórdão transitado em julgado. Dessa forma, segundo entendimento do STJ, tal erro não poderia ser retificado pelo juiz de primeiro grau que, no caso, determinou a prisão do acusado.

A posição do STF não destoava desse entendimento, como se nota no julgamento do HC nº 83.545/SP:

SENTENÇA PENAL. Capítulo decisório. Condenação. Pena privativa de liberdade. Reclusão. Fixação. Soma dos fatores considerados na dosimetria. Erro de cálculo. Estipulação final de pena inferior à devida. Trânsito em julgado para o Ministério Público. Recurso de apelação da defesa. Improvimento. Acórdão que, no entanto, aumenta de ofício a pena, a título de correção de erro material. Inadmissibilidade. Ofensa à proibição da *reformatio in pejus*. HC concedido para restabelecer o teor da sentença de primeiro grau.

1. Não é lícito ao tribunal, na cognição de recurso da defesa, agravar a pena do réu, sob fundamento de corrigir *ex officio* erro material da sentença na somatória dos fatores considerados no processo de individualização.⁷

Na fixação da sanção, o juiz de primeiro grau majorou a pena-base em 1/6, tendo em vista os maus antecedentes do paciente e, em razão das três causas de

⁶ HC nº 203.243/SP, Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi. Data de Julgamento: 6/8/13.

⁷ HC nº 83.545/SP, Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma, Rel. Min. Cezar Peluso. Data de Julgamento 29/11/05.

aumento do crime de roubo – concurso de agentes, emprego de arma de fogo e sequestro –, aumentou a pena em 2/5. Nesse sentido, a pena do agente alcançaria 7 anos, 7 meses e 14 dias de reclusão. Todavia, por erro aritmético, a pena definitiva foi fixada em 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, além de 14 dias-multa.

Apesar de o Ministério Público não ter apelado, a 13ª Câmara do extinto Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo corrigiu de ofício o erro material, tendo o STJ mantido tal decisão. O STF, por seu turno, concedeu *habeas corpus*, reconhecendo que as penas não poderiam ter sido elevadas, sob pena de se configurar ofensa ao princípio da *non reformatio in pejus*.

3. A Garantia da Coisa Julgada

Segundo Giovanni Leone, a coisa julgada denota aquilo sobre a qual recaiu a decisão do juiz (1963). Expressa, portanto, uma entidade passada, fixa, firme no tempo. Aury Lopes Jr., por sua vez, afirma que a coisa julgada opera em dupla perspectiva (2012). A primeira delas é constitucional, como garantia individual, prevista no inciso XXXVI do art. 5º da Constituição: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Assegura-se, assim, que ninguém será julgado novamente pelo mesmo fato. A segunda, processual, determina a preclusão e a imutabilidade da decisão. Seja na dimensão constitucional, seja na processual, a coisa julgada mostra-se como mecanismo criado pelo direito para tentar garantir segurança jurídica. Por meio dele, estabelece-se relativa estabilidade nas relações jurídicas, isto é, cria-se a certeza de que os indivíduos não serão processados, novamente, pelo mesmo fato.

Longe de ser instituto com força absoluta, a coisa julgada admite certa flexibilização, reconhecida através da evolução jurisprudencial em nosso país. A primeira forma de flexibilização diz respeito a erros materiais que prejudicam o réu. Os erros desfavoráveis ao sentenciado, mesmo após o trânsito em julgado, são corrigidos pelos tribunais, conforme se verifica no *HC* nº 234.893/MT, do STJ:

QUESTÃO DE ORDEM. *HABEAS CORPUS*. TRÂNSITO EM JULGADO DO ACÓRDÃO PROLATADO EM ASSENTADA ANTERIOR. ERRO MATERIAL NO CÁLCULO DA PENA. FIXAÇÃO A MAIOR QUE A DA ORIGEM. CONSTATAÇÃO NO MOMENTO DA RETIFICAÇÃO DA GUIA DE EXECUÇÃO PENAL. CORREÇÃO DE OFÍCIO. NOVA REDAÇÃO AO VOTO E EMENTA ANTERIORES. PENA DEFINITIVA EM 1 (UM) ANO E 4 (QUATRO) MESES DE RECLUSÃO.

I. Por ocasião da retificação da Guia de Execução Penal do Paciente, verificou-se a existência de erro material no acórdão prolatado por esta 5ª Turma na sessão de 11.06.13, tendo o MM. Juízo *a quo* oficiado a esta Corte informando o ocorrido.

II. No cálculo da pena nos presentes autos (2 anos, 4 meses e 24 dias), restou apurado reprimenda maior que a fixada na origem (2 anos, 2 meses e 20 dias), não obstante tenha entendido pela exclusão da majorante pelo emprego da arma de fogo.

III. Tratando-se de erro material, passível sua correção, inclusive de ofício, para que na dosimetria da pena seja utilizado o percentual de redução de 2/3 (dois terços) em razão da tentativa, reconhecido nas instâncias ordinárias, em substituição àquele indevidamente utilizado, sobretudo porquanto mais benéfico ao réu.

IV. A correção do mencionado erro material implica dar nova redação aos 2 (dois) últimos parágrafos do voto e ao último parágrafo da ementa.

V. Questão de ordem acolhida, erro material corrigido, de ofício e penas do paciente reduzidas para 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, mais 6 (seis) dias-multa.⁸

Posto que não tenha sido incorporada ao processo penal a regulamentação do Código de Processo Civil, expressa no inciso I do art. 494, que excepciona o princípio da irretroatividade da sentença de mérito e autoriza corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais ou retificar erros de cálculo, a jurisprudência nacional ampliou o alcance da norma processual civil (THEODORO JÚNIOR, 2015).

O segundo caso trata de situação ocorrida no julgamento, pelo STF, do *HC* nº 84.525/MG:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE AMPARADA EM CERTIDÃO DE ÓBITO FALSA. DECISÃO QUE RECONHECE A NULIDADE ABSOLUTA DO DECRETO E DETERMINA O PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL. INOCORRÊNCIA DE REVISÃO PRO SOCIETATE E DE OFENSA À COISA JULGADA. PRONÚNCIA. ALEGADA INEXISTÊNCIA DE PROVAS OU INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA EM RELAÇÃO A CORRÉU. INVIABILIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS NA VIA ESTRITA DO WRIT CONSTITUCIONAL. CONSTRAGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. ORDEM DENEGADA.

1. A decisão que, com base em certidão de óbito falsa, julga extinta a punibilidade do réu pode ser revogada, dado que não gera coisa julgada em sentido estrito.

⁸ *HC* nº 234.893/MT, Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma, Rel. Min. Regina Helena Costa. Data de julgamento: 8/10/13.

2. Não é o *habeas corpus* meio idôneo para o reexame aprofundado dos fatos e da prova, necessário, no caso, para a verificação da existência ou não de provas ou indícios suficientes à pronúncia do paciente por crimes de homicídios que lhe são imputados na denúncia.

3. *Habeas corpus* denegado.⁹

A situação analisada pelo STF baseava-se em processo em que se extinguiu a punibilidade do autor do delito, tendo como base certidão de óbito falsa. O tribunal entendeu que, nesse caso, não houve coisa julgada, uma vez que a decisão que determinou a extinção da punibilidade seria meramente declaratória, não podendo prevalecer se seu pressuposto fosse falso. Aury Lopes Jr. ressalta que, “em última análise, o STF fez uma opção: ponderou a garantia da coisa julgada, de um lado, e o fato de o réu estar se beneficiando de sua conduta ilícita, de outro, e optou pelo sacrifício da coisa julgada” (2012).

Portanto, percebe-se que a correção dos erros materiais é perfeitamente aceita pelos tribunais na atual ordem constitucional. O único dispositivo que talvez representasse óbice seria o inciso XXXVI do art. 5º da Constituição da República. Todavia, como demonstrado, o instituto da coisa julgada tem sido relativizado nos últimos anos, tal como na desconsideração da decisão que extinguiu a punibilidade com base em documento falso.

Problema presente em arestos que tentam superar a coisa julgada ao corrigir eventuais erros materiais é a argumentação centrada em princípios excessivamente vagos, tal como a “justiça”. É o que ocorre no voto do Ministro Napoleão Nunes, no HC nº 176.320/AL,¹⁰ ao citar os ensinamentos do professor Cândido Rangel Dinamarco:

O valor da segurança das relações jurídicas não é absoluto no sistema, nem o é portanto a garantia da coisa julgada, porque ambos devem conviver com outro valor de primeiríssima grandeza, que é o da justiça das decisões judiciais, constitucionalmente prometido mediante a garantia do acesso à justiça. (Const., art. 5º, inc. XXXV)

Como bem discorre Raquel Stein, não basta a invocação de princípios como a “justiça” (2010). Isso porque inexistente antinomia entre os dois princípios: segurança jurídica e justiça. Para fundamentar sua posição, a autora recorre a Aristóteles, que afirmava que o mero fato de se seguir as leis já seria justo, uma vez que o Estado de Direito pressupõe não a simples previsibilidade das leis, mas a fundamentação das decisões e

⁹ HC nº 84.525/MG, Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso. Data de julgamento: 16/11/04.

¹⁰ HC nº 176.320/AL, Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi. Data de julgamento: 17/5/11.

a argumentação jurídica. Dessa forma, afirmar que existe contraposição entre justiça e segurança jurídica – substancializada na coisa julgada – não é exatamente correto, pois a segunda é instrumento de realização da primeira.

Em que pese a acertada argumentação da autora em rechaçar a justiça como meio justificador da relativização da coisa julgada, parece igualmente abstrato e, portanto, de pouca efetividade, nos casos concretos, utilizar os critérios de “proporcionalidade” e “razoabilidade”. Esses princípios são demasiadamente amplos e devem ser utilizados em situações pontuais. Todavia, como são utilizados corriqueiramente, muitas vezes de maneira equivocada, esses princípios acabam por perder seu sentido, denotando, na verdade, um grande vazio.

Nesse passo, torna-se imprescindível a definição de critério rigoroso e estrito para que, de um lado, os erros possam ser corrigidos pelos tribunais e, por outro, a coisa julgada, elemento essencial à estabilização das relações jurídicas, não seja menosprezada.

4. À Procura de uma Solução

A mais recente posição dos tribunais superiores brasileiros acerca do erro material, que pode ser constatada nos julgados anteriormente mencionados, traz grande certeza jurídica, pois incorpora regra absoluta: nenhum erro pode ser corrigido, em prejuízo do acusado, após o trânsito em julgado da condenação. No entanto, a regra que procuram extrair vai muito além do que prescreve o CPP e gera situações de imensa perplexidade.

Partindo da absoluta impossibilidade de se modificar decisão eivada de erro, cujo conserto prejudicaria o sentenciado, surgem algumas questões controversas: (i) caso o magistrado reconheça a procedência da denúncia, mas se esqueça de estabelecer a pena para o único crime, isso equivaleria à absolvição? (ii) ao aproveitar a matriz de sentença anterior e se esquecer de alterar o nome do réu, a despeito de apreciados corretamente os fatos, a condenação imposta a Manoel Silva, em vez de João Alves, redundaria em ausência de condenação do verdadeiro réu? Ou seria possível simplesmente alterar o nome na sentença transitada em julgado, mantidos os demais termos? (iii) E se, no âmbito do tribunal, durante o julgamento de *habeas corpus*, a súmula do acórdão mencionar que o decreto de prisão deva ser infirmado, quando, na verdade, seria confirmado, permite-se modificar a decisão ou somente resta expedir o alvará de soltura?

A resposta a essas perguntas pode ser categoricamente no sentido de beneficiar sempre o acusado, impedindo a correção do erro na esteira do que vem sendo decidido pelos tribunais superiores. Assim, (i) o condenado sem previsão de pena não expiaria punição, a despeito da sentença condenatória (teria efeitos para reincidência?); (ii) o réu que teve a felicidade de ver seu nome trocado não registraria nenhuma condenação. A retificação onomástica na sentença, por importar agravamento de sua situação jurídica – o sem condenação converter-se-ia em condenado –, estaria fora de questão. Quanto à pessoa cujo nome foi posto por engano na sentença, o erro poderia ser corrigido, obviamente, porque benéfico

ao “sentenciado”; (iii) por fim, a substituição do “in” pelo “con” não seria possível e estaria firmado pelo tribunal que a prisão é legal, mas equivocadamente declarada ilegal. Pouco importaria o conteúdo dos votos que compõem o acórdão transitado em julgado diante da súmula de julgamento em sentido contrário.

A opção pelo maniqueísmo erro-prejudicial-incorrigível e erro-benéfico-corrigível não tem a larga aplicação que se pretende. É possível elaborar tese de contornos defensáveis que não se restrinja aos extremos do prejudicial e do benéfico. Mas, antes de tudo, é necessário identificar quais são os erros e como eles podem ser tratados.

4.1. A Dicotomia do Erro

A melhor forma de definir o erro é partir de singela divisão que contraponha o erro material ao erro intelectual (RUELLAN, 2010). Erro material deve ser tratado como gênero, do qual se subdividem diversas espécies de falhas, entre as quais se incluem as inexactidões objetivas e os erros de cálculo. O erro de escrita é um deslize material, ou seja, discrepância existente entre o pensamento do juiz e a expressão que ele empregou (BLONDET, 1954). Isso significa que o juiz pensou corretamente, mas se enganou ao externar o pensamento.

O erro material identifica-se com a *slip rule*, comum ao direito americano, tal como previsto na *Rule 35 da Federal Rules of Criminal Procedure*. A correção da sentença pode ser feita no prazo de 14 dias após sua prolação, desde que seja resultado de erro aritmético, técnico ou outro evidente (RUELLAN, 2010). A *slip rule* pode ser usada quando a determinação judicial não reflete a intenção do juízo, mas não se aplica à correção de erros de substância nem para tentar adicionar ou extrair algo da decisão proferida.

Resultado de reflexão inadequada do magistrado a respeito da regra jurídica, o erro intelectual traduz-se como solução em desarmonia com a norma a que se conecta. A complexidade de seu destaque é frequentemente proporcional à rejeição de seu reconhecimento e, por conseguinte, de sua retificação. Largamente difundido em matéria penal, o erro intelectual do juiz é de longe o mais complexo na medida em que apela ao rigor mental de cada pessoa (RUELLAN, 2010). Decidir sobre a inocência ou a culpabilidade do acusado exige análise estrita e elaborada acerca da situação fática e jurídica. Eventual erro havido nessa operação mental recebe o adjetivo intelectual. O mesmo ocorre no momento de se fazer o juízo de tipicidade, aferindo qual tipo penal melhor se amolda à conduta delitiva. Não levar em consideração a circunstância agravante da reincidência ou confundir grosseiramente um elemento constitutivo do tipo com uma circunstância acessória também constituem modalidades de erro de julgamento, ou seja, erro intelectual.

O erro material, via de regra, é mais facilmente constatável pela singela razão de que é fruto de evidente descompasso. O dispositivo da decisão deve ser interpretado com base nas razões que as unem ao resultado. A incompatibilidade entre o dispositivo e a fundamentação é simplesmente o resultado de erro puramente material. Na França, essa dissonância pode ser corrigida segundo específico

procedimento previsto nos artigos 710 e 711 do Código de Processo Penal. Assim, erros materiais são admitidos sem muita dificuldade pelos tribunais franceses, que autorizam o procedimento de reparo por meio direto, simples e eficaz.

Por sua vez, os erros intelectuais, derivados de raciocínio falho, têm sua evidência menos clara (RUELLAN, 2010). Mas a decisão judicial não está imune a críticas. Procedimentos recursais estão disponíveis e oferecem chance factível de excluí-los. Além disso, o erro intelectual pode ser retificado por meio de revisão criminal, limitada, porém, às hipóteses em que seja possível beneficiar o sentenciado. Essas restrições não estão – ou não deveriam estar – previstas para o erro material, cuja correção se dá independentemente do trânsito em julgado.

4.2. O que se Pode Corrigir

Com base nessa divisão, definem-se quais erros podem ser corrigidos e quais não podem ser retificados após o trânsito em julgado.

As decisões dos tribunais transitadas em julgado devem ser compreendidas como abrangentes do erro intelectual quando limitam a possibilidade de modificação em benefício do sentenciado. O art. 617 do Código de Processo Penal preceitua que “o tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença.”

Extrai-se desse dispositivo a proibição da *reformatio in pejus*. Isso significa que o imputado não pode ter sua situação jurídica agravada, diante de recurso exclusivo da defesa.¹¹ Em linhas gerais, veda-se a reforma para pior. O princípio da proibição da *reformatio in pejus* decorre logicamente do sistema acusatório, no qual os papéis do julgador e do acusador são reservados a pessoas distintas. Assim, o julgador, conforme leciona Aury Lopes Júnior, mantém-se afastado da esfera de atividade das partes, não podendo agir sem o devido impulso, em última análise, sem pedido do Ministério Público (2012).

A jurisprudência brasileira segue estritamente os contornos delineados pela doutrina, entendendo que a invocação do princípio em estudo restringe-se aos casos em que há recursos, tal como decidido no *Habeas Corpus* nº 249.106.¹² O paciente foi condenado a penas de 7 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 16 dias-multa, pela prática da conduta delituosa tipificada no art. 157, §2º, I, II e V, e a 9 anos de reclusão, em regime inicial fechado, além de 14 dias-multa, por infringência ao art. 158, §§ 1º e 3º, sendo absolvido da prática do crime previsto no art. 288, parágrafo único, do Código Penal. Inconformada, a defesa apelou e, em segunda instância, o réu foi absolvido do crime de extorsão, mas se majorou a pena do roubo para 9 anos de reclusão, em regime inicial fechado, além de 22 dias-multa. Tendo o aresto transitado em julgado, a

¹¹ Apesar de o art. 617 dispor apenas sobre a apelação, a interpretação que se tem dado é que tal dispositivo aplica-se a todas as modalidades recursais, sendo vedada a piora da situação do réu em qualquer delas.

¹² HC nº 249.106, Superior Tribunal de Justiça, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. Data de Julgamento: 18/6/14.

defesa propôs revisão criminal, que foi indeferida por maioria dos votos. Dessa forma, impetrou-se *habeas corpus* para que, a despeito da absolvição pelo crime de extorsão, a pena do agente fosse reduzida para 7 anos de reclusão, de modo a corrigir a inadmissível *reformatio in pejus*. No STJ, foi reconhecida a impossibilidade de agravamento da situação do réu nas hipóteses de recurso exclusivo da defesa, sob pena de se proferir decisão *ultra ou extra petita* e de se violar o princípio da *non reformatio in pejus*.

A aplicação do princípio da proibição da *reformatio in pejus* implica, necessariamente, a existência de recurso, o que é unânime entre a doutrina e a jurisprudência. Além disso, está atrelado ao erro intelectual, cujo reconhecimento depende de provocação da parte interessada. Nesse sentido, é forçoso reconhecer que os erros materiais excluem-se da incidência do princípio e autorizam o julgador a alterar a sentença, mesmo nos casos de agravamento da situação do réu. Nessas hipóteses, o que se verifica não é o rejuízo da causa, mas mera retificação de deslize material.

A mesma razão que proíbe a reforma para pior informa o enunciado da Súmula nº 160 do STF, que preceitua ser “nula a decisão do Tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não arguida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício.” A consolidação desse entendimento decorre de série de decisões, muitas delas proferidas em *habeas corpus*, com o mesmo fundamento: o Ministério Público recorria, arguindo que a decisão do júri teria sido contrária às provas dos autos. Os tribunais anulavam o julgamento, mas por meio do acolhimento de tese não suscitada no recurso, o que era prejudicial ao réu.

A ausência de iniciativa do Ministério Público quanto à matéria que gerava a nulidade do julgamento foi reiteradamente tida como inaceitável, situação que era excepcionada nas estritas hipóteses de cabimento de recurso de ofício. Nesses casos, como se permitia a atuação do magistrado, independentemente de provocação, o enunciado da súmula não exigia a iniciativa do órgão acusatório para reconhecimento da nulidade.

Tal como ressaltado em relação à proibição da *reformatio in pejus*, deve-se considerar que a restrição imposta ao reconhecimento do erro limita-se às situações em que há reflexão inadequada do magistrado a respeito da regra jurídica aplicável. Nessas hipóteses, o tribunal não pode anular o julgamento ou determinar que outro se realize sem que haja pedido da acusação. Em se tratando de erro material, a possibilidade de retificação é perene e ocorrerá naqueles casos em que não há um novo “decidir”. Isto é, trata-se apenas de divergência entre o que o juiz pensou (fundamentação) e o que está escrito ou deixou de ser escrito na parte dispositiva da sentença.

A fundamentação da sentença, nesse tópico, desempenha papel essencial. Trata-se de princípio disposto no art. 93, IX, da Constituição da República, que exige que o magistrado explicita as razões, de fato e de direito, que o conduziram àquela decisão. Determina que o juiz descreva, minuciosamente, o itinerário lógico que percorreu para chegar àquela conclusão. Em suma, a fundamentação é elemento essencial que comprova o afastamento de possíveis subjetivismos e arbitrariedades.

“Os erros passíveis de correção são aqueles em que a redação da sentença não traduz o pensamento ou a vontade do prolator da decisão” (THEODORO JÚNIOR, 2015). A fundamentação encaminha-se em uma direção, mas, por deslize, o juiz grafa texto em sentido diverso. Em última análise, a recusa em se corrigir esses erros revela apreço maior pela parte dispositiva da sentença do que pela fundamentação. Nesses casos, seria possível a correção das falhas, *ex officio*, pelos tribunais, uma vez que as partes processuais – de modo especial, o réu – não são acometidas por surpresa. A retificação é, afinal, mera harmonização entre a fundamentação e a parte final da sentença.

4.3. Como se Pode Corrigir

A jurisprudência predominante, que veda qualquer tipo de correção da sentença penal em prejuízo do acusado, pode conduzir a absurdos muito maiores do que o absurdo de prejudicar a situação do réu reconhecidamente culpado na exata medida de sua culpabilidade. Basta imaginar que alguém condenado à pena final de 6 (dezesesseis) anos de reclusão cumpriria a sanção no montante equivalente ao algarismo, caso não fosse identificado o erro antes do trânsito em julgado. Segundo essa jurisprudência, pouco importa que a pena mínima cominada no tipo penal e fixada como base pelo juiz fosse de 10 (dez) anos; que a agravante da reincidência e de crime praticado contra ascendente tenham acrescido à pena mais 2 (dois) anos; e que a causa de aumento de 1/3 tenha sido aplicada ao final. Mesmo que todo o processo aritmético tenha sido explicitado na sentença, prevalece o argumento de que direito penal não é cártula de cheque – o escrito por extenso não prepondera sobre o algarismo – e que a pena deve ser interpretada em benefício do acusado. Contra-argumenta-se, porém, que o caso não envolve dúvida que privilegia o réu, nem se necessita de recorrer ao direito bancário para definir a preponderância ou não do algarismo. Cuida-se de evidente erro material, que é facilmente corrigido pela adição de um traço vertical antecedentemente ao algarismo: 16 (dezesesseis) anos de reclusão.

Surpresa nenhuma sofrerá o sentenciado com a pena reconduzida a seu montante correto. Surpresa experimentou quando sabia que a pena mínima era de 10 anos, todos os acréscimos foram provados no curso do processo, mas se estabeleceu sanção muito abaixo do piso, sem nenhuma causa de diminuição presente.

Ao se admitir a possibilidade de retificação do erro material, pode-se imaginar que se geraria grande instabilidade no sistema jurídico-penal. No entanto, com o passar do tempo, critérios seriam desenvolvidos a fim de tornar mais segura e menos sujeita ao arbítrio a correção do escrito que está em dissonância com o pensar. Obviamente que não se pode percorrer os caminhos dilatados da “proporcionalidade” ou da “justiça”, aplicando critérios de duvidosa legitimidade para agravar a situação do sentenciado. Deve-se ater a parâmetros metodologicamente consistentes, a exemplo daquele encontrado em decisão proferida pelo STF.

(...) aquilo que não existe no mundo dos fatos, não pode existir no mundo jurídico, porque o conjunto maior é o mundo dos fatos. O mundo jurídico tem que estar dentro do mundo dos fatos. Ele não cabe fora do mundo dos fatos. Se, no mundo dos fatos, não houve o evento morte, qualquer declaração nesse sentido, mesmo judicial, mesmo transitada em julgado, pode ser desconsiderada por qualquer um diante do que explica a teoria da existência jurídica. (...) No caso em análise, embora declarada a extinção da punibilidade do agente, dita decisão encontra-se irremediavelmente comprometida no plano de sua existência, porquanto ao sofrer a incidência da norma jurídica juridicizante, a parte relevante do suporte fático (morte) é transportada para o mundo jurídico, ingressando no plano da existência. (...) Naturalmente, se há falta no suporte fático de elemento nuclear, o fato não tem entrada no plano da existência, donde não haver o próprio fato jurídico, de modo a não se reconhecer qualquer validade à decisão que declarou extinta a punibilidade do agente por fato inexistente.¹³

Conquanto o caso versasse sobre erro intelectual a que foi induzido o magistrado, adotou-se solução engenhosa, com técnica mais apurada do que a empregada no HC nº 84.525/MG, acima mencionado, sobre o mesmo tema.

Além de se desenvolverem critérios consistentes diante dos erros materiais detectados após o trânsito em julgado, será preciso observar que, mesmo nessa temática, é preciso estabelecer condições e limite temporal para a correção. A condição essencial seria permitir o contraditório e a ampla defesa, antes da manifestação judicial retificadora. Deve-se permitir, inclusive, que a parte prejudicada possa recorrer do ato judicial que lhe agravou a situação. Como no exemplo inaugural desse artigo, caso o acusado tenha sido investigado, denunciado, processado e condenado por dois crimes, mas o magistrado esqueceu-se de aplicar a pena para uma das infrações, seria facultado a ele impugnar a sanção antes omitida, mas agora retificada, como fruto de erro material. O estabelecimento da punição faltante não escaparia ao controle recursal, por meio do qual seria avaliado se a dosagem da pena seguiu os padrões normativos estabelecidos.

Outrossim, como não se admite a punição de alguém trinta anos após a prática do crime, uma vez consumada a prescrição, também não se pode aceitar a retificação do erro se, para a pena retificada, o prazo prescricional de punição/execução tiver esgotado. Uma vez que o erro material permaneceu insepulto e ninguém identificou o equívoco da pena de 6 (dezesseis) anos de reclusão, passado o prazo prescricional de 20 anos – considerando-se a sanção correta –, nada mais poderá ser feito.

¹³ HC nº 104.998/SP, Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli. Data de julgamento: 14/12/10.

5. Conclusão

Não se despreza a relevância da coisa julgada no processo penal, tendo em vista que esse instituto visa, em última análise, à estabilização das relações e das respostas sociais, o que é indispensável à vida em comunidade. Em decorrência, não se pretende admitir que todos os erros sejam corrigidos a qualquer tempo. O que se pretende é afastar o caráter imodificável absoluto da sentença penal, reconhecido atualmente pelos tribunais superiores. O elevado caráter estático da sentença penal pode conduzir a situações mais absurdas do que a de agravamento da situação do sentenciado após o trânsito em julgado, que representaria simplesmente a exata resposta penal na medida de sua culpabilidade.

Se falhas houver no processo penal, que se amoldem ao conceito de erro material, existirá espaço para retificação. Dentro da distinção entre erro intelectual e material, o segundo revela-se como mero descompasso entre a fundamentação da decisão e a sua conclusão, como nas hipóteses de equívoco na denominação do réu; erro aritmético na soma das penas; definição errônea do regime inicial de cumprimento de pena; e ausência de fixação de pena para algum dos crimes. Como nessas situações fica caracterizado o erro material, uma vez que se trata de mera retificação, não tem lugar a aplicação do princípio da proibição da *reformatio in pejus*, que se restringe aos casos de erro intelectual.

O fato de não existir previsão de revisão criminal *pro societate* no sistema processual penal pátrio não importa que as sentenças penais permaneçam sempre inalteradas após o trânsito em julgado. Como todo ato humano passível de erro, a sentença pode ser corrigida. Constatado que o erro é material, observado o prazo de prescrição da infração e permitindo-se ao sentenciado opor-se à retificação, podem os tribunais, de ofício, corrigir a distorção entre o que foi pensado e fundamentado na sentença e aquilo que está revelado na parte dispositiva.

Referências Bibliográficas

BLONDET, M. Procédures subséquentes devant les juridictions répressives, *Semaine Juridique*, 1954, I, nº 1162.

LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América 1963. vol. 3.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

RUELLAN, Morgane. *L'erreur du juge pénal*. Master de droit pénal et sciences pénales, 2010. Disponível em <https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/abf8933a-6fd0-492a-bdc9-b476e26c3c0a>. Acessado em: 1/10/15.

STEIN, Raquel. Relativização da Coisa Julgada e a Visão dos Tribunais Superiores. *Revista da AJURIS*, vol. 37, nº 119, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 56ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. vol. 1.

O Neoconstitucionalismo e os Seus Contornos Essenciais

Emerson Garcia*

Sumário

1. Aspectos Introdutórios. 2. Teorias Naturalistas. 3. Teorias Positivistas. 4. Pontos de Contato e de Distanciamento entre Naturalismos e Positivismos. 5. A Penetração dos Valores nas Teorias Positivistas e o Florescer do Pós-Positivismo e do Neoconstitucionalismo. 6. Aspectos Essenciais do Neoconstitucionalismo. Epílogo. Referências Bibliográficas.

1. Aspectos Introdutórios

Estudos contemporâneos na seara do direito constitucional têm utilizado, de modo recorrente, o significante *neoconstitucionalismo*. Não é exagero afirmar que a frequência do seu uso rivaliza com a falta de clareza do significado que pretende externar. Etimologicamente, o prefixo *neo*, oriundo do grego, indica o que é novo. Portanto, estaríamos perante um novo constitucionalismo. Mas o que seria isso? Seria uma forma específica de identificar e catalogar as maneiras de estruturar e compreender a ordem constitucional? Ou seria uma fórmula inacabada, que se transformaria, dia após dia, com a agregação de algo ao *acquis* do direito constitucional?

O constitucionalismo global, em que certos arquétipos, especialmente na seara dos direitos humanos, são constantemente reproduzidos pelos Estados, está longe de conferir uniformidade aos distintos sistemas. O mesmo ocorre com o reconhecimento da especial permeabilidade de determinados padrões normativos, como os princípios, à influência da base de valores do ambiente sociopolítico, e com teorias e métodos de interpretação constitucional, que tendem a aproximar o *iter* argumentativo voltado ao delineamento da norma constitucional. Nenhum desses fatores afasta a constatação de que os sistemas não evoluem *pari passu*. Objetivos e prioridades tendem a apresentar variações de ordem quantitativa e qualitativa; o protagonismo dos distintos atores, a começar pelo Tribunal Constitucional, tem nítidas oscilações. Em verdade, o fator

* Doutor e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Especialista em *Education Law and Policy* pela *European Association for Education Law and Policy* (Antuérpia – Bélgica) e em Ciências Políticas e Internacionais pela Universidade de Lisboa. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Consultor Jurídico da Procuradoria-Geral de Justiça e Diretor da Revista de Direito. Consultor Jurídico da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Integrante da Comissão de Juristas instituída no âmbito da Câmara dos Deputados para alterar a Lei nº 8.429/1992. Membro da *American Society of International Law* e da *International Association of Prosecutors* (Haia – Holanda). Membro Honorário do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB).

decisivo para a ausência de prevalência da uniformidade entre as Constituições reais, vale dizer, entre aquelas que se projetam no dia a dia do ambiente sócio-político, e aqui parafraseamos Lassalle, é a especificidade de cada sociedade.

Uma sociedade se distingue da outra por uma pluralidade de fatores, entre os quais destacamos um: a diversidade de sua base de valores. É justamente essa base de valores, especialmente em Constituições compromissórias como a brasileira, que integrará o conteúdo da norma constitucional, com ênfase para aquelas de estrutura principiológica, e influirá no modo como alcançará a realidade. No extremo oposto, é a mesma base de valores que pode conduzir ao desuso de uma norma constitucional ("*Phänomen der Derogation durch Gewohnheitsrecht – desuetudo*")¹ ou comprometer a própria integração de sua eficácia. Um exemplo bem sugestivo dessa última perspectiva de análise é oferecido pelo art. 5º, XLIX, da Constituição brasileira, segundo o qual "é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral". Como os presos, em sua grande maioria, são submetidos ao encarceramento em condições sub-humanas, ao que se soma a constatação de que a continuidade desse estado de coisas é vista com relativa naturalidade por considerável parcela da sociedade, cuja base de valores não a repugna, é natural que o resultado seja a retração da eficácia de um comando constitucional.

O neoconstitucionalismo, portanto, tende a apresentar variações de tempo, lugar e conteúdo. Nessas breves linhas, direcionaremos nossa atenção àquele que consideramos um dos seus aspectos mais relevantes de sua individualização, contribuindo, em muito, para dissociar a compreensão da ordem constitucional do positivismo clássico. Trata-se da interseção entre o deontológico e o axiológico.

A Constituição, há muito, deixou de ser vista como um mero arquétipo neutral de organização política e de proteção das liberdades individuais. Não permanece adstrita ao plano jurídico-normativo e foi erigida à posição de epicentro axiológico-normativo do ambiente sociopolítico, moldando e sendo moldada, construindo e sendo reconstruída, sempre em harmonia com as vicissitudes da realidade. O neoconstitucionalismo marca a virada axiológica das reflexões sobre a Constituição, sendo responsável pela aproximação entre referenciais jurídicos e políticos. Contribui, ainda, para o avanço das construções teóricas que diuturnamente demonstram a abertura e a flexibilidade da unidade existencial normoaxiológicamente ordenada e de caráter fundante denominada de sistema constitucional.²

Na medida em que a Constituição formal torna-se não só permeável, como dependente, dos influxos de natureza axiológica colhidos na realidade, é inevitável a sua passagem por um intenso processo de remodelagem, exigindo amplas alterações de ordem metódica no âmbito da teoria da norma e da teoria da interpretação. Com isso, normas de estrutura principiológica têm a sua funcionalidade reinventada;

¹ ALEXY, Robert. *Begriff und Geltung des Rechts*. Freiburg/München: Verlag Karl Alber GmbH, 2002, p. 147.

² Cf. ZIPPELIUS, Reinhold; WÜRTEMBERGER, Thomas. *Deutsches Staatsrecht*. 32ª ed. München: Verlag C. H. Beck, 2008. p. 42 e p. 10-13 e 77-78.

os valores deixam de ser vistos como puras abstrações morais desprovidas de importância e conteúdo; o nivelamento formal passa a coexistir com a hierarquia axiológica, maximizando a importância dos juízos valorativos realizados; e o processo de interpretação constitucional, a cada dia, se vê mais distante do cognitivismo e da lógica dedutiva que conferem sustentação ao silogismo mecanicista.

A abertura axiológica da ordem constitucional denota a sua capacidade de evoluir e se modificar;³ a flexibilidade, a aptidão para se ajustar à realidade, o que ocorre sem a necessária alteração dos seus balizamentos formais.

Considerando a relevância atribuída aos valores na integração da normatividade constitucional, utilizaremos, como fio condutor da abordagem, o processo de delineamento da norma sob a ótica das construções teóricas enquadradas sob a epígrafe do naturalismo, do positivismo e do pós-positivismo. Trata-se de significantes linguísticos nitidamente polissêmicos, que absorvem inúmeras construções distintas, unidas entre si por alguns poucos traços comuns. Expressam, em seu âmago, a necessidade de o homem observar certos balizamentos na formação do direito ou, em sentido diverso, a presença de uma total liberdade criativa, ainda que alegadamente vinculada a algum referencial metafísico.⁴

Como se perceberá, é perfeitamente possível prestigiar construções teóricas que valorizem o texto normativo e, simultaneamente, apregoem a sua permeabilidade axiológica, sem necessariamente aderir ao naturalismo. Em relação ao positivismo, é relevante analisar a sua capacidade, ou não, de adaptação às exigências atuais, que não se ajustam a uma irrestrita separação entre os referenciais jurígeno e axiológico. A partir daí, será possível identificar o alicerce de sustentação das teorias pós-positivistas e neoconstitucionalistas. Nesse processo argumentativo, seguiremos, em suas linhas gerais, os desenvolvimentos teóricos que já declinamos a respeito dessa temática⁵.

2. Teorias Naturalistas

As teorias naturalistas, apesar das variações que apresentam, principiando pelo seu alicerce metafísico de sustentação,⁶ relacionado a “cosmovisões”⁷

³ Cf. CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito* (Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz). Trad. de MENEZES CORDEIRO. A. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 104.

⁴ Cf. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito* (Rechtsphilosophie). Trad. de António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 31.

⁵ Cf. GARCIA, Emerson. *Interpretação Constitucional. A resolução das conflitualidades intrínsecas da norma constitucional*. São Paulo: Editora Atlas, 2015. É parcialmente reproduzido, neste artigo, o item “o constitucionalismo e a virada axiológica”, inserto nas p. 188-214.

⁶ Cf. SANTIAGO NINO. *Introducción...*, p. 28-30; PAGANO, Aúthos. *O direito natural, a justiça e os fatos sociais*. São Paulo: Luzes Gráficas, 1966, p. 97-98; e ZIPPELIUS, Reinhold. *Rechtsphilosophie*. München: C. H. Beck, 1982, p. 94 e ss.

⁷ Cf. HABERMAS. *Entre Naturalismo e Religião...*, p. 288.

(teológica,⁸ racionalista,⁹ humanística,¹⁰ do estado de natureza¹¹ etc.), convergem no reconhecimento da insuficiência do direito posto¹² e de que as normas jurídicas preexistem à atividade do intérprete.¹³ São apenas conhecidas, não criadas. Independentemente de qualquer ato de vontade, já que ofertadas por um referencial superior, sendo espontâneas. E o seu significado é tão somente apreendido, o que lhes assegura aprovação e aceitação inatas.¹⁴ A função do intérprete seria descobrir o significado de uma “Constituição não escrita”, cujos princípios transcendentais, exteriores e superiores à Constituição formal, constituem o seu fundamento.¹⁵ A partir dessas premissas, é possível afirmar que o naturalismo pode ser visto a partir de uma perspectiva (a) metodológica, indicando os referenciais de análise a serem utilizados pelo intérprete, bem como o modo de apreendê-los, ou (b) substantiva, refletindo o conteúdo dos padrões de conduta por ele oferecidos.¹⁶

⁸ O Apóstolo Paulo afirmava que os gentis, mesmo antes da lei, guiavam-se pela natureza e cumpriam a lei, isso ao observarem a vontade divina (Romanos, 2, 12-14). Trata-se da superposição entre o *fas* e o *ius* a que se referiu Groppali (*Filosofia do Direito*. Trad. de RODRIGUES GAMA, Ricardo. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 67). O acolhimento dos Evangelhos como lei dos homens reflete a tendência “de absorver a cidade terrestre na Cidade de Deus, de criar e de organizar sobre a terra a Cidade de Deus” (VILLEY, Michel. *Leçons d’Histoire de la Philosophie du Droit*. Paris: Dalloz, 1962, p. 41).

⁹ Kant via no direito natural um “conjunto de princípios universais, absolutos, perfeitos e imutáveis, derivados da própria razão humana” (*A Crítica da Razão Prática*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003, Parte I, Livro I, Capítulo I, §7).

¹⁰ Cf. BARBOSA PINTO, Marcos. *Constituição e Democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 189; e CENEVIVA, Walter. *Direito Constitucional Brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 7-8. Segundo esse último autor, “a normatividade das relações coletivas é inerente à existência mesma do homem, transcendendo do direito oficial vigente”.

¹¹ Lê-se, no Digesto de Ulpiano, que “*jus naturale est quod natura omnia animalia docuit*” (“direito natural é aquilo que a natureza ensina a todos os animais”) – Livro I, Título I, §3º. Vatel, referindo-se às relações internacionais, averbava que “a Nação tem também os mesmos direitos que a natureza dá aos homens” (*Le Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle*, T. I. Paris: Guillaumin et Cie Libraires, 1863, p. 79-80). Construções dessa natureza, como observado por Barzotto, refletem um “reduccionismo antropológico”, subtraindo do ser humano a característica de sujeito e submetendo-o, a exemplo dos demais animais, às determinações da natureza [Pessoa e Reconhecimento – Uma Análise Estrutural da Dignidade da Pessoa Humana, in: ALMEIDA FILHO, Agassiz e MELGARÉ, Plínio (Org.). *Dignidade da Pessoa Humana*. Fundamentos e Critérios Interpretativos. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 39 (49)]. George Bonjean, do mesmo modo, a considera uma “ideia bizarra” (*Explication Méthodique des Institutes de Justinien*, T. 1^{er}. Paris: A Durand et Pedone-Lauriel, 1878, p. 7).

¹² Cf. ALEXANDER e SHERWIN. *The rule...*, p. 184.

¹³ Essa concepção é nítida no pensamento de Sieyès, ao fundar o Poder Constituinte no direito natural e os poderes constituídos no direito positivo (*Qu’est-ce...*, p. 111).

¹⁴ Cf. BENDITT, Theodore M. *Law as rule and principle: problems of legal philosophy*. California: Standard University Press, 1978, p. 90 e ss. Villey distinguia entre o “direito natural clássico” e o “direito natural moderno”. O primeiro, inspirado em Aristóteles [*Ética...*, Livro V, 1137 b, 14, p. 221-223] e que via no direito não um conjunto de regras, mas, sim, um estado de coisas racional, que exprimiria as relações justas entre os homens, consoante a observação da natureza. O segundo, por sua vez, via no ser humano e em sua existência a única realidade, claro indicativo de que o jusnaturalismo estaria na origem da doutrina dos direitos humanos [*Abrégé du droit naturel classique*, in: APD, nº 6, 1961, p. 25 (25 e ss.)]. Dessas teorias decorreria a contraoposição entre direito natural objetivo e direito natural subjetivo, sendo este último defendido por Locke [Segundo Tratado sobre o Governo (*Two Treatises of Government*). Trad. de MARINS, Alex. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 23 e ss.] e combatido por Villey, que realçava o seu distanciamento das bases de sustentação do naturalismo, voltadas à individualização do comando normativo justo, ao que se soma a constatação de que concepções individuais de justiça (*rectius*: subjetivas) sempre estarão reféns das preferências de cada interessado, o que multiplicaria as pretensões alegadamente fundadas no direito natural [*La genèse du droit subjectif chez Guillaume d’Occam*, APD, nº 9, 1964, p. 97 (97 e ss.)].

¹⁵ Cf. AGUILA. *Cinq questions...*, in: RFDC nº 21, 1995, p. 9 (11).

¹⁶ Cf. LEITER, Brian. *Naturalism and Naturalized Jurisprudence*, in: BIX, Brian (Org.). *Analyzing law: new essays in legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 79 (81).

Em síntese: para os naturalistas algum fato empírico determina como as pessoas devem viver.¹⁷ Sua verdade e justiça se manifestam no plano objetivo, o que lhes confere uma pretensão à universalidade (*rectius*: geral aceitação, denotando a sua justificação¹⁸), sendo necessariamente vinculantes.¹⁹ Em face à base axiológica que lhes dá sustentação, concepções naturalistas associam o direito à justiça:²⁰ enquanto a expressão *direito* seria pleonástica, pois somente pode existir direito que seja justo, a expressão *direito injusto* seria nitidamente contraditória, já que o injusto não pode ser direito.²¹ O direito jamais se compatibilizaria com uma postura avalorativa. Os juízos de valor, não obstante imprescindíveis ao delineamento do direito, assumiriam feição meramente descritiva, o que os sujeitaria a uma verificação empírica, daí decorrendo a possibilidade de serem considerados verdadeiros ou falsos. Em relação à origem desses valores, é comum aglutinar as distintas construções existentes em subjetivistas e objetivistas.²²

Uma primeira construção subjetivista sustenta que os juízos de valor encontram a sua base de sustentação em referenciais afetos à essência do ser humano, concebido em sua individualidade, tais como os sentimentos e as atitudes.²³ Na medida em que os valores assim colhidos refletiriam o entendimento de pessoas específicas, não haveria um verdadeiro conflito axiológico quando destoassem do entendimento de outras pessoas. Afinal, valores dessa natureza permaneceriam atrelados e indissociáveis de sua origem. Em outras palavras, cada pessoa possuiria e exprimiria os seus próprios valores, que seriam seus e apenas seus, em nada dependendo da aquiescência alheia. Para superar a inconsistência dessa incontrolável pulverização axiológica, tem-se uma variante do naturalismo subjetivista que associa os sentimentos ou as atitudes não a uma pessoa específica, mas à maioria dos componentes de certo grupo social. Os juízos valorativos assumiriam feição coletiva, não meramente individual. Uma vez delineada a “identidade” do grupo, seriam identificados verdadeiros conflitos axiológicos sempre que os valores por ele prestigiados não se harmonizassem ao paradigma de análise. Quando o cotejo se estendesse aos valores prestigiados por outro grupo distinto, o conflito se dissiparia, já que cada um deles teria sua própria identidade. Essa concepção ainda traz consigo outro complicador, que é justamente a tendência em se atribuir o qualificativo de grupo à maioria, daí decorrendo que os valores prestigiados pela minoria seriam necessariamente tidos como equivocados.

As construções objetivistas, por sua vez, entendem que os juízos valorativos, apesar de descreverem fatos passíveis de verificação empírica, não encontram sustentação

¹⁷ Cf. DONOVAN, James M. *Legal anthropology: an introduction*. U.S.A.: Rowman & Littlefield, 2008, p. 29.

¹⁸ Cf. CHRISTODOULIDS, Emílios. Elliding the Particular: A Comment on Neil MacCormick's Particulars and Universal's, in: BANKOWSKI, Zenon e MACLEAN, James (Org.). *The Universal and the Particular in Legal Reasoning*. Hampshire: Ashgate Publishing Company, 2006, p. 97 (98).

¹⁹ Cf. ROSS, Alf. *Il concetto di validità e il conflitto tra positivismo giuridico e giusnaturalismo*. Trad. de FEBBRAJO, A. Itália: A. Pessina, 1961, p. 142.

²⁰ Cf. FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *Filosofia Jurídica Prática*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 61.

²¹ Cf. GUASTINI. *Das fontes...*, p. 116. Na síntese de Del Vecchio, direito natural “é o critério absoluto do justo” (*Lições de Filosofia do Direito*. Trad. de BRANDÃO, António José. 5ª ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979, p. 334).

²² Cf. SANTIAGO NINO. *Introducción...*, p. 356-359.

²³ *Sobre a teoria do intuitivismo ou intuicionismo, vide* GROPPALI. *Filosofia...*, p. 73; e ALEXY. *Teoria da Argumentação...*, p. 48-49.

em sentimentos ou atitudes de pessoas ou grupos específicos. Não é incomum, por exemplo, que concepções utilitaristas sejam associadas à visão naturalista, de modo que os referidos juízos de valor, além de apresentarem o conteúdo que mais se ajuste à felicidade e ao bem-estar da maioria (feição utilitarista),²⁴ assumam contornos puramente descritivos, refletindo a apreensão de um sentido preexistente (feição naturalista). O naturalismo de base teológica, por sua vez, extrai os valores do plano da espiritualidade, cuja base última de sustentação é a fé. Construções dessa natureza apresentam o grave inconveniente de inviabilizar qualquer tipo de discussão moral com quem não professe a mesma fé, já que o plano moral seria integralmente absorvido pelo religioso.

G. E. Moore criticava a “falácia naturalista”²⁵ sob o argumento de que as teorias naturalistas confundiam o plano dos fatos empíricos com o plano dos valores, o que, em última *ratio*, apontaria para a falsidade do naturalismo. Afinal, no plano intrínseco, sob a lógica das teorias naturalistas, não haveria qualquer inconveniente em se identificar valores a partir de fatos. A teoria naturalista seria falsa na medida em que sempre seria possível, de modo razoável, elastecer ou restringir o significado dos enunciados linguísticos, indicativo de que eles não ostentariam um único significado correto, que seria tão somente verificado pelo intérprete. Ainda que se tente atribuir uma “propriedade natural” a um dado significado (v.g.: bom), sempre seria pertinente o questionamento se um dado objeto se enquadra nesse significado. Moore simplesmente negava a possibilidade de o “bom” ser definido a partir de uma qualidade natural.

As construções naturalistas, especialmente ao serem utilizadas para alicerçar os direitos humanos, evidenciam algumas deficiências bem acentuadas quando contextualizadas no plano sociológico. A utilização de referenciais metafísicos, passíveis de mera verificação, torna inevitável a expectativa de uma relação de identidade entre os distintos sistemas jurídicos.²⁶ Aristóteles²⁷ já realçara que o direito natural “é aquele que tem em todas as partes a mesma força, independente do que pareça ou não”. Parte-se da premissa de que a realidade do mundo natural é a mesma em qualquer lugar e, conseqüentemente, que todos os povos estão sujeitos à mesma lei superior, raciocinando do mesmo modo. Ignora-se que nem todos os povos apresentam o mesmo nível civilizatório ou os mesmos conceitos de justo e injusto, bem como que a natureza individual, como observado por Durkheim,²⁸ é determinada e transformada pelo fator social. Identificar a existência de certos padrões morais que rotineiramente se repetem nos distintos grupamentos humanos não é o mesmo que apregoar, como pretendem os naturalistas, a sua estabilidade e permanência em todos. É factível que esses padrões oscilam de civilização para civilização, estendem-se ou comprimem-se.²⁹

²⁴ MURPHY, Mark C. *Natural law in jurisprudence and politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 92. Para esse autor, a tese fundamental do direito natural é a de que a autoridade do direito deriva do bem comum.

²⁵ *Principia...*, p. 15-16; e 123.

²⁶ Cf. DONOVAN. *Legal anthropology...*, p. 30.

²⁷ *Ética...*, Livro V, 1134b, p. 21.

²⁸ *As Regras do Método Sociológico*. Trad. de NEVES, Paulo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 108.

²⁹ Cf. CONKLIN, William E. *The Invisible Origins of Legal Positivism. A Re-Reading of a Tradition*. Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 2001, p. 34.

3. Teorias Positivistas

Não menos numerosas, as construções positivistas apresentam feições extremamente diversificadas. Bobbio,³⁰ por exemplo, distinguia três possibilidades de uso da palavra positivismo, não identificando uma ligação necessária entre elas: positivismo enquanto (1) *método*, evidenciando a oposição ao direito natural, o que indicaria o modo de análise do direito, permitindo distinguir o “direito real”, a ser meramente descrito, do “direito ideal”, a ser valorado; (2) *teoria*, que engloba seis concepções sobre a natureza do direito, as três primeiras (coativa, legal e imperativa) configurariam os alicerces do positivismo e as outras três (coerência, completude e interpretação mecânica do ordenamento) delineariam o positivismo em sentido amplo; e (3) *ideologia*, significando que o positivismo pode ser visto em sentido fraco, de modo que o direito deve encampar certos valores, ou em sentido forte, permanecendo alheio a qualquer consideração de ordem moral, o que impõe a sua observância qualquer que seja o conteúdo.

A visão do positivismo enquanto ideologia em sentido forte, máxime após a barbárie nazista, tem sido vista como o seu “calcanhar de Aquiles”, crítica que termina por ser irrefletidamente estendida a toda e qualquer teoria positivista.³¹ Esse modo de ver o positivismo apresenta contornos nitidamente axiológicos, pois pressupõe a existência de um dever moral de obedecer às normas do direito positivo com abstração do seu conteúdo.³² Choca-se com o positivismo enquanto método, que não admite essa simbiose entre direito e moral.

Quanto às teorias realistas, que contextualizam a validade do direito no modo como é aplicado, Bobbio reluta em inseri-las na concepção mais ampla de positivismo sob o argumento de que a sua definição de direito apreende as normas do modo como são efetivamente seguidas numa sociedade, assumindo contornos factuais. Os positivistas, em sentido diverso, consideram o direito sob o prisma da validade (o dever ser), não sob a ótica da eficácia (ser). Essa crítica, por certo, é direcionada às teorias que conferem primazia ao *ser*, somente reconhecendo a validade das normas efetivamente aplicadas. No realismo jurídico norte-americano, por exemplo, o direito em vigor é tão somente aquele que o juiz aplica.³³ Observa-se, no entanto, que para o juiz aplicar a norma é necessário que ela exista e, principalmente, que seja obrigatória. Com isso, pode-se concluir que a justificação dessa obrigatoriedade terminará por conduzir ao esquema teórico de Kelsen, que exige uma relação de conformidade com uma norma superior.³⁴

³⁰ *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Trad. de PUGLIESI, Marcio; BINI, Edson ; RODRIGUES, Carlos E. São Paulo: Ícone, 1995, p. 233-237; e *Idem* Sul positivismo giuridico, in: *RF*, nº LII, 1961, p. 14 (14 e ss.).

³¹ Cf. SANTIAGO NINO. *Introducción...*, p. 32.

³² Cf. CARRIÓ. *Notas sobre Derecho...*, p. 326.

³³ Cf. HOLMES, Oliver Wendell. *The path of the law*, publicado originalmente em *HLR* nº 8, 1897, p. 457, e reproduzido em *Collected Legal Papers*. New York: Peter Smith, 1952, p. 167 (167-169).

³⁴ Cf. TROPER, Michel. *A filosofia do direito* (La philosophie du droit). Trad. de DEIRO. Ana. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 54.

Direcionando nossa atenção às construções que tratam do positivismo jurídico como método, realçando a sua oposição ao direito natural e a sua independência em relação aos paradigmas de moral e de justiça (ou a qualquer outra crença metafísica, como afirmava Duguit³⁵), pode-se afirmar que são normalmente impulsionadas pelo desejo de atribuir preeminência à lei (o legocentrismo),³⁶ enquanto principal fonte de direito,³⁷ de modo a assegurar a certeza e a previsibilidade no âmbito das relações jurídicas.³⁸ É a primeira revolução do direito a que se referiu Ferrajoli, baseada na onipotência do legislador.³⁹ Sustenta-se que as normas surgem a partir de construções linguísticas, de natureza voluntária, impostas por convenções humanas⁴⁰ ou por quem detém competência para tanto,⁴¹ não estando integralmente inseridas no universo axiológico, ao que se soma a constatação de que o conhecimento da natureza redonda em fatos, não em valores. Em consequência, não haveria qualquer contradição ao falarmos em “direito injusto” e muito menos tautologia ao invocarmos a existência de um “direito justo”.⁴² O positivismo busca a validade normativa em sua genealogia, o direito natural na justiça.⁴³ Diversamente das construções naturalistas, não vê o conteúdo do direito como algo preexistente e meramente cognoscível, mas, sim, como fruto da vontade e do arbítrio do próprio homem.⁴⁴

Esse modo de ver a ciência jurídica era realçado por Montesquieu,⁴⁵ que reforçava a importância da lei e minimizava o papel dos juizes, sempre adstritos à reprodução literal do seu sentido. Associa-se ao formalismo interpretativo, que vê na interpretação uma atividade de puro conhecimento, sem qualquer margem para juízos valorativos e decisórios, atividades que, caso realizadas, importariam em meras opções, o que ofereceria ao intérprete um desmedido espaço de discricionariedade e retiraria do produto da interpretação qualquer resquício de objetividade. O direito seria visto como um sistema fechado, de todo indiferente aos valores colhidos no ambiente sociopolítico, situação que, na correta observação de Posner,⁴⁶ não o tornaria suscetível a reconstruções de sentido.

³⁵ *Traité de Droit Constitutionnel*. Tome 1^{er}, 3^a ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemong & Cie. Éditeurs, 1927, p. 3 e 74-75.

³⁶ Cf. ZAGREBELSKY. *Il diritto mite...*, p. 38.

³⁷ Cf. VON SAVIGNY. *Traité...*, T. 1^{er}, p. 48.

³⁸ Cf. MORTATI. *Costituzione...*, in: *Enciclopedia...*, p. 139, §26.

³⁹ Los fundamentos de los derechos fundamentales, debate com Luca Baccelli; Michelangelo Bovero; Ricardo Guastini; Mario Jori; Anna Pintore; Ermanno Vitale y Danilo Zolo in: DE CABO, A. ; PISARELLO, G. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001, p. 53 e 55.

⁴⁰ Cf. TEBBIT, Mark. *Philosophy of law: an introduction*. London: Routledge, 2000, p. 11.

⁴¹ O conceito de lei estabelecido por John Austin confere especial realce à origem do direito positivo: “*regra estabelecida para a conduta de um ser inteligente por um ser inteligente com poder sobre ele*” (*The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence*. Indianapolis: Hackett, 1998, p. 18).

⁴² Cf. CARRIO. *Notas sobre Derecho...*, p. 386. Note-se que para o denominado “positivismo ético”, o direito, pelo só fato de ter emanado de uma vontade dominante, é justo e deve ser obedecido por força de um dever moral, concepção que termina por suprimir qualquer distinção entre direito e moral ou entre legalidade e justiça. Cf. BOBBIO. *Giusnaturalismo...*, p. 110; e CARVAJAL CORDÓN, Julián. *Moral, derecho y política en Immanuel Kant*. Cuenca: Universidad de Castilla La Mancha, 1999, p. 229.

⁴³ Cf. DONOVAN. *Legal anthropology...*, p. 30.

⁴⁴ Cf. KAUFMANN. *Filosofia...*, p. 61-62.

⁴⁵ Cf. *De L'Esprit des lois...*, Tome 1^{er}..., p. 165-166.

⁴⁶ *Frontiers of Legal Theory*. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 192.

4. Pontos de Contato e de Distanciamento entre Naturalismos e Positivismos

A interação entre teorias naturalistas e positivistas sempre permeou o debate a respeito da fundamentação teórica de cada uma delas. A polarização, em verdade, é argumento comumente utilizado para demonstrar a individualidade existencial da respectiva teoria, não sendo identificada, em intensidade semelhante, a mesma preocupação em relação às demais teorias enquadradas sob a mesma epígrafe. Em outras palavras, naturalistas comumente criticam positivistas, sendo a recíproca verdadeira. Por outro lado, é normalmente limitada a crítica que uma teoria naturalista faz a outras congêneres, o mesmo ocorrendo no âmbito do positivismo.

Alguns positivistas simplesmente contestavam a existência do direito natural e outros o reconheciam, limitando-se a negar a vinculatividade do direito positivo às suas prescrições. Enquanto o pensamento monista reduz o direito ao sistema jurídico estatal e apregoa o positivismo enquanto ideologia, posição que impede o delineamento de uma verdadeira teoria da justiça e, em face às atrocidades praticadas por regimes totalitários, quase levou o positivismo jurídico ao descrédito, as correntes pluralistas reconhecem a existência de normas não estatais, mas normalmente negam a sua vinculatividade.⁴⁷ Austin, por exemplo, reconhecia a dicotomia entre a lei dos homens e a lei de Deus, que seria uma verdadeira “lei natural”; evitava, no entanto, o uso da expressão por considerá-la ambígua,⁴⁸ preferindo falar em “lei divina”.⁴⁹ Hobbes,⁵⁰ embora não vislumbrasse na “lei natural” uma verdadeira lei, pois somente ostentaria esse atributo o comando instituído pelo Estado, vale dizer, a “lei civil”, via na equidade, na justiça, na gratidão e em outras virtudes morais delas derivadas, verdadeiras qualidades que predispunham os homens para a paz e a obediência. Quando essas qualidades eram apreendidas pelo Estado, a lei natural passava a fazer parte da lei civil e quando não o fossem, prevalecia o poder absoluto e centralizado, que teria como únicos limites aqueles estabelecidos pelo contrato social.⁵¹ Apesar da “concessão”, mantinham-se atrelados ao positivismo ao observar que a ciência jurídica não precisa se preocupar com o que é moralmente certo ou errado.

Os naturalistas, por sua vez, evitando se desprender do palpável e avançar no puramente utópico, costumam reconhecer a imperatividade da produção legislativa estatal, já que a existência e o poder de império do Estado são realidades inegáveis. Apregoam que esse “direito” perderá tal característica e deixará de ser vinculante sempre que não estiver em conformidade com o direito natural (v.g.: a lei de Deus⁵²).

⁴⁷ Cf. VASCONCELLOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 256-257.

⁴⁸ Sobre as dificuldades em apreender o sentido do direito natural, vale lembrar a advertência de Michel Villey: “je ne recommande pas à tous le droit naturel, mais à ceux-là seulement qui peuvent comprendre. Le droit naturel est esotérique” (*Réflexions sur la Philosophie et le Droit. Les Carnets*. Paris: P.U.F., 1995, p. 45).

⁴⁹ *The Province...*, p. 19.

⁵⁰ *Leviatã...*, p. 198-199.

⁵¹ *Leviatã...*, p. 127 e ss.

⁵² Cf. SUÁREZ, Francisco. *Tratado de las leyes y de Dios legislador*. vol. 3 – *De La ley positiva humana en si misma y en quanto puede considerarse en la pura naturaleza del hombre, la cual se llama también ley civil*. Trad. de TORRUBIANO RIPOL, Jaime. Madrid: Réus, 1918, p. 9.

A base de valores que confere vinculatividade ao naturalismo e é desconsiderada (como vinculante⁵³) pelo positivismo enquanto método (também denominado de clássico, metodológico ou neutral) pode ser reconduzida à ideia mais ampla de moral.⁵⁴ As divergências entre um e outro necessariamente tangenciam as relações entre direito e moral: para o naturalismo a conexão é intrínseca, para o positivismo, não é imprescindível.⁵⁵ Enquanto naturalistas extraem a norma de uma base moral,⁵⁶ positivistas identificam a norma e posteriormente a cotejam com essa base moral. Para o positivismo enquanto método, não haveria qualquer contradição na existência de uma “norma jurídica imoral”, já que a qualificação de uma norma como jurídica independe de qualquer compatibilidade com exigências de natureza moral, possibilidade que, como dissemos, seria simplesmente impensável para um naturalista ortodoxo.⁵⁷

Naturalismos e positivismos (ao menos os formalistas, de feição clássica) também apresentam zonas de convergência. A primeira delas está presente no plano metódico, sendo caracterizada pela posição assumida em relação ao esquema “sujeito/objeto”.⁵⁸ De acordo com esse esquema, a justiça do direito seria um dado objetivo e a atividade cognitiva desenvolvida pelo intérprete seria caracterizada pela absoluta separação entre o sujeito e o objeto, de modo que o conhecimento permanecesse imune a qualquer influxo subjetivo.⁵⁹ O intérprete não estaria inserido no “horizonte de compreensão”⁶⁰ e se limitaria a representar passivamente o objeto, sem participar da sua criação. Enquanto os naturalismos extraem a justiça de um referencial metafísico de sustentação, os positivistas clássicos o encontram no texto normativo, que apresenta características objetivas e não se sujeita a qualquer valoração de ordem subjetiva. Sujeito cognoscente e objeto cognoscido seriam unidades autônomas e rigidamente separadas. A insuficiência do esquema “sujeito-objeto”, como veremos, é evidenciada pela indiscutível participação do intérprete no delineamento da norma, que não é propriamente conhecida, mas delineada a partir de um processo de integração criativa: sujeito e objeto interagem,⁶¹ não permanecendo separados. A segunda zona de convergência entre naturalismos e positivismos reside no reconhecimento da independência existencial entre a

⁵³ Cf. COLEMAN, Jules L.; LEITER, Brian. *Legal Positivism*, in: PATTERSON, Dennis (Org.). *A Companion to philosophy of Law and legal theory*. U.S.A: Wiley-Blackwell, 1999 (reimp. de 2003), p. 241 (241). Como ressaltado por KRAMER, direito e moral não são instâncias “separadas”, mas “separáveis”, o que denota não ser imprescindível a conexão entre ambas (*In defense of legal positivism: law without trimmings*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 2).

⁵⁴ Cf. SANTIAGO NINO. *Introducción...*, p. 18.

⁵⁵ Cf. WALDRON. *Law...*, p. 165.

⁵⁶ Cf. EHRENZWEIG, Albert Armin; KNIGHT, Max. *Law: a personal view*. The Netherlands: BRILL, 1977, p. 127.

⁵⁷ Cf. CARRIÓ. *Notas sobre Derecho...*, p. 327-328.

⁵⁸ Cf. KAUFMANN. *La Filosofía...*, p. 41-43; e *IDEM*. *Filosofía...*, p. 396-397.

⁵⁹ Hessen, por exemplo, sustentava a dicotomia sujeito/objeto e realçava que o objeto de conhecimento, além de meramente descoberto, teria influência direta sobre o sujeito cognoscente, concorrendo para a sua redefinição (*Teoria do Conhecimento*. Trad. de CORREIA, Antonio. 8ª ed. Coimbra: Armênio Amado, 1987, p. 26-27).

⁶⁰ Cf. KAUFMANN. *Filosofía...*, p. 68.

⁶¹ Cf. FREITAS. *A interpretação sistemática...*, p. 38.

norma e uma “realidade histórica concreta”;⁶² ambos concordam que o significado normativo deve ser apreendido a partir de um referencial estático, que pode assumir, respectivamente, contornos metafísicos ou advir da vontade humana.

A “onipotência positivista”,⁶³ decorrente da sedimentação da democracia e do prestígio auferido pelos textos constitucionais, criou, especialmente a partir do final do século XIX, um ambiente de resistência às teorias naturalistas, que somente reconheciam a imperatividade das normas postas pela autoridade competente na medida em que compatíveis com certos valores superiores. Isso, no entanto, não importou no amplo e irrestrito acolhimento do positivismo, ao menos não daquele de feição clássica, em que o conteúdo da norma, exaurido pelo texto, seria tão somente conhecido pelo intérprete, que passaria ao largo de qualquer operação de índole valorativa.⁶⁴

O efetivo desenvolvimento teórico do positivismo foi realizado por Kelsen, que lançou as bases da teoria normativista ou lógico-normativa do direito e difundiu o que poderíamos denominar de *positivismo neutral*. Sua teoria encontra raízes no positivismo lógico do “Círculo de Viena”, que somente atribui importância ao que pode ser verificado logicamente, negando qualquer sentido às proposições metafísicas, como aquelas de natureza valorativa, vistas que são como mera expressão de sentimentos.⁶⁵ Distancia-se do jusnaturalismo por considerar os valores insuscetíveis de conhecimento, o que facilita a sua manipulação, sendo sempre ajustados às preferências pessoais. Aparta-se, ainda, do positivismo clássico (de contornos psicológicos ou sociológicos), que assemelhava a norma a fatos, entendendo que a norma jurídica não poder ser concebida, apenas, como uma ordem acompanhada de sanção. A partir desses pontos de divergência, conclui que o direito deve ser visto como um conjunto de normas imperativas, não de fatos, cabendo à ciência jurídica apenas descrevê-lo, enquanto dever ser objetivo, com abstração de qualquer juízo valorativo ou preferência pessoal.

Para Kelsen,⁶⁶ o direito positivo é imposto por atos de vontade, com origem e fim no ser humano, inserindo-se no universo do dever ser. A ciência jurídica teria por objeto, apenas, estruturas formais, mais especificamente as normas postas pela autoridade competente, não adentrando em considerações que avancem na análise do seu conteúdo ou que se direcionem à ordem moral, possibilidades inacessíveis ao conhecimento científico. O direito vigente é o direito positivo, não o direito idealizado pelo intérprete, alicerçado em juízos valorativos característicos do discurso moral. Ciência jurídica e intérprete, cada qual ao seu modo, devem tão somente descrever o direito vigente, não valorá-lo. Suas proposições, por serem essencialmente descritivas, poderão ser qualificadas de verdadeiras ou falsas. A norma, desse modo, poderia

⁶² OESER. *Evolution and constitution...*, p. 15.

⁶³ FASSÓ, Guido. Jusnaturalismo, in: BOBBIO, Norberto; MANTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política* (Dizionario di Politica). Vols. 1 e 2. Trad. de VARRIALE, Carmen C.; LO MÔNACO, Gaetano; FERREIRA, João; GUERREIRO PINTO CACAIS, Luís; DINO, Renzo. 12ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004, p. 655 (659).

⁶⁴ Cf. SCARPELLI, Uberto. *Cos'è il positivismo giuridico*. Milano: Edizioni di comunità, 1965, p. 34.

⁶⁵ Cf. KAUFMANN. *Filosofia...*, p. 21.

⁶⁶ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito* (Reine Rechtslehre). Trad. de BAPTISTA MACHADO, João. 6ª ed. 5ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 5-9.

ter qualquer conteúdo (*Gesetz ist Gesetz*⁶⁷ – lei é lei); a preocupação seria agir de modo normativamente válido, não de modo justo;⁶⁸ a validade seria auferida, em última instância, na norma fundamental, qualificada inicialmente como “hipótese”⁶⁹ e, posteriormente, como “ficção”;⁷⁰ não em uma pauta de valores.

Enquanto os naturalistas somente apregoam a vinculatividade do direito justo, na teoria de Kelsen, o direito, justo ou não, seria sempre vinculante. A norma poderia ter qualquer conteúdo, ainda que absurdo. Esse ponto de sua teoria motivou reações enérgicas, que são sintetizadas no título do sugestivo opúsculo de Klenner,⁷¹ que via a sua *Rechtslehre* (Teoria do Direito) como algo *Rechtsleere* (Vazio de Direito).

Como ressalta Santiago Nino,⁷² o positivismo neutral não precisa estar necessariamente fundado em um “ceticismo ético”, indicativo da dificuldade em se identificar valores morais de aceitação universal, passíveis de serem apreendidos e demonstrados por meios objetivos e racionais; indicando que somente os enunciados empíricos, não os morais, seriam suscetíveis de apreensão racional. É factível que a moral existe e influi no delineamento do direito. No entanto, para os prosélitos dessa teoria, considerações de ordem moral não seriam decisivas no delineamento do conteúdo ou condicionariam a validade do direito.⁷³ O direito teria a garantia de

⁶⁷ Eis a fórmula integral, apontada por Radbruch como uma das principais causas da barbárie nazista e que o fez cerrar fileiras com o naturalismo: “*Was als Gesetz niederlegt ist, gilt als Recht*” (“O que é veiculado como lei, vale como direito”) – *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in Rechtsphilosophie*. 4ª ed. Stuttgart: Erik Wolf, 1950, p. 347 (347 e ss.). Vide, ainda, do mesmo autor, “Cinco Minutos de Filosofia do Direito”, in: *Filosofia do Direito* (Rechtsphilosophie). Coimbra: Armênio Amado Editor, 1974, p. 415-418. Nesse manifesto, dirigido aos estudantes de Heidelberg, o autor afirma que, (1) para o positivismo, a lei vale por ser lei, qualquer que seja o seu conteúdo; (2) esse princípio foi substituído por outro, o de que será considerado direito tudo o que for vantajoso para o povo; (3) as leis, ao negarem os direitos naturais da pessoa humana, carecem de validade, devendo ser-lhes negada obediência; (4) certas leis podem afrontar de modo tão intenso os três valores a que o direito deve servir (bem comum, segurança jurídica e justiça) que devem ter o seu caráter jurídico negado; e (5) há princípios fundamentais do direito mais fortes que o direito positivo, fazendo que este último perca a validade sempre que os contrarie.

⁶⁸ Cf. DE GIORGI, Raffaele. *Scienza del Diritto e Legittimazione: critica dell’epistemologia giuridica tedesca* da Kelsen a Luhmann. Lecce: Pensa Multimedia, 1998, p. 19.

⁶⁹ Cf. KELSEN. *Teoria Pura...*, p. 215-217. De acordo com a posição inicial de Kelsen, toda norma encontraria o seu fundamento de validade em uma norma superior. No entanto, para que a investigação do fundamento de validade da norma não se perca no interminável, é necessário pressupor a existência de uma norma última e mais elevada. Essa norma, denominada de “norma fundamental” (*Grundnorm*), que não obtém sua validade em outra mais elevada, é pressuposta na medida em que não é posta por nenhuma autoridade.

⁷⁰ Cf. KELSEN. *Teoria Geral...*, p. 328-329. Revendo a posição adotada na *Teoria Pura do Direito*, o autor afirma que a norma fundamental, além de não assumir contornos positivos, é meramente pensada, o que aponta para uma norma fictícia, que não deve ser confundida com um real ato de vontade. Para alcançar essa conclusão, Kelsen se vale da filosofia de Vaihinger, que aponta a ficção como um recurso do pensamento, do qual é possível fazer uso sempre que não se pode alcançar o fim do pensamento com o material disponível. Essa ficção, ainda segundo ele, contradiz a realidade e a si mesma: no primeiro caso, porque a norma fundamental, que impõe a observância do direito positivo, não existe enquanto real ato de vontade; no segundo caso, porque encontra sustentação no suposto poder conferido por uma autoridade suprema da moral ou do direito, terminando por auferir uma autoridade que está acima dela. Considerando que o fim do pensamento da norma fundamental é o de alcançar o fundamento de validade das normas instituintes de uma ordem jurídica ou moral positiva, conclui que isso somente será alcançado por uma ficção.

⁷¹ *Rechtsleere: Verurteilung der Reinen Rechtslehre*. Frankfurt/Main: Verlag Marxistische Blätter, 1972.

⁷² *Introducción...*, p. 30-32.

⁷³ Nesse sentido: RIPHERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Trad. de DE OLIVEIRA, Osório. Campinas: Bookseller, 2000, p. 39-46.

não ser “contaminado” por elementos extrajurídicos de natureza axiológica, o que assumiria indiscutível relevância ao se reconhecer que os conflitos entre valores seriam solucionados a partir de meras opções, não podendo ser decididos racionalmente.⁷⁴ Acresça-se, como desdobramento lógico dessas considerações, que os princípios jurídicos, que não prescindem de considerações axiológicas, sequer consubstanciariam verdadeiras normas.

5. A Penetração dos Valores nas Teorias Positivistas e o Florescer do Pós-Positivismo e do Neoconstitucionalismo

Ao permitir o delineamento do direito a partir do “livre e ilimitado julgamento”⁷⁵ daqueles que representam o poder estatal, o positivismo neutral pode conduzir a situações inusitadas, como o reconhecimento da plena juridicidade da barbárie nazista, já que sabidamente amparada pela ordem jurídica interna do *III Reich*.⁷⁶ Se o desatino de Hitler ou o próprio totalitarismo não podem ser integralmente creditados ao positivismo, é negável a constatação de que ele certamente facilitou a sua instalação e propagação.⁷⁷ A partir do segundo pós-guerra, a fuga para o direito natural foi um recurso intuitivo para se fugir do arbítrio que floresceu com o positivismo. Esse “renascimento do direito natural” (“*Naturrechtsrenaissance*”)⁷⁸ não foi propriamente um produto da razão e do bom senso, mas uma reação extremada aos desatinos praticados sob o manto protetor do direito posto.⁷⁹ Trata-se, em verdade, de um modo de oposição ao fenômeno da “injurídica conformidade à lei” (“*Gesetzlichen Unrechts*”).⁸⁰ O modo como os Tribunais de Nuremberg e Tóquio interpretaram o princípio *nullum crimen sine lege*, descontextualizado que foi de qualquer referencial positivo, aliás inexistente, passando a ser visto como uma máxima de coexistência entre todos os homens civilizados, é um exemplo sugestivo desse renascimento.⁸¹ É possível afirmar que esse “renascimento” adquire feições cíclicas, renovando-se

⁷⁴ Cf. ZACCARIA, Giuseppe. I giudizi di valore nell’interpretazione giuridica, in: *PD*, nº 61, julho-dezembro de 2009, p. 103 (104).

⁷⁵ Cf. WEINKAUF, Hermann. *Was heißt das: Positivismus als juristische Strategie?*, in: *JZ*, 1970, p. 54 (54).

⁷⁶ Observa Santiago Nino que apesar de a teoria de Kelsen ter sido desenvolvida em um sentido que permite deduzir o acolhimento do positivismo ideológico a que se referiu Bobbio, impondo o dever de obediência à norma jurídica qualquer que seja o seu conteúdo, o jurista austríaco não teria negado, em nenhum momento, a possibilidade de os juízes deixarem de aplicar normas jurídicas por razões morais (*Introducción...*, p. 35). Se a assertiva literal efetivamente não existiu, o desenvolvimento teórico de Kelsen caminha em norte contrário às conclusões do filósofo argentino.

⁷⁷ Cf. RECASENS SICHES, Luís. *Iusnaturalismos Actuales Comparados*. Madrid: Universidad de Madrid, 1970, p. 19.

⁷⁸ Cf. RENSMANN, Thilo. *Wertordnung und Verfassung: das Grundgesetz im Kontext grenzüberschreitender Konstitutionalisierung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 29.

⁷⁹ Cf. KAUFMANN, Arthur. *La Filosofía del Derecho en la Posmodernidad* (Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit) Trad. de VILLAR BORDA, Luis. Bogotá: Editorial Temis, 2007, p. 11-12; *idem* *Filosofía...*, p. 46-47; DONOVAN. *Legal anthropology...*, p. 30; e FASSÓ. *Jusnaturalismo...*, p. 655 (659).

⁸⁰ Cf. KAUFMANN, Arthur. *Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtsdogmatik*, in ELLScheid, Günter. *Strukturen naturrechtlichen*, in HASEMER, Winfried, NEUMANN, Ulfrid e KAUFMANN, Arthur. *Einführung in Rechtstheorie der Gegenwart*. 7ª ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2004, p. 1 (2); e SEELMANN. *Rechtsphilosophie...*, p. 35.

⁸¹ Cf. PERELMAN, Chain. *Ética e Direito (Étique et Droit)*. Trad. de ERMANTINA DE ALMEIDA PRADO GALVÃO, Maria. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 395.

sempre que identificado o surgimento de insatisfações generalizadas, no ambiente sociopolítico, em relação aos contornos do direito positivo, máxime quando aviltante da individualidade e da indenidade de cada ser humano.⁸² O direito natural, desse modo, assume contornos de “regra de crítica jurídica”,⁸³ atuando como paradigma do justo.

Se o recurso ao direito natural conferiu maior densidade à injuridicidade dos atos praticados, a questão pode tornar-se mais polêmica se acrescentarmos um complicador: seria possível negar que o nacional socialismo de Hitler formou, no território alemão, uma consciência moral amplamente favorável a inúmeras violências que praticou? Na medida em que a consciência moral assume contornos voláteis, variando de povo para povo, tais práticas efetivamente afrontaram o direito natural? Em relação à temática ora tratada, o nacional socialismo parece ter contribuído, decisivamente, ao menos em dois aspectos: (1º) o direito não pode existir dissociado de padrões morais; (2º) os padrões morais, a depender da matéria versada (v.g.: o respeito aos direitos humanos), serão obtidos em círculos mais amplos que o território alcançado pela ordem jurídica interna de cada Estado de Direito (v.g.: a integralidade das “nações civilizadas”, isso para utilizarmos uma terminologia recorrente junto ao Tribunal Internacional de Justiça – Estatuto, art. 38, 4).

Na medida em que superados o arbítrio e o totalitarismo, com o correlato restabelecimento da democracia, o direito natural tem a sua importância minimizada, sendo, não raro, relegado ao ostracismo. Tal, no entanto, não afasta a constatação de que a ciência jurídica não mais se compatibiliza com construções teóricas de viés puramente formal, que apregoem a neutralidade⁸⁴ e permaneçam indiferentes ao conteúdo a ser atribuído às normas. Além da superação do positivismo ideológico, prosélito da cega obediência a todo e qualquer padrão normativo editado pela autoridade competente, observa-se a absorção, pela ordem jurídica, de dogmas rotineiramente associados às construções naturalistas. Esse fenômeno, particularmente intenso na seara dos direitos humanos, refletiria uma verdadeira “positivação do direito natural”,⁸⁵ concepção que em nada se confunde com uma teoria monista da ordem jurídica, segundo a qual o direito natural seria a ordem imanente na sociedade histórica, sendo necessariamente absorvido pelo direito positivo. O direito natural seria o próprio direito positivo.⁸⁶ Esse último entendimento peca por visualizar uma

⁸² Cf. ADEODATO, João Maurício. *A Retórica Constitucional. Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 70-72.

⁸³ WIEACKER, Franz. *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*. Trad. de FERNÁNDEZ JARDÓN, Francisco. Madrid: Aguilar, 1957, p. 209.

⁸⁴ Cf. MIALLE, Michel. *Introdução Crítica do Direito* (Une Introduction Critique au Droit). 3ª ed. Trad. de PRATA, Ana. Lisboa: Editorial Estampa, 2005, p. 44.

⁸⁵ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *O controle de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 54. Ainda merece menção a posição extremada de Carl Schmitt, ao sustentar que “*todos os conceitos concisos da teoria do Estado moderna são conceitos teológicos secularizados*”, o que encontraria justificativa na curiosa transição do “*Deus onipotente*” para o “*legislador onipotente*” [Teologia Política (*Politische Teologie*)]. Trad. de ANTONIUK, Elisete. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2006, p. 35].

⁸⁶ Cf. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, José. *Introdução à Ciência do Direito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 188-190.

necessária inter-relação entre a base de sustentação da ordem social e a ordem jurídica, o que não explica, por exemplo, os padrões normativos produzidos por governos autoritários, assumindo feições materialmente injustas.

Não obstante suas feições originárias, o positivismo, a exemplo da ciência jurídica, também evoluiu. Essa constatação torna-se útil ao observarmos que não poucos autores,⁸⁷ ao referirem-se a ele, o fazem em seu sentido clássico, não raro de modo depreciativo. O positivismo, em suas feições mais amplas, não se sobrepõe ao normativismo de Kelsen, apresentando inúmeras variantes.

O próprio positivismo neutral parece não se ajustar ao pensamento de autores como Bentham⁸⁸ e Austin,⁸⁹ com decisiva participação na fundação do positivismo jurídico moderno e que, longe de negarem a existência de valores universais, defendiam, de um lado, a possibilidade de justificá-los a partir de um princípio de utilidade,⁹⁰ fundado na satisfação do bem comum, vale dizer, na busca pela felicidade do maior número possível de pessoas, e, de outro, a natureza independente de argumentos legais e morais.⁹¹ Já no século XX, Hart,⁹² “alvo” principal da teoria moral de Dworkin, não deixava de considerar os juízos valorativos ao incursionar na discussão sobre a justificação da pena. Afinal, ainda que a jurisprudência passe ao largo de conceitos morais, a liberdade, enquanto direito moral, somente pode ser restringida em havendo uma justificativa.

Ainda merece lembrança que o fato de Kelsen se ter preocupado com o fundamento de validade do direito (*rectius*: o dever de observar a norma), inclusive com o recurso à norma fundamental, fez que alguns autores o qualificassem como “quase-positivista” ou, melhor dizendo, “jusnaturalista”.⁹³ Para outros, como Waldron,⁹⁴ a própria existência do positivismo neutral parte de uma premissa moral, isso ao formar um juízo de valor negativo a respeito da penetração da moral no direito. Desse modo, assumiria uma função nitidamente política e ideológica.⁹⁵

É possível afirmar que considerável parcela das teorias positivistas reconhece que o conceito de direito é delineado a partir de operações descritivas, não avançando

⁸⁷ Cf. SCARPELLI. *Cos'è il positivismo...*, p. 39.

⁸⁸ *Principles de Législation, in Oeuvres de Jérémie Bentham, Tome Premier*. Org. e trad. por DUMONT, Ét. 3ª ed. Bruxelles: Société Belge de Librairie, 1840, p. 11-48; e *Idem An introduction to the principles of morals and legislation*. U.S.A.: Adeg Graphics LLC, 1961, p. 2 e ss.

⁸⁹ *The Province of Jurisprudence Determined*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 18 e ss.

⁹⁰ De acordo com Bentham, o “princípio de utilidade” seria “uma espécie de lugar comum em moral e em política” (*Principles...*, p. 11). Austin, por sua vez, defendia que o utilitarismo, enquanto meio para buscar a maior felicidade de todos, seria uma forma de revelar as “leis divinas” ainda não explicitadas por Deus (*The Province...*, p. 41). Para o primeiro, a utilidade derivaria da natureza humana; para o segundo, da vontade divina.

⁹¹ COTTERRELL, Roger B. M. *The politics of jurisprudence: a critical introduction to legal philosophy*. U.S.A.: University of Pennsylvania Press, 1992, p. 57-58.

⁹² Are there any natural rights?, in: GOODIN, Robert E. e PETTIT, Philip. *Contemporary political philosophy: an anthology*. 2ª ed. U.S.A.: Blackwell Publishing, 2006, p. 281 (281 e ss.).

⁹³ Kaufmann, do mesmo modo, ao realçar que a norma fundamental de Kelsen vale como uma norma de direito natural, sustenta que o dever, nessa construção, é uma categoria ética ou moral (*Filosofia...*, p. 24 e 322).

⁹⁴ *Law...*, p. 167.

⁹⁵ Cf. LÖWY, Michael. *Ideologias e ciência social*. Elementos para uma análise marxista. São Paulo: Cortez, 2002, p. 40.

em juízos valorativos. Divergem em relação ao modo de ser das normas jurídicas e à sua imperatividade quando cotejadas com fatores extrínsecos de natureza moral. Em consequência, é factível a possibilidade de se qualificar como jurídico um dado sistema ou norma e, simultaneamente, afirmar-se que são demasiado injustos para serem observados, postura que refletiria uma verdadeira obrigação moral do intérprete e, em última instância, do juiz, em deixar de aplicá-los. Essa conclusão, como observa Santiago Nino,⁹⁶ seria rechaçada pelos jusnaturalistas, pois se a "norma" é injusta e os juízes têm a obrigação moral de não aplicá-la, ela não seria uma verdadeira norma, e pelas teorias positivistas que apregoam a imperatividade da norma com abstração da justiça ou injustiça do seu conteúdo, agregadas, por Bobbio, sob o rótulo do "positivismo ideológico".

A questão que se põe na atualidade é identificar se podem ser enquadradas sob a epígrafe do positivismo jurídico construções teóricas que atribuam ao intérprete não uma atividade de puro conhecimento, limitando-se a descrever normas preexistentes, mas de verdadeira integração criativa; atividade que estabelece a conexão entre texto e contexto e delinea um significado harmônico com o ambiente sociopolítico. A moral deixaria de ser vista como mero paradigma de comparação e contribuiria no delineamento do próprio objeto a ser comparado, a norma jurídica. Observa-se que a própria referência ao "juízo valorativo" do intérprete é indicativo de que o direito se aproxima de referenciais axiológicos e assume perspectivas mais amplas que aquelas contextualizadas em um plano de pura neutralidade. O direito, em verdade, longe de ser oferecido, pronto e acabado, por uma fonte metafísica (v.g.: a religião) ou pelo texto normativo, como fazem crer inúmeras construções naturalistas e positivistas, resulta de uma construção procedimental, conduzida pelo intérprete e que conta com o concurso de fatores intrínsecos e extrínsecos. Essa construção assume feições de natureza "subjetivo-objetiva",⁹⁷ resultado da necessária interpenetração da atividade intelectiva com dados passíveis de verificação empírica (v.g.: texto normativo, aspectos da realidade etc.). Em face à sua necessária interação com o ambiente sociopolítico, o direito assume contornos essencialmente mutáveis, sendo delineado por força de decisão.⁹⁸

A doutrina positivista de Hart, considerada por Dworkin⁹⁹ "*the most powerful contemporary version of positivism*," parte da premissa de que a moral efetivamente influi no delineamento do direito, mas não é imperioso que as normas jurídicas reproduzam ou satisfaçam certos cânones de natureza moral, ainda que isso normalmente ocorra.¹⁰⁰ Seria necessário distinguir entre a invalidade do direito e a sua imoralidade:¹⁰¹ com os olhos voltados à barbárie nazista, adverte que as normas

⁹⁶ *Introducción...*, p. 38.

⁹⁷ Cf. KAUFMANN. *La Filosofía...*, p. 42-43.

⁹⁸ Cf. LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. vol. II. Trad. de BAYER, Gustavo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 9.

⁹⁹ *Taking...*, p. IX e 16.

¹⁰⁰ *O Conceito...*, p. 201-202.

¹⁰¹ Hart distingue a "*moral positiva*", aquela aceita e compartilhada por certo grupo social, dos princípios morais usados na crítica às instituições atuais, incluindo a "*moral positiva*". Esses últimos princípios consubstanciam a "*moral crítica*" (*Law, Liberty and Morality*. Califórnia: Stanford University Press, 1963, p. 20).

moralmente iníquas podem ainda ser direito, o que não impede a sua inobservância em circunstâncias extremas.¹⁰² Utilizada a classificação de Bobbio, pode-se afirmar que a doutrina de Hart se amolda ao positivismo enquanto método e rechaça o positivismo enquanto ideologia, já que nega a existência de uma obrigação moral de observar o direito positivo com abstração do seu conteúdo. Distanciando-se das construções positivistas que veem o direito como ato de vontade do Estado (v.g.: a vontade do soberano, de Austin¹⁰³), Hart¹⁰⁴ propõe um conceito de direito que encontra sustentação na “regra de reconhecimento”, fenômeno social que situa em cada comunidade o poder de decidir se uma norma faz parte, ou não, do seu direito, definindo, desse modo, a sua validade.¹⁰⁵ Cabe a ela estabelecer as qualidades que as normas devem apresentar para que possam ser reconhecidas. Se a contraposição entre a norma jurídica e algum paradigma moral não é suficiente para afastar a sua aplicação, o mesmo não pode ser dito em relação à “regra de reconhecimento”: uma vez afrontada, a norma jurídica perderá a sua validade.

No âmbito das fontes do direito, Hart não adere às construções teóricas que somente incluem, sob essa epígrafe, o direito legislado, já que a “regra de reconhecimento” permite sejam consideradas normas jurídicas aquelas de natureza involuntária (v.g.: os costumes), vale dizer, não editadas pelo poder competente. A ordem jurídica não é fechada nem completa e muito menos imune a lacunas. As incertezas decorreriam da textura aberta da linguagem normativa, impedindo que o intérprete realize uma atividade puramente mecânica, como preconizado pelo positivismo sob os auspícios do “formalismo.”¹⁰⁶ Como se percebe, Hart não sustenta que os juízes devam se limitar a reconhecer direitos preexistentes, à margem de qualquer processo de criação normativa. Sua construção associa os dogmas do positivismo neutral, que apregoa a separação entre direito e moral, a uma postura antiformalista, reconhecendo a concorrência do intérprete no delineamento da norma, o que se tornou possível com a flexibilidade assegurada pela textura aberta da linguagem jurídica. Hart, embora veja no direito um sistema de regras (*rules*), ressalta que o seu alcance nem sempre será exato, o que, nos casos difíceis, dá margem ao surgimento de zonas de penumbra, que oferecem ao juiz a discricionariedade necessária ao delineamento do seu conteúdo, daí decorrendo a “flexibilidade do direito”.¹⁰⁷

Dworkin, com o intuito declarado de combater o positivismo de Hart, buscou estabelecer uma vinculação necessária entre direito e moral,¹⁰⁸ sustentando que o

¹⁰² *O Conceito...*, p. 227-228.

¹⁰³ *The Province...*, p. 18 e ss; e 164 e ss. A existência de uma “*autoridade soberana*”, como ressalta Leoni, sempre pressupõe a existência de um poder que a constitua, poder este que define o seu título de justificação, como o teológico, o democrático etc. (*Lezioni di filosofia del diritto*, Itália: Rubbettino Editore srl, 2003, p. 78-79).

¹⁰⁴ *O Conceito...*, p. 59 e ss.

¹⁰⁵ *O Conceito...*, p. 104-105.

¹⁰⁶ *O Conceito...*, p. 137 e ss.

¹⁰⁷ Cf. CAMPBELL, Tom. *Prescriptive legal positivism: law, rights and democracy*. London: Routledge Cavendish, 2004, p. 113.

¹⁰⁸ O recurso à moral, como ressalta Alexy, é um lugar comum em “*todas as teorias não positivistas*” (“*alle nichtpositivistischen Theorien*”): *Begriff...*, p. 17.

raciocínio jurídico é necessariamente influenciado por princípios, delineados pelos tribunais a partir do contínuo exercício da atividade judicante, os quais, com relativa frequência, assumem contornos morais.¹⁰⁹ O raciocínio jurídico seria constantemente moldado pelo raciocínio moral, corroborando a absoluta impossibilidade de o direito ser separado da moral. Quanto ao modo em que se daria essa relação, os princípios seriam o veículo utilizado pela moral para penetrar no direito – esse entendimento, exposto na obra *Taking Rights Seriously*, coletânea de textos esparsos cuja primeira impressão remonta a 1977, será objeto de maior desenvolvimento no tópico dedicado à distinção entre norma e valor. Por ora, observa-se que os princípios ou, mais especificamente, os princípios gerais do direito (*general principles of law*), com especial realce aos três valores fundamentais que veiculam – a justiça, a equidade e o Estado de Direito –, são vinculantes, ainda que se mostrem dissonantes do direito legislado. As regras seriam aplicadas à maneira do tudo-ou-nada, afastando qualquer margem de livre apreciação. Os princípios, por sua vez, que ostentam indiscutível importância na solução dos casos difíceis, teriam uma dimensão de peso, variando em importância conforme as circunstâncias do caso concreto.

A construção de Dworkin parece estabelecer uma necessária sobreposição entre moral e direito na justificação dos princípios, o que inviabilizaria, por exemplo, a densificação de um princípio a partir da própria ordem jurídica, com abstração de qualquer consideração de ordem moral. Embora seja exato afirmar que os princípios jurídicos podem ser princípios morais, não menos exata é a constatação de que nem sempre o serão, o que, à evidência, não eliminará a sua natureza jurídica. Somente em situações extremas o juiz teria o dever moral de não aplicá-los. A utilização jurídica de princípios morais aponta para uma conexão entre direito e moral, mas não os identifica. Em resposta a essas críticas, formuladas por David A. J. Richards, Dworkin principia comungando da tese de que uma regra jurídica moralmente reprovável pode preservar a sua juridicidade, bem como que um princípio inicialmente obrigatório pode ser moralmente tão indigno que os juízes tenham o dever de não aplicá-lo.¹¹⁰ Acresce que à pergunta sobre o que é o direito deve seguir-se a pergunta a respeito do que exige a moral de fundo (*background morality*), quer os critérios morais tenham sido incorporados à legislação, quer não. Tal deve ocorrer tanto quando os princípios jurídicos que incorporam conceitos morais são considerados indispensáveis para a argumentação jurídica, como quando a questão é precisamente saber que princípios devem ser considerados decisivos.¹¹¹ Por fim, arremata: “de nada disso decorre que o direito seja sempre moralmente correto nem que o que é moralmente correto seja sempre direito, nem mesmo nos casos difíceis”.¹¹² Quanto à crítica de que, em sua teoria, os princípios jurídicos seriam sempre princípios morais “sólidos” ou “corretos”, a

¹⁰⁹ *Taking...*, p. 14 e ss.

¹¹⁰ *Seven Critics*, in: *GLR* n° 11, 1977, p. 1201 (1253).

¹¹¹ *Seven...*, p. 1201 (1254).

¹¹² *Seven...*, p. 1201 (1254).

conclusão é peremptória: “eu não penso isso”.¹¹³ Como se constata, Dworkin vislumbra a existência de amplos pontos de conexão, mas não uma sobreposição necessária entre direito e moral.

Dworkin, como ressalta Carrió,¹¹⁴ é nitidamente influenciado pelas características do sistema jurídico norte-americano, em que (1) a ordem constitucional, plenamente receptiva aos princípios morais, é utilizada como paradigma de validade das normas infraconstitucionais; e (2) os juízes, no exercício do *judicial review*, constantemente reconhecem a invalidade das normas que destoem desses princípios. Essa estreita conexão entre direito e moral, conquanto esteja arraigada no Judiciário e na sociedade dos Estados Unidos da América, não chega ao ponto de estabelecer um vínculo necessário e conceitual entre esses fatores. No extremo oposto, é compreensível a existência de um sistema que minimize a penetração de influxos axiológicos no delineamento do significado a ser atribuído ao texto normativo. Na medida em que os próprios órgãos jurisdicionais não recorram, com frequência, a *standards* morais, será visível o distanciamento das premissas estabelecidas por Dworkin.

Outro aspecto digno de realce na teoria de Dworkin, é o repúdio à discricionariedade que o positivismo atribui aos juízes na solução dos casos não alcançados pela normatização existente.¹¹⁵ Haveria uma única solução correta para cada caso, o que afastaria qualquer possibilidade de escolha por parte do juiz. Apesar de os influxos morais aparentemente diminuir a margem de certeza do direito, Dworkin busca afastar esse inconveniente com a idealização de um juiz com capacidades sobre-humanas, a quem denominou de Hércules, que deveria necessariamente identificar e levar em consideração, ao menos nos casos difíceis, o conteúdo dos princípios gerais do direito e da base moral que lhes dá sustentação.¹¹⁶

Reflexões a respeito da permeabilidade axiológica do direito serão diretamente influenciadas pela solução que se dê a certos problemas preliminares, como o alcance que se queira atribuir à preeminência do direito legislado; à inter-relação entre direito e moral; à importância dos juízos de valor no processo de interpretação; e às relações entre as distintas espécies de valor, como os de natureza ética, política ou jurídica. A própria defesa dos direitos humanos, temática recorrente em incontáveis estudos jurídicos a partir da segunda metade do século XX, embora tenha contribuído para fortalecê-lo,¹¹⁷ não pode ser considerada monopólio do jusnaturalismo.¹¹⁸ O seu enquadramento no âmbito dos direitos morais, tomados em uma concepção teleológica e de feição eudemônica, há muito tem sido reconhecido.

¹¹³ *Seven...*, p. 1201 (1254).

¹¹⁴ *Notas sobre Derecho...*, p. 346 e 362.

¹¹⁵ *Taking...*, p. 68-71 e 82-86. Essa parte da teoria de Dworkin tem sido potencializada por alguns autores, como Lênio Streck, que veem na discricionariedade, não na separação em relação à moral, a principal característica do positivismo [A Hermenêutica Jurídica nos Vinte Anos..., p. 59 (70-71)].

¹¹⁶ Prestigiando a tese de Dworkin, no sentido de que haveria um único entendimento “*politicamente correto*”: DE BARROS BELLO FILHO. *Sistema Constitucional...*, p. 22.

¹¹⁷ Cf. CATTANEO, Mario A. *Alcune riflessioni sulla vitalità del diritto naturale*, in: *RIFD*. Série V. n.º 3. julho-setembro/2009, p. 449 (449-454).

¹¹⁸ Cf. SANTIAGO NINO. *Introducción...*, p. 197.

Na linha evolutiva da concepção de direito, o advento do constitucionalismo pode ser visto como a segunda revolução verificada no positivismo enquanto método. Trata-se da alteração interna do paradigma positivista, que transitou da onipotência do legislador para a adstrição aos balizamentos estabelecidos por uma norma qualitativamente superior às demais, a Constituição formal.¹¹⁹ Essa feição positivista foi redimensionada com o reconhecimento da permeabilidade axiológica do direito, constatação nitidamente potencializada no âmbito do constitucionalismo, o que deflui não só da maior abertura semântica dos enunciados linguísticos de natureza constitucional, como, principalmente, da crescente importância assumida pelas normas de estrutura principiológica, expressas ou implícitas.¹²⁰

Uma tentativa de preservar a utilidade conceitual do positivismo pode ser vista nas construções teóricas que, sem afrontar a sua premissa fundamental, refletida na separação entre direito e moral, sustentam, por exemplo, a permeabilidade axiológica do direito legislado, que tem o seu conteúdo integrado com o recurso aos valores colhidos no ambiente sociopolítico, ou a presença de referências morais na regra de reconhecimento preconizada por Hart.¹²¹ Com os olhos voltados a essa possível adaptação conceitual do positivismo, desenvolveu-se, no ambiente anglo-saxão, a ideia de “positivismo inclusivo”.¹²² Assemelha-se às construções antipositivistas, como a de Dworkin,¹²³ ao reconhecer a proximidade entre direito e moral, mas delas se distancia no que diz respeito à natureza e à intensidade dessa relação. O “positivismo exclusivo”,¹²⁴ por sua vez, identifica o conteúdo e a validade da norma exclusivamente nas fontes convencionais do direito: “todo direito está baseado nas fontes, e nada que não esteja baseado nas fontes é direito”.¹²⁵ Enquanto o “positivismo exclusivo” nega, o “inclusivo” aceita a existência de instâncias outras, vinculadas à moral, que influem na determinação do conteúdo do direito.

¹¹⁹ Cf. PRIETO SANCHIS. *Justitia...*, p. 14.

¹²⁰ Cf. ZAGREBELSKY. *Il diritto mite...*, p. 147 e ss.

¹²¹ Cf. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Positivismo Corrigido e Positivistas Incorrigíveis, in: RIBEIRO MOREIRA, Eduardo, GONÇALVES JÚNIOR, Jerson Carneiro e POLLETI BETTINI, Lucia Helena. *Hermenêutica Constitucional*, Homenagem aos 22 anos do Grupo de Estudos Maria Garcia. São Paulo: Conceito Editorial, 2010, p. 27 (27-28).

¹²² Cf. WALUCHOW, Wilfrid J. *Inclusive Legal Positivism*. Oxford: Oxford University Press 1994, p. 80 e ss.; COLEMAN, Jules L. *The practice of principle: in defence of a pragmatist approach to legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 103-119; e MORESO, J. J. El reino de los derechos y la objectividad de la moral, in: DICIOTTI, E. (Org.). *Diritti umani ed oggettività della morale*. Siena: Pubblicazioni del Dipartimento di Scienze storiche, giuridiche, politiche e sociali di Siena, 2003, p. 9 (9 e ss.). Em sentido semelhante, Frederick Schauer fala em positivismo delgado, fraco ou simples [Positivism through Think and Thin, in: BIX, Brian (Org.). *Analyzing law: new essays in legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 65 (65-66)].

¹²³ Brian Bix inclui a doutrina de Dworkin, juntamente com outras construções rotineiramente tidas como antipositivistas, no âmbito das “teorias modernas do direito natural”, todas centradas na visão do direito enquanto instrumento ou prática social, não estando primordialmente voltadas à individualização do seu fundamento metafísico de sustentação [Natural Law Theory, in: PATTERSON, Dennis (Org.). *A Companion to philosophy of Law and legal theory*. U.S.A.: Wiley-Blackwell, 2003 (reimp. de 1999), p. 223 (230 e ss.)]. Essa concepção, no entanto, não merece acolhida. Socorrendo-nos de Weinberger [Beyond Positivism and Natural Law, in: MACCORMICK, Neil e WEINBERGER, Ota (Org.). *An institutional theory of law: new approaches to legal positivism*. Netherlands: Springer, 1986 (reimp. de 1992), p. 111 (122-123)], podemos afirmar que o recurso a valores não se identifica com o recurso a referenciais metafísicos e objetivos. O contexto é dinâmico e os valores que dele se desprendem igualmente o são.

¹²⁴ Stefano Bertea fala em “positivismo maduro” [(Diritto e norma, in: LA TORRE, Massimo e SCERBO, Alberto. *Una introduzione alla filosofia del diritto*. Itália: Rubbettino Editore, 2003, p. 47 (49)].

¹²⁵ MARMOR. *Positive law...*, p. 49.

Podem ser incluídas sob a epígrafe do “positivismo inclusivo” aquelas construções que reconhecem a penetração dos valores na esfera jurídico-normativa, inclusive no processo de determinação do significado das normas. Seria possível falarmos de um “positivismo axiologicamente sensível”, apregoando que os textos normativos, malgrado devam ser respeitados, podem estar sujeitos a influxos de ordem axiológica no delineamento do seu significado. Construções dessa natureza, apesar de preservarem alguns traços originais do positivismo, reconhecendo a produção legislativa como fonte-mor do direito, dele se distanciam ao valorizar as relações entre texto e contexto e reconhecer a aproximação entre direito e moral, que não só influencia na elaboração dos textos normativos, como desempenha relevante papel no delineamento do seu sentido. Enquanto o antipositivismo vislumbra uma relação necessária entre direito e moral, o “positivismo inclusivo” ocupa uma posição intermédia: admite a relação, mas não a considera imprescindível e muito menos necessária. O problema, como ressaltado por Atieza,¹²⁶ é o inevitável reconhecimento da tese de que a relação entre direito e moral seria meramente contingente, sendo conceitualmente admissível a existência de um sistema jurídico moralmente asséptico.

A tentativa de resgate conceitual do positivismo está certamente atrelada ao discurso de sua metateoria de sustentação, calcada nos referenciais de certeza e clareza.¹²⁷ Ocorre que a concepção de direito enquanto sistema axiomático de normas, fechado e alheio a considerações morais, verdadeira viga-mestra do positivismo, não se ajusta à sensibilidade e à mobilidade axiológicas que se lhe pretende atribuir, isso sem olvidar o conjunto de exceções, às normas jurídicas positivadas, que não podem ser definidas *a priori*. Esse aspecto é particularmente perceptível em relação às correntes metodológicas que reconhecem o caráter normativo dos princípios. Diversamente do pensamento positivista, que apregoava o seu vazio semântico-jurídico e a contaminação política que produziam nas verdadeiras normas,¹²⁸ neles visualizam distinções de natureza qualitativa em relação às regras, que se refletem no modo de resolução dos conflitos decorrentes de sua interação no sistema, sempre suscetíveis a um juízo de ponderação. Essas correntes podem ser enquadradas sob a epígrafe mais ampla do “neoconstitucionalismo” ou, sendo utilizado o positivismo enquanto método como paradigma de análise, sob a epígrafe do “pós-positivismo”¹²⁹ (ou “constitutivismo epistemológico”, como prefere Berteau¹³⁰).

¹²⁶ ¿Es El Positivismo Jurídico una Teoría Aceptable del Derecho?, in: RIBEIRO MOREIRA, Eduardo, GONÇALVES JÚNIOR, Jerson Carneiro e POLLETTI BETTINI, Lucia Helena. *Hermenêutica Constitucional, Homenagem aos 22 anos do Grupo de Estudos Maria Garcia*. São Paulo: Conceito Editorial, 2010, p. 455 (465).

¹²⁷ Cf. GARCÍA FIGUEROA. *Positivismo Corrigido...*, p. 27 (34).

¹²⁸ Cf. ZAGREBELSKY. *Il diritto mite...*, p. 152.

¹²⁹ Cf. BONAVIDES. *Curso de Direito...*, p. 264. Forgó e Somek veem as correntes de pensamento pós-positivista (*Nachpositivistisches Rechtsdenken*) como integrantes de uma “teoria do saber jurídico” (“*Theorie des rechtlichen Wissens*”), resultando da comunicação entre o direito e a realidade subjacente ao ambiente sociopolítico [*Nachpositivistisches Rechtsdenken*, in BUCKEL, Sonja, CHRISTENSEN, Ralph e FISCHER-LESCANO, Andreas (Orgs.). *Neue Theorien des Rechts*. 2ª ed. Stuttgart: Lucius & Lucius, 2009, p. 253 (253 e ss.)]. Kalfmann fala em *Neopositivismus* como a tentativa de superar o empirismo do direito natural e a estática do positivismo, daí resultando um modelo de pensamento que atribui concretude ao direito [*Problemggeschichte...*, p. 1 (82-83)].

¹³⁰ *Certezza del diritto...*, p. 22.

6. Aspectos Essenciais do Neoconstitucionalismo

Neoconstitucionalismo, longe de consubstanciar termo unívoco, é epígrafe sob a qual podem ser incluídas distintas construções teóricas, unidas entre si por um traço comum: a adesão a paradigmas que importam no rompimento com concepções tradicionalmente adotadas na seara constitucional.¹³¹ Esses paradigmas, em seus contornos mais amplos, podem dizer respeito ao modo de estruturar a ordem político-constitucional ou à teoria jurídica utilizada para identificar os significados constitucionais. Merece particular referência o redimensionamento das normas de estrutura principiológica, implícitas ou explícitas, que passam a ostentar maior sensibilidade axiológica, e a evidente preocupação com o respeito à pessoa humana. Daí decorre uma inevitável alteração da base metódica que confere operatividade à Constituição, com intensos reflexos na teoria da norma e na teoria da interpretação, que passam a se preocupar com a normatividade e a densificação do sentido dos princípios constitucionais, espécies normativas marginalizadas pelo positivismo enquanto método, e com a maximização do papel do intérprete, merecendo especial realce a atuação dos órgãos jurisdicionais.¹³² Compete ao intérprete, a partir de limitada base linguística e no exercício de atividade acentuadamente criacionista, individualizar conteúdos normativos, o que exige sensibilidade para apreender e valorar todos os fatores de natureza axiológica que devem concorrer nesse processo, tomando as decisões necessárias à identificação do significado adequado. Desenvolve um discurso essencialmente axiológico¹³³ e indutivo, o qual, direcionado pelo pensamento problemático, busca preencher os balizamentos oferecidos pelo enunciado linguístico interpretado.¹³⁴ Somente assim será possível delinear a “dimensão axiológica” da Constituição, vinculada e indissociável de conceitos como liberdade, igualdade, pluralismo político, justiça e, principalmente, dignidade humana.¹³⁵

Ao se tornar permeável à influência dos valores, a Constituição aparta-se do formalismo asséptico e torna-se dependente dos influxos recebidos do ambiente sociopolítico, permitindo que se fale em uma “leitura moral” de seus preceitos.¹³⁶ Essa influência, como dissemos, tem origem em fatores extremamente diversificados, que principiam pela releitura das relações entre direito e moral, avançam com o redimensionamento da funcionalidade das normas de estrutura principiológica e

¹³¹ Alguns autores, como Prieto Sanchís, atribuem ao neoconstitucionalismo características que parecem ser indissociáveis da própria noção de constitucionalismo, como o caráter normativo da Constituição, sua superioridade hierárquica no sistema de fontes, sua rigidez e sua eficácia direta (*Justitia...*, p. 116-117). Guastini, encampando uma posição restritiva, visualiza, como traços verdadeiramente fundamentais do constitucionalismo, a rigidez constitucional e a existência de um sistema de controle de constitucionalidade. Os demais, por sua vez, seriam indicadores de uma maior constitucionalização [La costituzionalizzazione dell'ordinamento italiano, *in*: RP nº 11, p. 185 (185 e ss.), 1988].

¹³² Cf. OTO RAMOS DUARTE, Écio POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. São Paulo: Landy, 2006, p. 79; e SANTOS BEZERRA. *Lições...*, p. 57.

¹³³ Cf. BONGIOVANNI, Giorgio. *Costituzionalismo e teoria del diritto*. Bari: Editori Laterza, 2008, p. 60 e ss.

¹³⁴ Cf. SANDOVAL GÓES, Guilherme. Neoconstitucionalismo, *in*: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 113 (113).

¹³⁵ Cf. LUCAS VERDU. *Teoría de la Constitución...*, p. 40.

¹³⁶ Cf. DWORKIN. *Freedom's Law...*, p. 1 e ss.

não prescindem de uma reestruturação metódica do processo de interpretação, que supera o discurso axiomático-dedutivo para valorizar os juízos valorativos e decisórios realizados pelo intérprete. Ao institucionalizar e desenvolver-se sobre essa base axiológica, o direito torna-se vivo e influente, sendo um instrumento voltado à realização do bem comum, que é constantemente construído e reconstruído de acordo com as necessidades do ambiente sociopolítico. Na síntese de Prieto Sanchis:¹³⁷ *“ninguna Constitución sin teoría ética que la sustente; ninguna interpretación constitucional sin argumentación moral”*.

Não é exagero afirmar que um dos marcos fundamentais do denominado neoconstitucionalismo, ao menos no plano pragmático, é o conhecido Caso Lüth,¹³⁸ do Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*). Em sua decisão, o Tribunal reconheceu a existência de uma “ordem objetiva de valores” no plano constitucional.¹³⁹ Com isso, a Lei Fundamental (*Grundgesetz*) passou a ser vista não como uma “ordem quadro” (*Rahmenordnung*) para a ação do legislador, mas como o alicerce de desenvolvimento da própria ordem social, que seria influenciada pelos valores nela auferidos. É importante ressaltar que essa “ordem de valores” deve ser concebida sob uma perspectiva essencialmente dinâmica, sendo o significante “ordem” utilizado no sentido de organização, não no de primazia.¹⁴⁰ Em qualquer caso, a constitucionalização dos valores poderá contribuir para a maior integração do Estado e da sociedade, desde, por óbvias razões, que os valores a que se busca atribuir preeminência sirvam de fundamento e inspirem o ambiente sociopolítico.¹⁴¹

O neoconstitucionalismo não vê o direito como um mero ato de vontade, mas como o resultado de um conjunto de vontades, do legislador e do intérprete. Reconhece a sua permeabilidade moral, revelando um intenso comprometimento com a pessoa humana. A Constituição passa a ser vista como um conjunto sistêmico de enunciados linguísticos, de natureza prescritiva, que tem os seus significados não propriamente atrelados à autoridade Constituinte, mas atribuídos pelo intérprete. Acresça-se que essa aproximação entre os momentos de criação e aplicação do direito importa no redimensionamento dos dogmas de sustentação da divisão orgânica do poder.¹⁴² O Tribunal Constitucional, guardião da ordem constitucional, assume um papel de indiscutível relevância em matérias outrora enquadráveis sob a epígrafe das questões puramente políticas.

O neoconstitucionalismo distancia-se do naturalismo por não desconsiderar a importância dos balizamentos oferecidos pelos enunciados linguísticos inseridos na Constituição formal, por reconhecer a função de integração criativa desempenhada pelo intérprete e por estar calcado em bases eminentemente racionais, como se

¹³⁷ *Justitia...*, p. 30.

¹³⁸ *BVerfGE* 7, 198 (205), 1958.

¹³⁹ Cf. RENSCHMANN. *Wertordnung...*, p. 68 e ss.

¹⁴⁰ Cf. GARCIA. *Conflito...*, p. 77-78.

¹⁴¹ Cf. LUCAS VERDU. *Teoría de la Constitución...*, p. 130-131.

¹⁴² Cf. DE MOURA AGRA. *Curso...*, p. 39.

verifica com o desenvolvimento teórico da técnica da ponderação.¹⁴³ Rememorando a classificação de Bobbio, distingue-se do positivismo enquanto método por ser plenamente receptivo aos influxos morais, do positivismo enquanto teoria, por não reconhecer a hegemonia da Constituição formal, que não seria suscetível, apenas, a uma interpretação mecânica, e, do positivismo enquanto ideologia, por ser avesso à injustiça e à cega obediência.¹⁴⁴

Epílogo

O neoconstitucionalismo tem passado por um processo de crescente generalização a partir do segundo pós-guerra, justamente o marco de declínio do positivismo e do efêmero ressurgir das construções naturalistas. Naturalismos, positivismos e neoconstitucionalismos à parte, não é exagero afirmar que o intérprete nem sempre se manterá fiel à higidez dessas construções teóricas e muito menos declinará os seus reais propósitos ao conduzir o processo de interpretação. Por ser bem conhecida a resistência teórica aos dogmas do naturalismo, o mais provável será encontrar naturalistas transvestidos de positivistas e, não raro, de positivistas neutrais. Apesar de metodicamente inconciliáveis, é perfeitamente possível que o naturalista vislumbre, de antemão, a injustiça, a inaceitabilidade moral, ao menos para os seus padrões, de qualquer significado passível de ser reconduzido ao enunciado linguístico interpretado, o que o impediria de falar em norma jurídica mesmo ao fim do processo de interpretação, após a resolução das conflitualidades intrínsecas. Apesar disso, individualiza a norma e apregoa a sua falta de imperatividade. Pode, ainda, conduzir o processo de interpretação de modo a obter normas que se harmonizem com as normas morais que têm como preexistentes, ainda que isso importe em total distanciamento do texto normativo. Como ressaltado por Zagrebelsky, “o estilo, o modo de argumentar ‘em direito constitucional’, se assemelha, de fato, ao estilo, ao modo de argumentar ‘em direito natural’”, conclusão óbvia ao se constatar o *modus operandi* dos Tribunais Constitucionais, sempre sensíveis à abertura das Constituições e à sua permeabilidade aos influxos axiológicos.¹⁴⁵ A “leitura moral” da Constituição faz parte do trabalho diário dos operadores do direito.¹⁴⁶

A identificação da sinceridade metódica do intérprete exige seja devidamente considerado que a norma é fruto da interação entre texto e contexto, daí decorrendo a necessária (1) observância aos balizamentos oferecidos pelos enunciados linguísticos e (2) consideração dos influxos de ordem moral colhidos no ambiente sociopolítico, que não devem ser manipulados, exasperados ou flexibilizados de acordo com suas pré-compreensões.

¹⁴³ Cf. RIBEIRO MOREIRA, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Teoria da Interpretação, in: RIBEIRO MOREIRA, Eduardo, GONÇALVES JÚNIOR, Jerson Carneiro e POLLETI BETTINI, Lucia Helena. *Hermenêutica Constitucional*, Homenagem aos 22 anos do Grupo de Estudos Maria Garcia. São Paulo: Conceito Editorial, 2010, p. 215 (216).

¹⁴⁴ Cf. STRECK. *A Hermenêutica Filosófica...*, p. 273 (275).

¹⁴⁵ *Il diritto mite...*, p. 157.

¹⁴⁶ Cf. DWORKIN. *Freedom's Law...*, p. 3.

Referências Bibliográficas

- ADEODATO, João Maurício. *A Retórica Constitucional. Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo*. São Paulo: Editora Saraiva.
- AGUILA, Yann. Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle, in: *Revue Française de Droit constitutionnel* n° 21. Paris: Presses Universitaires de France, 1995.
- ALEXY, Robert. Balancing constitutional review and representation, in: *International Journal of Constitutional Law*, 2005. vol. 3. n° 4.
- _____. *Begriff und Geltung des Rechts*. Freiburg/München: Verlag Karl Alber GmbH, 2002.
- _____. *Teoria da Argumentação Jurídica (Theorie der Juristischen Argumentation)*. Trad. de: HUTCHINSON SCHILD SILVA, Zilda. São Paulo: Landy, 2001.
- ARISTÓTELES. *Ética Nocomachea*. Trad. de: MAZZARELLI, Claudio. Milano: Bompiani Testi a Fronte, 2007.
- AUSTIN, John. *The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence*. Indianapolis: Hackett, 1998.
- _____. *The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
- BARBOSA PINTO, Marcos. *Constituição e Democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- BENDITT, Theodore M. *Law as rule and principle: problems of legal philosophy*. California: Standord University Press, 1978.
- BENTHAM, Jérémie. Principes de Législation, in: *Oeuvres de Jérémie Bentham*. Tome Premier. Org. e trad. por: DUMONT, Ét. 3ª ed. Bruxelles: Société Belge de Librairie, 1840. p.11-48.
- BIX, Brian (Org.). *Analyzing law: new essays in legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 1998.
- BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e Positivismo Giuridico*. 3ª ed. Milano: Edizioni di Comunità, 1977.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- BONGIOVANNI, Giorgio. *Costituzionalismo e teoria del diritto*. Bari: Editori Laterza, 2008.
- BONJEAN, Georges. *Explication Méthodique des Institutes de Justinien*. T. 1^{er}. Paris: A Durand et Pedone-Lauriel, 1878.
- CAMPBELL, Tom. *Prescriptive legal positivism: law, rights and democracy*. London: Routledge Cavendish, 2004.

- CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito (Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz)*. Trad. de: MENEZES CORDEIRO, A. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.
- CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. 5ª ed. Buenos Aires: Abeledo-PerrotLexisNexis, 2006.
- CARVAJAL CORDÓN, Julián. *Moral, derecho y política en Immanuel Kant*. Cuenca: Universidad de Castilla La Mancha, 1999.
- CATTANEO, Mario A. Alcune riflessioni sulla vitalità del diritto naturale, in: *RIFD*. Série V. nº 3. julho-setembro/2009.
- CENEVIVA, Walter. *Direito Constitucional Brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.
- CHRISTODOULIDS, Emilios. Elliding the Particular: A Comment on Neil MacCormick's Particulars and Universal's, in: BANKOWSKI, Zenon; MACLEAN, James (Orgs.). *The Universal and the Particular in Legal Reasoning*. Hampshire: Ashgate Publishing Company, 2006.
- COLEMAN, Jules L. *The practice of principle: in defence of a pragmatist approach to legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- _____; LEITER, Brian. Legal Positivism, in: PATTERSON, Dennis (Org.). *A Companion to philosophy of Law and legal theory*. U.S.A.: Wiley-Blackwell, 1999.
- CONKLIN, William E. *The Invisible Origins of Legal Positivism. A Re-Reading of a Tradition*. Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 2001.
- COTTERRELL, Roger B. M. *The politics of jurisprudence: a critical introduction to legal philosophy*. U.S.A.: University of Pennsylvania Press, 1992.
- DE BARROS BELLO FILHO, Ney. *Sistema Constitucional Aberto*. Belo Horizonte: Del-Rey, 2003.
- DE CABO, A.; PISARELLO, G. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001.
- DE GIORGI, Raffaele. *Scienza del Diritto e Legittimazione: critica dell'epistemologia giuridica tedesca da Kelsen a Luhmann*. Lecce: Pensa Multimedia, 1998.
- DE MOURA AGRA, Walber. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.
- DE OLIVEIRA ASCENSÃO, José. *Introdução à Ciência do Direito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- DONOVAN, James M. *Legal anthropology: an introduction*. U.S.A.: Rowman & Littlefield, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law, The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

EHRENZWEIG, Albert Armin; KNIGHT, Max. *Law: a personal view*. The Netherlands: Brill, 1977.

FASSÓ, Guido. Jusnaturalismo, in: BOBBIO, Norberto; MANTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política (Dizionario di Politica)*. vols. 1 e 2. Trad. de: VARRIALE, Carmen C.; LO MÔNACO, Gaetano; FERREIRA, João; GUERREIRO PINTO CACAIS, Luís; DINO, Renzo. 12ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004.

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

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GARCIA, Emerson. *Conflito entre Normas Constitucionais*. Esboço de uma Teoria Geral. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

_____. *Interpretação Constitucional*. A resolução das conflitualidades intrínsecas da norma constitucional. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Positivismo Corrigido e Positivistas Incorrígíveis, in: RIBEIRO MOREIRA, Eduardo; GONÇALVES JÚNIOR, Jerson Carneiro; POLLETI BETTINI, Lucia Helena. *Hermenêutica Constitucional, Homenagem aos 22 anos do Grupo de Estudos Maria Garcia*. São Paulo: Conceito Editorial, 2010.

GOODIN, Robert E.; PETTIT, Philip. *Contemporary political philosophy: an anthology*. 2ª ed. U.S.A.: Blachwell Publishing, 2006.

GROPPALI, Alexandre. *Filosofia do Direito*. Trad. de: RODRIGUES GAMA, Ricardo. Campinas: LZN Editora, 2003.

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

_____. La costituzionalizzazione dell'ordinamento italiano, in: *Ragion Pratica* nº 11, 1988.

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

HESSER, Johannes. *Teoria do Conhecimento*. Trad. de: CORREIA, Antonio. 8ª ed. Coimbra: Armênio Amado, 1987.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

HOLMES, Oliver Wendell. The path of the law, publicado originalmente em HLR, nº 8, 1897, p.457, e reproduzido em *Collected Legal Papers*. New York: Peter Smith, 1952.

KANT, Immanuel. *A Crítica da Razão Prática*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito (Rechtsphilosophie)*. Trad. de: António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

_____. *La Filosofía del Derecho en la Posmodernidad (Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit)*. Trad. de: VILLAR BORDA, Luis. Bogotá: Editorial Temis, 2007.

_____. Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtsdogmatik, in: ELLSCHEID, Günter. Strukturen naturrechtlichen. In: HASEMER, Winfried; NEUMANN, Ulfried; KAUFMANN, Arthur. *Einführung in Rechtstheorie der Gegenwart*. 7ª ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito (Reine Rechtslehre)*. Trad. de: BAPTISTA MACHADO, João. 6ª ed. 5ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.5-9.

_____. *Teoria Geral das Normas (Allgemeine Theorie der Normen)*. Trad. de: FLORENTINO DUARTE, José. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

KLENNER, C. *Rechtsleere: Verurteilung der Reinen Rechtslehre*. Frankfurt/Main: Verlag Marxistische Blätter, 1972.

KRAMER, Larry D. *In defense of legal positivism: law without trimmings*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

LEITER, Brian. Naturalism and Naturalized Jurisprudence, in: BIX, Brian (Org.). *Analyzing law: new essays in legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

LÖWY, Michael. *Ideologias e ciência social*. Elementos para uma análise marxista. São Paulo: Cortez, 2002.

LUCAS VERDU, Pablo. *Teoría de la Constitución como Ciencia Cultural*. 2ª ed. Madrid: Editorial Dykinson, 1998.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. vol. II. Trad. de: BAYER, Gustavo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MARMOR, Andrei. *Law in the age of pluralism*. New York. Oxford University Press, 2007.

MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica do Direito (Une Introduction Critique au Droit)*. 3ª ed. Trad. de: PRATA, Ana. Lisboa: Editorial Estampa, 2005.

MORESO, J. J. El reino de los derechos y la objectividad de la moral, in: DICIOTTI, E. (Org.). *Diritti umani ed oggettività della morale*. Siena: Pubblicazioni del Dipartimento di Scienze storiche, giuridiche, politiche e sociali di Siena, 2003.

MORTATI, Costantino. Costituzione dello Stato (dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana), in: *Enciclopedia del Diritto*. vol. XI (1962). Milano: Giuffrè, 2007.

MURPHY, Mark C. *Natural law in jurisprudence and politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

OESER, Erhard. *Evolution and constitution: the evolutionary selfconstruction [i.e. self-construction] of Law*. Volume 37 de Theory and decision library. Series A, Philosophy and methodology of the social sciences. The Netherlands: Springer, 2003.

OTO RAMOS DUARTE, Écio; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. São Paulo: Landy, 2006.

PERELMAN, Chain. *Ética e Direito (Étique et Droit)*. Trad. de: ERMANTINA DE ALMEIDA PRADO GALVÃO, Maria. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

POSNER, Richard. *Frontiers of Legal Theory*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

PRIETO SANCHIS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales Justitia*. 3ª edición. Fecha de publicación: marzo 2014.

RADBRUCH, Gustav. *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*. In: *Filosofia do Direito (Rechtsphilosophie)*. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1974.

_____. *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in: *Rechtsphilosophie*. 4ª ed. Stuttgart: Erik Wolf, 1950.

RECASENS SICHES, Luís. *Iusnaturalismos Actuales Comparados*. Madrid: Universidad de Madrid, 1970.

RENSMANN, Thilo. *Wertordnung und Verfassung: das Grundgesetz im Kontext grenzüberschreitender Konstitutionalisierung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.

RIBEIRO MOREIRA, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Teoria da Interpretação*, in: RIBEIRO MOREIRA, Eduardo; GONÇALVES JÚNIOR, Jerson Carneiro; POLLETI BETTINI, Lucia Helena. *Hermenêutica Constitucional, Homenagem aos 22 anos do Grupo de Estudos Maria Garcia*. São Paulo: Conceito Editorial, 2010.

RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Trad. de: DE OLIVEIRA, Osório. Campinas: Bookseller, 2000.

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

SANDOVAL GÓES, Guilherme. *Neoconstitucionalismo*, in: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SANTIAGO NINO. *Introducción al análisis del derecho*. 2ª ed. 13ª reimp. Buenos Aires: Editorial Ástrea, 2005.

SCARPELLI, Uberto. *Cos'è il positivismo giuridico*. Milano: Edizioni di comunità, 1965.

SUÁREZ, Francisco. *Tratado de las leyes y de Dios legislador*. vol. 3 – De La ley positiva humana en si misma y en quanto puede considerarse en la pura naturaleza del hombre, la cual se llama también ley civil. Trad. De: TORRUBIANO RIPOL, Jaime. Madrid: Réus, 1918.

- TEBBIT, Mark. *Philosophy of law: an introduction*. London: Routledge, 2000.
- TROPER, Michel. *A filosofia do direito (La philosophie du droit)*. Trad. de: DEIRÓ, Ana. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- VASCONCELLOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- VATTEL. *Le Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle*. Tome I. Paris: Guillaumin et Cie Libraires, 1863.
- VILLEY, Michel. *Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit*. Paris: Dalloz, 1962.
- _____. *Réflexions sur la Philosophie et le Droit*. Les Carnets. Paris: P.U.F., 1995.
- VON SAVIGNY. *Traité de Droit Romain*. Tome 1^{er}. Trad. de: M. CH. Guenoux. Paris: Firmin Didot Frères, 1840.
- WALDRON, Jeremy. As intenções dos legisladores e a legislação não-intencional, in: MARMOR, Andrei. *Direito e Interpretação (Law and Interpretation)*. Trad. de: BORGES, Luís Carlos. São Paulo: Livraria Martins Fontes, 2004.
- WALUCHOW, Wilfrid J. *Inclusive Legal Positivism*. Oxford: Oxford University Press, 1994.
- WEINKAUF, Hermann. Was heißt das: Positivismus als juristische Strategie? In: *JZ*, 1970.
- WIEACKER, Franz. *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*. Trad. de: FERNÁNDEZ JARDÓN, Francisco. Madrid: Aguilar, 1957.
- ZACCARIA, Giuseppe. I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica, in: *PD*, nº 61, julho-dezembro de 2009.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Legge, diritto, giustizia. Torino: Einaudi, 2010 (reimp. de 1992).
- ZIPPELIUS, Reinhold; WÜRTEMBERGER, Thomas. *Deutsches Staatsrecht*. 32ª ed. München: Verlag C. H. Beck, 2008.

A Responsabilidade Civil do Estado por Omissão e Suas Excludentes

Eugênio Rosa de Araújo*

Sumário

1. O Conceito de Responsabilidade Civil. 2. A Responsabilidade Civil do Estado. 3. Responsabilidade Civil do Estado por Ato Omissivo. 4. Pressupostos da Responsabilidade Civil do Estado. 4.1. Evento Danoso. 4.2. Nexo de Causalidade. 4.3. Qualidade de Agente na Prática do Ato. 5. Excludentes da Responsabilidade Civil do Estado. 5.1. Culpa Exclusiva da Vítima. 5.2. Fato de Terceiro. 5.3. Caso Fortuito e Força Maior. 6. Como a Jurisprudência de Nossos Tribunais Trata o Tema da Responsabilidade Civil do Estado por Atos Omissivos. 7. Fixação dos Deveres Positivos do Estado para Efeito de Aferição da Sua Responsabilidade por Omissão. 8. Conclusão. Bibliografia Consultada. Anexo I. Jurisprudência sobre a Responsabilidade Civil do Estado por Omissão. Anexo II. Projeto de Lei que dispõe sobre a Responsabilidade Civil do Estado, proposto pelo Dep. Flávio Dino, PCdoB/MA, apresentado em 24/06/2009 e registrado sob o nº PL-5480.

Resumo

O presente trabalho procura trazer um panorama sobre a responsabilidade civil, especialmente do Estado por atos omissivos, perquirindo-se sobre os deveres positivos do Estado que ensejam a sua responsabilidade e de como a jurisprudência de nossos tribunais trata o tema.

Abstract

This paper attempts to bring an overview of the liability, especially in the State for acts omissive, inquiring about the positive duties of the state that lead to its responsibility and as the jurisprudence of our courts is the issue.

Palavras-Chave: Responsabilidade Civil. Estado. Omissão. Excludentes.

Keywords: *Liability. State failure. Exclusionary.*

1. O Conceito de Responsabilidade Civil

Responsabilidade, em sentido etimológico, reflete o sentido geral de obrigação, encargo, dever, compromisso, sanção, imposição. No sentido jurídico,

* Juiz Federal – TRF-2/RJ.

revela a obrigação de satisfazer ou executar o ato jurídico que se tenha convencionado ou a obrigação de satisfazer a prestação de cumprir o fato atribuído ou imputado à pessoa por determinação legal.

A *Responsabilidade Civil* é a expressão usada na linguagem jurídica, em distinção à Responsabilidade Penal ou Criminal, para designar a obrigação de reparar ou de ressarcir o dano, quando injustamente causado a outrem, e que provém da velha máxima romana *no neminem laedere* (não lesar ninguém), visando à proteção do particular e de seu patrimônio, material ou moral.

Está ligada, portanto, ao direito obrigacional.

Resulta da ofensa ou violação de direito, que redundam em dano ou prejuízo a outra pessoa, podendo ter como causa a própria ação ou ato ilícito e, ainda, fato ilícito de outrem, por quem, em virtude de regra legal, se responde ou se é responsável.

Via de regra, pelo princípio da *restitutio in integrum*, procura-se restituir o lesado à situação anterior ao dano. No entanto, quando isso é impossível, faz-se a compensação por meio de uma indenização, fixada na proporção do dano.

A responsabilidade civil impescinde de culpa, cuja ideia, segundo o art. 186 do Código Civil Brasileiro, está ligada à atuação do agente causador do dano com omissão voluntária, negligência, imprudência ou imperícia, valendo referir que, para caracterizar a referida culpa, também há a necessidade de o evento ser previsível.

Essa é a Teoria Clássica, também denominada Teoria da Culpa ou Teoria da Responsabilidade Civil Subjetiva, segundo a qual a culpa é fundamento da responsabilidade civil. Em não havendo culpa, não há responsabilidade. Ou seja, se o causador do dano não agiu com dolo ou culpa, não tem obrigação de reparar ou indenizar.

Para se configurar, portanto, a responsabilidade civil subjetiva, é necessária a presença de três requisitos básicos: a culpa, o dano e o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano.

No entanto, a lei impõe a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano cometido sem culpa. Nesses casos, diz-se que a responsabilidade é legal, também denominada Teoria da Responsabilidade Civil Objetiva ou do Risco.

Nessa Teoria, se insere a responsabilidade civil do Estado.

2. A Responsabilidade Civil do Estado

Segundo Yussef Said Cahali, “entende-se a responsabilidade civil do Estado como sendo a obrigação legal, que lhe é imposta, de ressarcir os danos causados a terceiros por suas atividades”.¹

No Brasil, tal responsabilidade encontra-se normatizada no art. 37, §6º, da CF/88, nos seguintes termos:

¹ In: *Responsabilidade Civil do Estado*. 3ª edição. São Paulo: RT, 2007. p. 13.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

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

Deflui do dispositivo legal que o ordenamento jurídico brasileiro agasalhou a Teoria da Responsabilidade Objetiva do Estado relativamente aos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Para essa teoria, basta que se comprove o dano e a conduta do agente, não importando a existência de culpa. Ou seja, não se exige o comportamento culposo do funcionário, basta que haja o dano, causado por agente do serviço público agindo nessa qualidade, para que decorra o dever do Estado de indenizar.

Baseia-se na Teoria do Risco, segundo a qual toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros e deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa.

Segundo alguns autores, não se refere à Teoria do Risco Integral, mas sim à Teoria do Risco Administrativo, na qual a responsabilidade do Estado pode ser atenuada, se provada a culpa parcial e concorrente da vítima ou mesmo excluída, se provada a culpa exclusiva da vítima ou força maior.

Para Carlos Roberto Gonçalves, embora haja uma certa confusão na doutrina, acerca de qual teoria teria sido adotada pela Constituição de 1988, se a Teoria do Risco Integral ou a do Risco Administrativo, essa confusão seria mais de ordem semântica, porque todos os doutrinadores, no final das contas:

[p]artilham do entendimento de que as regras constitucionais impuseram a responsabilidade objetiva do Estado pela reparação do dano, não significando, contudo, que tal responsabilidade subsista em qualquer circunstância, mas podendo ser excluída em caso de culpa da vítima ou de força maior.²

3. Responsabilidade Civil do Estado por Ato Omissivo

A responsabilidade civil do Estado, como dito acima, também pode advir de uma conduta omissiva da Administração.

No entanto, para que reste configurada a omissão ensejadora da responsabilidade, essa precisa estar ligada a um dever-fazer do Estado. Ou seja, o Estado só responde por

² In: *Responsabilidade Civil*, São Paulo: Editora Saraiva, 8ª edição, p. 173.

omissão quando deveria atuar e não atuou, quando descumpre um dever legal de agir. Trata-se, portanto, de comportamento ilícito, que pode ser individualizado na pessoa de um funcionário ou de forma genérica, no caso em que se caracteriza a *faute de service*.

Tal responsabilidade, para alguns autores, estaria inserida no contexto da objetiva e, para outros, da subjetiva.

Segundo Weida Zancaner Brunini:

Portanto, o Estado responde tanto pelas ações, como pelas omissões dos agentes públicos em geral, pois pode a omissão vir a ser causa eficiente do dano. A Constituição, a nosso ver, agasalhou a responsabilidade objetiva, tanto nos atos comissivos, como nos omissivos, parecendo-nos preferível este entendimento àquele que pretende apartar da teoria objetiva os comportamentos omissivos, enquadrando-os na teoria subjetiva e, portanto, sujeitando-se à comprovação de culpa para a consequente imputação de responsabilidade ao Estado.³

Para Carlos Mário da Silva Velloso:

No Direito brasileiro, convive a responsabilidade civil da objetiva, com base na teoria do risco administrativo, com a responsabilidade civil subjetiva, na hipótese, por exemplo, de atos omissivos, determinando-se a responsabilidade pela teoria da culpa ou falta do serviço, que não funcionou quando deveria normalmente funcionar, ou que funcionou mal ou funcionou tardiamente.⁴

Enfrentando o tema com precisão, o Prof. Guilherme Couto de Castro conclui que “há responsabilidade subjetiva quando se tratar de omissão genérica e responsabilidade objetiva quando se tratar de omissão específica, onde há dever individualizado de agir”.⁵

Nessa conformidade, conclui-se que, em havendo ilícito por parte da Administração – o agente descumpre dever legal –, basta se comprovar a conduta, o dano e o nexo causal para ser devida a indenização. Em não havendo ilícito por parte da Administração, ela só está obrigada a indenizar se houver o dever específico e individualizado de agir.

4. Pressupostos da Responsabilidade Civil do Estado

Para que reste configurada a responsabilidade civil do Estado, tanto por ato comissivo quanto por ato omissivo, é necessária a comprovação de três pressupostos

³ In: *Da Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública*. Ed. RT, 1981. p. 62.

⁴ In: *Temas de Direito Público*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, p.477, 1994.

⁵ Conf. *A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, p.56 e ss. 1991.

básicos: o evento danoso, a qualidade de agente na prática do ato e o nexo causal entre eles, sendo certo que a ausência de qualquer desses elementos inibe a obrigação de indenizar.

4.1. Evento Danoso

Para que se configure a responsabilidade civil do Estado, é preciso que haja o dano, assim entendido como aquele que corresponde à lesão de um bem juridicamente protegido.

E, no plano da responsabilidade objetiva do direito brasileiro, o dano indenizável pode resultar tanto de um ato doloso ou culposo do agente público como de um ato que, embora não culposo ou que demonstre a falha da máquina administrativa, se configure em ato injusto para o particular, como lesivo ao seu direito subjetivo.

Não basta a lesão de simples interesse econômico. É necessário o dano jurídico, podendo advir de atividades lícitas ou ilícitas.

Quando o dano provém de atividade ilícita, ele é sempre antijurídico e necessita de duas características: a) ser certo e não eventual, podendo ser atual ou futuro e b) atingir situação jurídica legítima, suscetível de configurar um direito ou, ao menos, um interesse legítimo.

Quando o dano provém de atividade lícita, necessita, além das características citadas acima, de outras duas características: c) ser anormal – exceder os incômodos provenientes da vida em sociedade – e d) ser especial – relacionado a uma pessoa ou a um grupo de pessoas.

Como bem lecionado por Guilherme Couto de Castro:

Rápido exame pode provocar algum choque: uma conduta lícita, algumas vezes importante para o bem de todos, não deveria gerar encargos extras ao erário – é a objeção a enfrentar.

Pondere-se, entretanto, que a responsabilidade sem culpa do Estado existe e tem como fundamento a ideia de socializar o ônus injusto recaindo sobre um ou alguns isoladamente; a vítima também não é culpada e como foi a ação própria e direta da administração a causadora do mal, é mais justo, em tais casos, a divisão de custos pela coletividade, representada pelo ente público.

Não obstante, ele ainda pondera que:

Ideal utópico seria que o Estado pudesse prover, individualmente, todas as necessidades de seus cidadãos, garantindo-os contra os infortúnios de vária ordem. Indenizar vítima de crime, em face de simples alegação genérica de falta de segurança, equivaleria a

ter de indenizar, igualmente, as vítimas de ausência de hospitais, escolas, esgotos, creches etc.

Excepcionalmente, o ressarcimento até terá cabida, mas importa agora é fixar a ideia geral da linha objetiva, lastreada no art. 37, §6º, da Lei Maior, ou seja, a busca da isonomia, fundada na razoável socialização dos riscos, e não e nunca na privatização dos lucros e distribuição dos prejuízos. Tal perspectiva é essencial.⁶

O dano pode ser material, também denominado patrimonial, que consiste no prejuízo sofrido no patrimônio do lesado, abrangendo o que este efetivamente perdeu (dano emergente) e o que deixou de ganhar (lucro cessante) e, ainda, o dano moral, que se consubstancia, em apertada síntese, na lesão a direito inerente à personalidade.

4.2. Nexo de Causalidade

A causalidade é fundamento da responsabilidade objetiva do Estado.

O alegado prejuízo do particular deve ser consequência da atividade ou omissão administrativa.

Sem a relação de causalidade entre o fato e o dano, não se admite a obrigação de indenizar.

Como diz Savatier, “um dano só produz responsabilidade, quando ele tem por causa uma falta cometida ou um risco legalmente sancionado.”⁷

E é necessário que se torne absolutamente certo que, sem o fato, o prejuízo não ocorreria.

A certeza parece fácil nos casos em que há apenas uma causa direta. Mas há hipóteses em que aparecem as denominadas concausas, que são circunstâncias ocorridas antes, durante ou após a ação, mas que influenciam a relação de causalidade.

Nesse diapasão, o difícil é identificar, diante da existência de concausas, qual delas foi a determinante para a ocorrência do dano.

Há várias teorias doutrinárias acerca da *relação de causalidade*, objetivando perquirir sobre a eficácia da causa para a produção do resultado lesivo ensejador da responsabilidade estatal, tais como: a) Teoria da Equivalência das Condições, segundo a qual a causa seria toda condição sem a qual o resultado não teria ocorrido; b) Teoria da Causa Próxima e da Causa Direta, em que se procura indicar, entre todas as condições de um resultado, a que considera causa. Normalmente, a cronologicamente mais próxima do evento que se quer imputar; c) Teoria da Causalidade Eficiente, segundo a qual causa seria aquela que tem um intrínseco poder de produção do fenômeno; d) Teoria Negativa de Mayer, que usa os métodos da teoria da equivalência das condições para chegar a uma posição negativa da causalidade, concluindo que, sendo toda condição

⁶ In: *A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, p.52 - 53, 1991.

⁷ Apud GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. Ed. Saraiva, 2003. p.520.

sine qua non relevante, torna-se sem sentido tal critério para efeito de aferição de consequências, entendendo ser mais decisiva a indagação da culpabilidade; e) Teoria da Causalidade Adequada ou da Adequação, segundo a qual nem todas as condições serão causa, mas apenas aquela que for mais apropriada a produzir o evento, ou seja, causa é o antecedente necessário e adequado à produção do resultado.

O Supremo Tribunal Federal adotou a Teoria do dano direto e imediato, também denominada Teoria da Interrupção do Nexo Causal, como se infere do acórdão da lavra do Eminentíssimo Ministro Moreira Alves:

Responsabilidade civil do Estado. Dano decorrente de assalto por quadrilha de que fazia parte preso foragido vários meses antes.

– A responsabilidade do Estado, embora objetiva por força do disposto no artigo 107 da Emenda Constitucional nº 1/69 (e, atualmente, no parágrafo 6º do artigo 37 da Carta Magna), não dispensa, obviamente, o requisito, também objetivo, do nexos de causalidade entre a ação ou a omissão atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiros.

– Em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil, a teoria adotada quanto ao nexos de causalidade e a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexos causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito à impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também à responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes: a da equivalência das condições e a da causalidade adequada.

No caso, em face dos fatos tidos como certos pelo acórdão recorrido, e com base nos quais reconheceu ele o nexos de causalidade indispensável para o reconhecimento da responsabilidade objetiva constitucional, é inequívoco que o nexos de causalidade inexistente e, portanto, não pode haver a incidência da responsabilidade prevista no artigo 107 da Emenda Constitucional nº 1/69, a que corresponde o parágrafo 6º do artigo 37 da atual Constituição. Com efeito, o dano decorrente do assalto por uma quadrilha de que participava um dos evadidos da prisão não foi o efeito necessário da omissão da autoridade pública que o acórdão recorrido teve como causa da fuga dele, mas resultou de concausas, como a formação da quadrilha, e o assalto ocorrido cerca de vinte e um meses após a evasão. Recurso Extraordinário conhecido e provido. (RE nº 130.674, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 07/08/92, p. 11782).

Segundo a referida teoria, a responsabilidade do Estado, embora objetiva, não dispensa o requisito do nexo de causalidade entre a ação ou omissão atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiros. O dano deve ser consequência necessária ao fato que lhe deu causa e só enseja indenização se estiver ligado diretamente ao mesmo. Nessa conformidade, incabível a indenização de “dano remoto”.

No entanto, há certos fatos que interrompem o nexo causal, excluindo a responsabilidade do agente.

A interrupção do nexo causal ocorre toda vez que, devendo impor-se um determinado resultado como normal consequência do desenrolar de certos acontecimentos, tal não se verifica pelo surgimento de uma circunstância outra denominada “causa estranha”.

Trata-se das denominadas excludentes da responsabilidade civil, que, no caso da responsabilidade civil do Estado, seriam: a culpa da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito e a força maior.

Merece relevar que se tem entendido que as *concausas* preexistentes não eliminam a relação causal, considerando-se essas as que já existiam quando da conduta do agente. Da mesma forma, as *causas supervenientes*, que, embora concorram para o agravamento do resultado, em nada favorecem o agente.

4.3. Qualidade de Agente na Prática do Ato

A palavra agente compreende aquelas pessoas que, de uma forma ou de outra, regular ou irregularmente, exercem qualquer atividade inerente ao serviço público, hábeis à produção de danos, pelos quais deve responder o Estado.

Para a incidência da responsabilidade civil do Estado, importa encontrar-se o funcionário ou agente no exercício de uma atividade ou função pública quando causar o dano, mesmo que de forma irregular. Assim, por exemplo, no caso de um policial fardado, ainda que não esteja em serviço, matar alguém, o Estado responde.

Ou seja, sempre que a condição de funcionário ou agente público tiver contribuído de alguma forma para a prática do ato danoso, ainda que apenas lhe proporcionando a oportunidade para o comportamento ilícito, o Estado responde pela obrigação de indenizar.

5. Excludentes da Responsabilidade Civil do Estado

A maior parte da doutrina considera óbices à responsabilidade civil do Estado a ocorrência de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito e força maior.

5.1. Culpa Exclusiva da Vítima

Quando o evento danoso acontece por culpa ou fato exclusivo da vítima, afasta a responsabilidade do Estado indenizar, porque deixa de existir a relação de causa e efeito entre seu ato e o prejuízo sofrido pelo lesado.

No caso de culpa concorrente da vítima, na qual esta contribui, ao mesmo tempo em que o agente, para a ocorrência do dano, não deixando de existir uma parcela de culpa deste, o Estado responde proporcionalmente ao grau de culpa do seu agente. Há a repartição de responsabilidades e o juiz fixa a indenização de forma proporcional, respondendo o Estado apenas pelos danos a que deu causa.

5.2. Fato de Terceiro

Quando o dano acontece por ato ou fato de alguém que não ostenta a condição de agente do Estado, mesmo que no transcorrer de uma atividade administrativa, o Estado não pode ser responsabilizado, porque desaparece a relação de causalidade entre a ação ou a omissão do agente e o dano.

No entanto, o ato de terceiro só é capaz de excluir a responsabilidade estatal se estiver revestido das características de imprevisibilidade e inevitabilidade.

5.3. Caso Fortuito e Força Maior

Caso fortuito é a expressão usada, na linguagem jurídica, para indicar todo evento que acontece imprevisivelmente por uma força que não se pode evitar.

Fortuito, do latim *fortuitus*, de *fors*, quer dizer casual, acidental, ao azar. É, no sentido exato de sua derivação, o caso que não se poderia prever e se mostra superior às forças ou vontade do homem para que pudesse evitá-lo.

Já a força maior é o fato que se prevê ou é previsível, mas não se pode, igualmente, evitar, haja vista ser mais forte do que a vontade ou ação do homem.

Ambos são irresistíveis, mas se distinguem pela previsibilidade ou imprevisibilidade.

Tanto um quanto outro, em princípio, constituem excludentes de responsabilidade, porque rompem a relação de causalidade entre o ato do agente e o dano sofrido pela vítima.

No entanto, modernamente, entende-se que somente o caso fortuito externo, ligado à força maior, o *Act of God* dos ingleses, estranho à pessoa do agente e da máquina administrativa, é capaz de excluir a responsabilidade do agente.

O caso fortuito interno, ligado à pessoa, à coisa ou à empresa do agente, não constitui excludente de responsabilidade, porque este seria previsível e ligado à pessoa (quando ocorre um mal súbito, por exemplo) ou à máquina (defeitos mecânicos, por exemplo).

6. Como a Jurisprudência de Nossos Tribunais Trata o Tema da Responsabilidade Civil do Estado por Atos Omissivos

Como bem ponderado pela Prof.^a Helena Elias Pinto, em seu brilhante trabalho *Responsabilidade Civil do Estado por Omissão – Na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Ed. Lumen Juris, 2008:

A partir de 1946 e até 1988 é possível afirmar que a Suprema Corte adotou de forma unânime a teoria da responsabilidade subjetiva do Estado nos casos de danos causados por omissão do Estado.

Não obstante a ausência de mudança normativa relevante sobre esse aspecto específico, a partir do advento da nova ordem constitucional inaugurada com a Constituição da República de 1988, constata-se uma verdadeira ruptura da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal com relação ao modelo adotado na sua tradição. O primeiro momento dessa ruptura ocorre com o julgamento do RE nº 130764-1/PR, relatado pelo Min. Moreira Alves, em 1992. O avanço, entretanto, ainda não foi, nesse primeiro momento, tão significativo, em decorrência de o resultado do julgamento ter sido no sentido da ausência do dever de indenizar, por falta de nexo de causalidade. Com o julgamento do RE nº 109615-2/RJ, sob a relatoria do Min. Celso de Mello, o Supremo Tribunal Federal com um atraso de meio século, finalmente se alinha, em casos de omissão, ao sistema da responsabilidade objetiva inaugurado no ordenamento jurídico brasileiro com a Constituição de 1946 e mantido nos ordenamentos constitucionais que se seguiram até a atualidade.

O reconhecimento, pela primeira vez, de um direito de se obter indenização em face do Estado por danos causados por omissão com fundamento na responsabilidade objetiva não implicou nova orientação pacífica da jurisprudência da Suprema Corte. Antes, pelo contrário, inaugurou uma sequência impressionante de oscilações teóricas na fundamentação de seus julgados, causando perplexidade aos operadores do Direito.⁸

Com efeito, embora haja jurisprudência entendendo pela responsabilidade civil objetiva em casos de omissão, é certo que essa não é pacífica, como se infere dos diversos julgados colacionados no Anexo I deste trabalho.

7. Fixação dos Deveres Positivos do Estado para Efeito de Aferição da Sua Responsabilidade por Omissão

A problemática consiste em fixar objetivamente quais seriam os deveres positivos do Estado que se enquadrariam no âmbito dos direitos subjetivos passíveis de serem exigidos positivamente dos poderes públicos.

Poder-se-ia pensar, em princípio, em todos os direitos sociais, tais como a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade, à infância, a assistência aos desamparados (art. 6º, CF),

⁸ *Op. cit.* p.261/262.

direitos dos trabalhadores (art. 7º, CF/88), direito à associação profissional ou sindical (art. 8º CF/88), direito de greve (art. 9º, CF/88), direito à Seguridade Social (art. 193 e seguintes), direitos relativos à educação e à cultura (5º, IX, 23, III a V, 24, VII a IX, 30, IX, 205 a 217), direitos relativos à família, à criança, ao adolescente, ao idoso (art. 201, II, art. 203, I, II, arts. 226 e 227, art. 230), direitos relativos ao meio-ambiente (art. 225).

No entanto, diante da amplitude de tais direitos, em contraposição à limitação material de recursos públicos, faz-se necessário uma delimitação objetiva dos deveres estatais ensejadores de responsabilização no caso de omissão.

Nessa senda, parece razoável que tais deveres sejam restritos ao mínimo existencial, que encerra basicamente educação, saúde e segurança, eis que a ausência de qualquer deles implica a violação ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

E quando tais deveres estiverem insertos em normas programáticas que não foram integradas por lei específica, o Judiciário atuará para suprir a ausência da respectiva política pública, exurgindo o fenômeno que se denomina Judicialização da Política ou politização do Judiciário.

Tal procedimento ocorre para conferir efetividade aos direitos que dependem de políticas públicas ainda não implementadas.

A respeito do tema, vale trazer à colação dois luminosos julgados:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS CONCRETAS. DIREITO À SAÚDE (ARTS. 6º E 196 DA CF/88). EFICÁCIA IMEDIATA. MÍNIMO EXISTENCIAL. RESERVA DO POSSÍVEL. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE DECIDIU A CONTROVÉRSIA À LUZ DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO COLENDO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, I e II, DO CPC. NÃO CONFIGURADA.

1. Fundando-se o Acórdão recorrido em interpretação de matéria eminentemente constitucional, descabe a esta Corte examinar a questão, porquanto reverter o julgado significaria usurpar competência que, por expressa determinação da Carta Maior, pertence ao Colendo STF, e a competência traçada para este Eg. STJ restringe-se unicamente à uniformização da legislação infraconstitucional. Precedentes jurisprudenciais do STJ: RESP nº 804595/SC, DJ de 14.12.2006 e Ag nº 794505/SP, DJ de 01.02.2007
2. A questão debatida nos autos – implementação do Modelo de Assistência à Saúde do Índio e à instalação material dos serviços de saúde à população indígena situada em área no Rio Grande do Sul – foi solucionada pelo Tribunal *a quo* à luz de preceitos constitucionais, conforme se infere do voto condutor do acórdão recorrido, *verbis*:

(...) O direito fundamental à saúde, embora encontrando amparo nas posições jurídico-constitucionais que tratam do direito à vida, à dignidade da pessoa humana e à proteção da integridade física (corporal e psicológica), recebeu no texto constitucional prescrição autônoma nos arts. 6º e 196, *in verbis*:

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Mesmo que situado, como comando expresso, fora do catálogo do art. 5º da CF/88, importante destacar que o direito à saúde ostenta o rótulo de direito fundamental, seja pela disposição do art. 5º, §2º, da CF/88, seja pelo seu conteúdo material, que o insere no sistema axiológico fundamental – valores básicos – de todo o ordenamento jurídico. *INGO WOLFGANG SARLET*, ao debruçar-se sobre os direitos fundamentais prestacionais, bem posiciona o tema:

Preliminarmente, em que pese o fato de que os direitos à saúde, à assistência social e à previdência – para além de sua previsão no art. 6º da CF – se encontram positivados nos arts. 196 e ss. da nossa Lei Fundamental, integrando de tal sorte, também o título da ordem social, e não apenas o catálogo dos direitos fundamentais, entendemos não ser sustentável a tese de que os dispositivos não integrantes do catálogo carecem necessariamente de fundamentalidade.

Com efeito, já se viu, oportunamente, que por força do disposto no art. 5º, §2º, da CF, diversas posições jurídicas previstas em outras partes da Constituição, por equiparadas em conteúdo e importância aos direitos fundamentais (inclusive sociais), adquirem também a condição de direitos fundamentais no sentido formal e material, ressaltando, todavia, que nem todas as normas de ordem social compartilham a fundamentalidade material (e, neste caso, também a formal), inerente aos direitos fundamentais. Além disso, percebe-se, desde já, que as normas relativas aos direitos sociais do art. 6º da CF exercem a função

precípua de explicitar os conteúdos daqueles. No caso dos direitos à saúde, à previdência e à assistência social, tal condição defluiu inequivocamente do disposto no art. 6º da CF: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” Além disso, poderia referir-se mais uma vez a íntima vinculação entre os direitos à saúde, à previdência e assistência social e os direitos à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, renunciando, neste particular, a outras considerações a respeito deste aspecto. (In: *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 301/302). Os direitos fundamentais, consoante a moderna diretriz da interpretação constitucional, são dotados de eficácia imediata. A Lei Maior, no que diz com os direitos fundamentais, deixa de ser mero repositório de promessas, carta de intenções ou recomendações; houve a conferência de direitos subjetivos ao cidadão e à coletividade, que se veem amparados juridicamente a obter a sua efetividade, a realização em concreto da prescrição constitucional. O princípio da aplicabilidade imediata e da plena eficácia dos direitos fundamentais está encartado no §1º do art. 5º da CF/88: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Muito se polemizou, e ainda se debate, sem que se tenha ocorrido a pacificação de posições acerca do significado e alcance exato da indigitada norma constitucional”. Porém, crescente e significativa é a moderna ideia de que os direitos fundamentais, inclusive aqueles prestacionais, têm eficácia *tout court*, cabendo, apenas, delimitar-se em que extensão. Superou-se, assim, entendimento que os enquadrava como regras de conteúdo programático a serem concretizadas mediante intervenção legislativa ordinária. Desapegou-se, assim, da negativa de obrigação estatal a ser cumprida com espedeque nos direitos fundamentais, o que tinha como consequência a impossibilidade de categorizá-los como direitos subjetivos, até mesmo quando em pauta a omissão do Estado no fornecimento do mínimo existencial. Consoante os novos rumos interpretativos, a par de dar-se eficácia imediata aos direitos fundamentais, atribuiu-se ao intérprete a missão de desvendar o grau dessa aplicabilidade, porquanto mesmo que se pretenda dar máxima elasticidade à premissa, nem sempre se estará infenso a uma *interpositio legislatoris*, o que não ocorre, vale afirmar, na porção do direito que trata do mínimo existencial. (...) Merece lembrança, ainda, que a atuação estatal na concretização da sua missão constitucional deve orientar-se pelo Princípio da Máxima Efetividade da Constituição, de sorte que:

A uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todos e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas pragmáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais). (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *In: Direito Constitucional*. 5ª edição. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina. p. 1208.)

Incumbe ao administrador, pois, empreender esforços para máxima consecução da promessa constitucional, em especial aos direitos e garantias fundamentais. Desgarra deste compromisso a conduta que se escuda na ideia de que o preceito constitucional constitui *lex imperfecta*, reclamando complementação ordinária, porquanto olvida-se que, ao menos, emana da norma eficácia que propende ao reconhecimento do direito subjetivo ao mínimo existencial; casos há, inclusive, que a disciplina constitucional foi além na delineação dos elementos normativos, alcançando, então, patamar de eficácia superior que o mínimo conciliável com a fundamentalidade do direito. A escassez de recursos públicos, em oposição à gama de responsabilidades estatais a serem atendidas, tem servido de justificativa à ausência de concretização do dever-ser normativo, fomentando a edificação do conceito da “reserva do possível”. Porém, tal escudo não imuniza o administrador de adimplir promessas que tais, vinculadas aos direitos fundamentais prestacionais, quanto mais considerando a notória destinação de preciosos recursos públicos para áreas que, embora também inseridas na zona de ação pública, são menos prioritárias e de relevância muito inferior aos valores básicos da sociedade, representados pelos direitos fundamentais. O Ministro CELSO DE MELLO discorreu de modo lúcido e adequado acerca do conflito entre deficiência orçamentária e concretização dos direitos fundamentais: “Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à *reserva do possível* (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, *The Cost of Rights*, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias

do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da *reserva do possível* – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (...) 3. Inexiste ofensa ao art. 535, I e II, CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, cujo *decisum* revela-se devidamente fundamentado. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. Precedente desta Corte: RESP nº 658.859/RS, publicado no DJ de 09.05.2005. 4. *In casu*, o Tribunal de origem pronunciou-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos embargos de declaração – nulidade do processo decorrente da ausência de intimação da Advocacia Geral da União, para oferecer impugnação aos embargos infringentes, consoante disposto nos arts. 35 e 36 da LC nº 73/93 e art. 6º da Lei nº 9.028/95, consoante se infere do voto condutor exarado às fls. 537/542. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido. (Resp nº 811608, Luiz Fux, DJ DATA: 04/06/2007 PG: 00314)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE APARELHOS DE AMPLIFICAÇÃO SONORA INDIVIDUAIS (AASI) A DEFICIENTES AUDITIVOS. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DA UNIÃO E DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. NORMA DO ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO. NATUREZA. TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL.

1. Havendo previsão constitucional (parág. único do art. 198 da CF/88) da participação da União, Estados, Distrito Federal e Municípios no financiamento do Sistema Único de Saúde (SUS), impõe-se reconhecer-lhes legitimidade para figurar no polo passivo de demandas que objetivem assegurar o acesso a meios de preservação

da saúde em favor de pessoas hipossuficientes. Precedentes do STJ.

2. Em que pese inexistir consenso na jurisprudência dos Tribunais Superiores acerca da natureza da norma do art. 196 da Constituição, considerando alguns julgados a sua natureza programática e outros, tal como a sentença ora recorrida, defendendo que dela se poderiam extrair direitos subjetivos aptos a gerar exigências de prestações positivas do Poder Público, a melhor doutrina orienta que, em se tratando de direito à saúde, apenas às prestações que compõem o assim denominado *mínimo existencial* cabem ser judicialmente condenados os entes públicos a implementá-las em prazo determinado.

3. No vasto campo dos direitos aos bens da vida, inadequado seria supor que ao Poder Judiciário coubesse fixar ou escolher políticas públicas, como se os seus membros formassem uma classe sacerdotal, superior e paternalista, capaz de prover todos os bens desejados pelo homem, independentemente do debate político, deferindo pretensões que, embora justas, estariam se sobrepondo a outras tantas demandas sociais, deixando de levar em conta um enorme contingente de pessoas que, vivendo abaixo do nível da dignidade, sequer teriam acesso ao Judiciário para expor as suas necessidades.

4. O fornecimento de aparelhos de amplificação sonora individuais (AASI), a despeito de sua relevância para a integração dos deficientes auditivos ao meio social, não se encontra inserido naquele grupo de prestações formadoras do “mínimo existencial” no campo da saúde a que se refere a doutrina de Ana Paula de Barcellos (*A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, 335p.), razão pela qual a sua eficácia positiva ou simétrica não decorre diretamente do texto constitucional e, portanto, não prescinde da interveniência legislativa.

5. Por não conter a Lei nº 7.853/89 qualquer determinação expressa relacionada ao fornecimento de aparelhos auditivos, mas, tão somente, normas gerais visando a garantir o pleno exercício dos direitos das pessoas portadoras de deficiências, descabe ser enquadrada a prestação objeto da pretensão do Ministério Público Federal nestes autos entre aquelas que teriam a natureza de opção política juridicizada além do mínimo existencial, donde inexistir respaldo legal para a condenação do Poder Público a proceder, em determinado prazo, à sua obrigatória implementação.

6. Remessa necessária e apelações providas. Ação civil pública julgada improcedente, o que, todavia, não significa devam os deficientes auditivos que já receberam os AASI por força de antecipação da tutela anteriormente deferida nos autos ser compelidos a devolvê-los, porque tal determinação, a par de inútil em termos de realocação de recursos, implicaria conferir eficácia negativa à norma do art. 196 da Constituição, o que não

se pode razoavelmente conceber. (TRF-2ª Região, AC nº 386313, DJU – Data: 02/07/2008 – Página: 119/120, Desembargador Federal MARCELO PEREIRA/no afast. Relator)

8. Conclusão

O Estado é responsável por suas condutas comissivas e omissivas que causarem dano a terceiros. Tal regra tem assento constitucional no art. 37, §6º, da CF/88.

Para que se configure a responsabilidade civil do Estado, é necessária a comprovação de três pressupostos básicos: o evento danoso, a qualidade de agente na prática do ato e o nexo causal entre eles, de forma que a ausência de qualquer desses elementos inibe a obrigação de indenizar.

O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade deve ser a Teoria do Dano Direto e Imediata, também denominada Teoria da Interrupção do Nexo Causal.

A responsabilidade do Estado pode ser excluída quando se verificar a ocorrência de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito externo e força maior.

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência brasileiras entendem que a responsabilidade civil do Estado por conduta comissiva é objetiva. No entanto, quanto à conduta omissiva, há várias correntes.

A jurisprudência também oscila na classificação, interpretando e aplicando a responsabilidade civil do Estado por ato omissivo, analisando caso a caso.

Bibliografia Consultada

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. Saraiva, 1992. 3º volume, Tomo II.

BRUNINI, Weida Zancaner. *Da Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1981.

CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade Civil do Estado. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2007.

CASTRO, Guilherme Couto. *A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1991.

DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais*. São Paulo: Ed. RT, 1994.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1995. vol. II.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O Controle Judicial das Omissões Administrativas*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1995. vol. V.

PINTO, Helena Elias. *Responsabilidade Civil do Estado por Omissão na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008.

SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade do Estado Intervencionista*. Rio de Janeiro: Ed. Saraiva, 1990.

SILVA, Carlos Mário Velloso da. *Temas de Direito Público*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1994.

SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem Culpa*. Rio de Janeiro: Ed. Saraiva, 1974.

STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*. São Paulo: Ed. RT, 1997.

THEODORO JR., Humberto. *Responsabilidade Civil Doutrina e Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1989.

ANEXO I JURISPRUDÊNCIA SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO

ACÓRDÃOS:

- 1) Detento morto: RE nº 372472, DJ 28-11-2003 PP-00033 EMENT VOL-02134-05 PP-00929 CARLOS VELLOSO, RESP – RECURSO ESPECIAL – nº 1095309 DJE DATA:01/06/2009 LUIZ FUX;
- 2) Latrocínio – fugitivo: RE nº 369820, DJ 20-04-2007 PP-00102 EMENT VOL-02272-03 PP-00480 RTJ VOL-00200-02 PP-00982 LEXSTF v. 29, nº 342, 2007, p. 268-298, CARLOS VELLOSO, REAGR 573595, DJe-152 DIVULG 14-08-2008 PUBLIC 15-08-2008 EMENT VOL-02328-07 PP-01418 EROS GRAU;
- 3) Dever fiscalizatório: Resp nº 1059562, DJE DATA: 09/03/2009 HERMAN BENJAMIN;
- 4) Buraco na estrada: Resp nº 958466, DJE DATA:15/10/2008 LEXSTJ VOL.: 00231 PG:00169 LUIZ FUX;
- 5) Segurador Universal: Resp nº 780500, DJ DATA: 26/09/2007 PG: 00205 ELIANA CALMON;
- 6) Culpa do Preposto: Resp nº 721439, DJ DATA:31/08/2007 PG: 00221 ELIANA CALMON;
- 7) Ônus Probandi: Resp nº 737797, DJ DATA: 28/08/2006 PG: 00226 LUIZ FUX;
- 8) Morte paciente hospital público: Resp nº 738833, DJ DATA: 28/08/2006 PG: 00227 LUIZ FUX;
- 9) Demora no fornecimento de medicamento – dano moral: Resp nº 684906, DJ DATA: 25/05/2006 PG:00161 FRANCISCO FALCÃO;
- 10) Erro médico: Resp 674586, DJ DATA: 02/05/2006 PG: 00253, LUIZ FUX;
- 11) Coroa Brastel: Resp nº 472735, DJ DATA: 25/08/2003 PG: 00264 LUIZ FUX;

- 12) Acidente de veículo: TRF-1ª Região, AC nº 2006.0100018960-9, DJ DATA: 07/12/2007 PÁGINA: 70 JUIZ FEDERAL CESAR AUGUSTO BEARSI (CONV.);
- 13) Acidente com arma: TRF-1ª Região, AC nº 2000.0100043916-8, DJ DATA: 10/05/2004 PÁGINA: 117 JUIZ FEDERAL MOACIR FERREIRA RAMOS (CONV.);
- 14) Falta de atendimento hospitalar: TRF-1ª Região, AC nº 2006.0100018960-9, DJ DATA: 07/12/2007 PÁGINA: 70 JUIZ FEDERAL CESAR AUGUSTO BEARSI (CONV.); TRF-2ª Região, AC 304216, DJU – Data: 20/04/2003 – Página: 330 Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND;
- 15) Fiscalização – BACEN: TRF-4ª Região, AC nº 199971000119167, DJ 04/09/2002 PÁGINA: 817 CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ
- 16) Explosão de granada em festividade: TRF-5ª Região, AC nº 323788, DJ – Data: 16/08/2007 – Página: 572 – Nº:158 Desembargador Federal José Baptista de Almeida Filho)
- 17) Bala perdida: RESP – RECURSO ESPECIAL – nº 1056605, DJE DATA: 25/03/2009 LUIZ FUX;
- 18) Afogamento piscina: TRF-1ª Região, AC – APELAÇÃO CÍVEL – nº 200434000267622, DJ DATA: 27/07/2006 PAGINA: 91;
- 19) Dengue: RESP – RECURSO ESPECIAL – nº 703471 DJ DATA: 21/11/2005 PG: 00195 RNDJ VOL.: 00075 PG:00060 RSTJ VOL.: 00201 PG: 00232 JOÃO OTÁVIO DE NORONHA;
- 20) Demora na prestação jurisdicional: STJ, HC – HABEAS CORPUS – nº 89884 DJE DATA: 09/03/2009 ARNALDO ESTEVES LIMA.

ANEXO II

PROJETO DE LEI QUE DISPÕE SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO, PROPOSTO PELO DEPUTADO FLÁVIO DINO, DO PCDOB/MA, APRESENTADO EM 24/06/2009 E REGISTRADO SOB O Nº PL-5480

PROJETO DE LEI Nº 5480, DE 2009

(DO SR. FLÁVIO DINO)

Dispõe sobre responsabilidade civil do Estado

O Congresso Nacional decreta:

CAPÍTULO I DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º. Esta Lei estabelece normas sobre a responsabilidade civil do Estado nos casos de danos a terceiros, oriundos de ações ou omissões, de falta do serviço ou de fatos do serviço, da obra ou da coisa, imputados às pessoas jurídicas de direito público, às de direito privado prestadoras de serviços públicos e aos respectivos agentes.

§1º – Os preceitos desta Lei se aplicam à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios, às respectivas autarquias e fundações públicas; às empresas públicas e às sociedades de economia mista e suas subsidiárias, prestadoras de serviços públicos; às concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços públicos e a todas as pessoas privadas que, sob qualquer título, prestem serviços públicos.

§2º – As concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços públicos e outras pessoas privadas que, sob qualquer título, prestem serviços públicos, regem-se pelos preceitos desta Lei, quando os fatos geradores da responsabilidade se relacionarem com os serviços públicos que desempenham.

§3º – As empresas públicas e sociedades de economia mista, e suas subsidiárias, que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, sujeitam-se ao regime próprio das empresas privadas, no tocante às obrigações decorrentes da responsabilidade civil.

§4º – Os preceitos desta Lei aplicam-se aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União e dos Estados e às Câmaras Municipais, quando no desempenho de função administrativa, observados os capítulos VIII e X desta Lei, bem como aos Tribunais e Conselhos de Contas e ao Ministério Público, como previsto nos capítulos IX e XI.

§5º – As normas desta Lei estendem-se aos atos praticados pelas Comissões Parlamentares de Inquérito, no que couber.

§6º – Aplicam-se, também, os preceitos desta Lei às atividades notariais e de registro, casos em que a responsabilidade é solidária entre o Poder Público e os delegados desses serviços.

Art. 2º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o causador do dano, nos casos de dolo ou culpa.

Art. 3º. Para os fins desta Lei considera-se:

I – ação – a atuação mediante atos jurídicos, medidas e operações materiais;
II – omissão – a inércia, a falta ou insuficiência de atos jurídicos, de medidas ou de operações materiais, a ausência de atuação adequada em situação de risco, o descumprimento de dever imposto pelo ordenamento jurídico;

III – falta do serviço – o não funcionamento ou o funcionamento insuficiente, inadequado, tardio ou lento;

IV – fato da coisa – evento em que o dano ocorre por falha ou defeito em equipamentos, máquinas, objetos ou bens em geral, pertencentes ou sob os cuidados das pessoas jurídicas responsáveis; ou pela existência de uma situação de risco, sem a necessidade de identificação do causador do dano;

V – fato do serviço – todo evento, objetivamente lesivo e para cuja caracterização se exige, tão somente, o nexo de causalidade com o dano;

VI – fato da obra – quaisquer fatos ou faltas referenciados à obra ou serviço, sob regime de execução direta ou indireta;

VII – agente – quem atua para as pessoas jurídicas públicas e para as pessoas privadas prestadoras de serviço público, a qualquer título, mesmo sem vínculo funcional ou de modo temporário ou eventual;

VIII – serviço público – toda atividade pública, executada diretamente ou mediante concessão, permissão, autorização, ou a outro título.

CAPÍTULO II DOS PRESSUPOSTOS ESSENCIAIS DA RESPONSABILIDADE

Art. 4º. A responsabilização civil das pessoas jurídicas públicas ou das pessoas jurídicas privadas prestadoras de serviços públicos exige os seguintes pressupostos:

- I – existência do dano e do nexo causal;
- II – estar o agente no exercício efetivo ou aparente de suas funções ou delas prevalecer-se, embora fora do horário de trabalho;
- III – ausência de causa excludente de responsabilidade, na forma do Capítulo V desta Lei.

CAPÍTULO III DO DANO

Art. 5º – O dano há de ser real e certo, com decorrências imediatas ou supervenientes.

§1º – O dano poderá ter consequências individualizadas, coletivas ou difusas.

§2º – Na caracterização da responsabilidade admitem-se as consequências diretas do dano em relação à vítima, assim como ao cônjuge, companheiro, pais, filhos ou dependentes.

CAPÍTULO IV DO NEXO DE CAUSALIDADE

Art. 6º. Para configurar-se a responsabilidade deve ficar comprovada a existência de vínculo entre o dano e a ação ou omissão ou falta do serviço, e fatos do serviço, da obra ou da coisa.

CAPÍTULO V DAS CAUSAS EXCLUDENTES OU LIMITATIVAS

Art. 7º. São causas excludentes da responsabilidade a força maior, o caso fortuito, o fato de terceiro e a culpa exclusiva da vítima.

Parágrafo único – Se as ações ou omissões da pessoa jurídica, as faltas de serviço ou os fatos do serviço, da obra e da coisa, concorrerem com a força maior,

do caso fortuito ou do fato de terceiro, bem como na hipótese de culpa da vítima, haverá responsabilidade proporcional.

Art. 8º. Se o dano for provocado por uma pluralidade de causas, todas deverão ser proporcionalmente consideradas na determinação do valor do ressarcimento.

CAPÍTULO VI DO DIREITO DE REGRESSO

Art. 9º. A responsabilização dos agentes será, em qualquer caso, efetivada regressivamente.

§1º – Identificado o agente causador do dano, e apurado seu dolo ou culpa, impõe-se o ajuizamento da ação de regresso.

§2º – A obrigação de reparar o dano estende-se aos sucessores e contra eles será executada, até o limite do valor da herança recebida.

Art. 10. Nos casos de condenação, transitada em julgado, de pessoa jurídica pública, ao ressarcimento de danos, o fato deverá ser comunicado ao Advogado Geral, ou Procurador Geral ou autoridade equivalente, no prazo de 15 (quinze) dias, pelo órgão encarregado de oficiar no feito, sob pena de responsabilidade.

§1º – Recebida a comunicação, o Advogado Geral, o Procurador Geral da União, os Procuradores Regionais da União, os Procuradores Chefes da União nos Estados, o Procurador Geral do Estado, o Procurador Geral do Município ou autoridades equivalentes determinarão as providências necessárias para o exercício do direito de regresso.

§2º – As autoridades arroladas neste artigo poderão determinar, de ofício, a instauração de processo administrativo para identificar o agente causador do dano e apurar seu dolo ou culpa, ainda que não iniciada ou não encerrada a ação judicial intentada pela vítima ou demais legitimados e nos casos de processo administrativo de reparação de dano.

§3º – A identificação do agente causador do dano e a apuração de seu dolo ou culpa serão efetuadas mediante processo administrativo.

Art. 11 – Identificada a ocorrência do dolo ou culpa na conduta do agente, este será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, recolher aos cofres públicos o valor total da indenização paga pelo poder estatal, atualizado monetariamente.

§1º – Vencido o prazo fixado no *caput*, sem o pagamento, será proposta, no prazo de 30 (trinta) dias, a respectiva ação judicial regressiva.

§2º – O agente poderá autorizar o desconto mensal em folha de pagamento, de parcela da remuneração recebida, para pagamento do débito com o erário, respeitados os limites fixados na legislação.

§3º – A exoneração, demissão, dispensa, rescisão contratual, cassação de aposentadoria ou qualquer outra situação que impeça o desconto, obrigará o agente a quitar o débito em 60 (sessenta) dias, sob pena de inscrição em dívida ativa.

Art. 12. As pessoas privadas, prestadoras de serviços públicos, adotarão os procedimentos previstos nos artigos. 10 e 11, no que couber.

Art. 13. A condenação criminal do agente, transitada em julgado, pelo mesmo fato causador do dano reparado, acarreta sua obrigação de ressarcir, não se questionando mais sobre a existência do fato, a autoria, o dolo ou a culpa.

Parágrafo único – Aplica-se à responsabilidade civil do Estado o disposto nos artigos 63 e 64, e parágrafo único, do Código de Processo Penal, observado o prescrito no art. 9º desta Lei.

Art. 14. A absolvição criminal do agente, transitada em julgado, pelo mesmo fato causador do dano, que negue a inexistência do fato ou da autoria, afasta o exercício do direito de regresso.

§1º – A sentença criminal, transitada em julgado, que declare ter sido o ato do agente praticado em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito, também exclui o exercício do direito de regresso.

§2º – Não será excluído o direito de regresso contra o agente, quando a decisão, no juízo penal:

- I – ordenar o arquivamento do inquérito ou de peças de informação, por insuficiência de prova quanto à existência da infração penal ou sua autoria;
- II – absolver o réu por não haver prova da existência do fato;
- III – absolver o réu por não existir prova suficiente para a condenação;
- IV – declarar extinta a punibilidade;
- V – declarar que o fato imputado não é definido como infração penal.

CAPÍTULO VII DO RESSARCIMENTO ADMINISTRATIVO DO DANO

Art. 15. Sem prejuízo da propositura da ação própria junto ao Poder Judiciário, a vítima e outros legitimados poderão pleitear administrativamente, das pessoas jurídicas responsáveis, a reparação dos danos, observadas as seguintes normas:

I – o requerimento será protocolado junto aos órgãos arrolados no inciso IV deste artigo;

II – a partir da data do protocolo do requerimento, fica suspenso o prazo de prescrição da ação de reparação de danos, até decisão final;

III – o requerimento conterá o nome, a qualificação, o domicílio e o endereço do requerente, os fundamentos de fato e de direito do pedido, as provas e o valor da indenização pretendida;

IV – a decisão do requerimento caberá a uma comissão, que funcionará junto à Advocacia Geral da União, às Procuradorias Gerais dos Estados, às Procuradorias Gerais dos Municípios ou órgãos equivalentes, com recurso ao respectivo titular do órgão, no prazo de 10 (dez) dias, contado da ciência pelo interessado;

V – concordando, o requerente, com o valor da indenização, o pagamento será efetuado em ordem própria, no primeiro semestre do exercício seguinte.

CAPÍTULO VIII DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATOS LEGISLATIVOS

Art. 16. O Estado responderá por danos causados pela incidência ou aplicação de dispositivo cuja inconstitucionalidade for declarada pelo Poder Judiciário.

CAPÍTULO IX DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS OU CONSELHOS DE CONTAS

Art. 17. Pelos danos consequentes ao exercício, pelos Tribunais e Conselhos de Contas, de sua competência constitucional de controle externo, o Estado é civilmente responsável, quando o Ministro ou Conselheiro agir com dolo ou fraude, assegurado o direito de regresso.

Parágrafo único – Se se tratar de exercício de função administrativa, à responsabilidade civil do Estado, pela atuação dos Tribunais e Conselhos de Contas, aplicar-se-á o regime geral previsto nesta Lei.

CAPÍTULO X DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO QUANTO AO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL

Art. 18. O Estado indenizará o condenado por erro judiciário e aquele que ficar preso além do tempo fixado na sentença.

Parágrafo único. A indenização não será devida se o erro ou a injustiça da condenação decorrer de ato ou falta imputável ao próprio interessado, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder.

Art. 19. O Estado responde pelos danos causados por dolo ou fraude do julgador, sem prejuízo do direito de regresso.

Parágrafo único. Enquanto não se esgotarem previamente os recursos previstos no ordenamento processual, descabe a caracterização de dano oriundo da função jurisdicional.

CAPÍTULO XI DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO EM DECORRÊNCIA DO EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES INSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Art. 20. As disposições desta Lei aplicam-se aos órgãos do Ministério Público, quando no desempenho de função administrativa.

Art. 21. Sem prejuízo do direito de regresso, responde o Estado pelos danos decorrentes do exercício, pelo Ministério Público, de suas funções institucionais, quando os seus membros procederem com dolo ou fraude, ou fizerem uso indevido das informações e documentos que obtiverem, inclusive nas hipóteses legais de sigilo.

CAPÍTULO XII DA PRESCRIÇÃO

Art. 22. Prescreve em cinco anos a ação de responsabilidade civil do Estado, nos termos desta Lei.

§1º – O termo inicial do prazo prescricional é a data em que se configurar a lesão ou aquela em que o legitimado para agir tiver conhecimento de quem seja o responsável, prevalecendo o fato que ocorrer por último.

§2º – Proposta ação penal em face do agente, interrompe-se o prazo de prescrição.

CAPÍTULO XIII DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 23. Os casos específicos de responsabilidade civil do Estado continuarão a reger-se pela legislação própria, aplicando-se subsidiariamente os preceitos desta Lei.

Art. 24. Os débitos correspondentes a indenizações decorrentes de decisões da responsabilização civil do Estado têm natureza alimentar e de dívida de valor.

§1º – A sentença que fixar a indenização terá caráter mandamental no tocante à obtenção de recursos necessários à produção de capital correspondente aos débitos vencidos ou ao início do pagamento mensal destes, inclusive em consignação na folha de pagamento do devedor, tendo o prazo de 30 (trinta) dias para seu cumprimento.

§2º – Em se tratando de execução da Fazenda Pública, os precatórios correspondentes ao pagamento dos débitos serão pagos na ordem daqueles referentes aos débitos de natureza alimentar.

§3º – Para os fins do §3º do artigo 100 da Constituição Federal, são tidos como de pequeno valor os débitos vencidos relativos às indenizações por responsabilidade civil do Estado de até 100 (cem) salários mínimos, por autor.

§4º – No caso do parágrafo anterior, cada exequente poderá optar pelo pagamento, no prazo fixado pelo §1º deste artigo, sem necessidade de expedição de precatório.

§5º – A opção de que trata o parágrafo anterior importa a renúncia do eventual restante de créditos porventura existentes em virtude do mesmo processo, implicando o pagamento, na forma prevista no referido parágrafo, em quitação total dos respectivos valores, determinando a extinção do processo.

§6º – Os recursos interpostos e os embargos opostos pelo devedor serão recebidos sem efeito suspensivo.

§7º – Poderá ser atribuído efeito suspensivo nos casos em que o valor dos débitos seja superior ao fixado no §3º, desde que haja fundado receito de dano

irreparável ou de difícil reparação ou fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§8º – Às ações de responsabilização civil intentadas contra a União aplica-se o disposto no art. 109, §2º, da Constituição Federal, e aquelas ajuizadas contra as demais pessoas enumeradas no art. 1º desta Lei poderão ser aforadas na comarca em que for domiciliado o autor; naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que originou a demanda, ou, ainda conforme o réu, na Capital do Estado, no Distrito Federal, na sede do Município ou das autarquias e das pessoas privadas prestadoras de serviços públicos.

Art. 25. Aplica-se a responsabilidade solidária entre o Estado e os diferentes co-responsáveis, nas hipóteses de pluralidade de causas e de fato da obra.

Art. 26. Não prevalecem limites legais de indenização para a responsabilidade civil do Estado.

Art. 27. É facultativa a denúncia da lide nas ações de que trata esta Lei.

Art. 28. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

A presente proposição é fruto de uma Comissão instituída no âmbito do Ministério da Justiça e da Advocacia Geral da União, no ano de 2002, sob a presidência do ilustre jurista Caio Tácito. Trata-se de tema de mais alta relevância: como os cidadãos podem obter, com celeridade, reparações em face de danos causados pelos agentes estatais. A jurisprudência brasileira vem consolidando diretrizes acerca das principais controvérsias que cercam a temática, mas isso não dispensa, ao contrário exige, a emissão pelo Poder Legislativo de um marco normativo claro e seguro para reger a relação entre o Estado e os administrados. A apresentação desta proposição me foi sugerida pelo eminente Ministro Gilmar Mendes, digno Presidente do Supremo Tribunal Federal. Para ser fiel aos trabalhos da Comissão, optei por não alterá-lo e deixar ao processo legislativo alguns aperfeiçoamentos que certamente advirão da colaboração dos nobres parlamentares. Do mesmo modo, como Justificação, transcrevo o expediente encaminhado pelos membros da Comissão, ao término dos trabalhos. Cuida-se de registro histórico e de justa homenagem aos juristas que se dedicaram ao assunto com espírito cívico e elevada qualidade técnica.

Rio de Janeiro, 15 de agosto de 2002.

Excelentíssimo Senhor

DR. JOSÉ BONIFÁCIO DE ANDRADE E SILVA

M. D. Advogado Geral da União

Na qualidade de presidente da Comissão constituída pela Portaria Conjunta nº 8, de 22-02-02, subscrita por Vossa Excelência e o Senhor Ministro da Justiça, incumbida da realização de estudos sobre o tema da responsabilidade civil do Estado

e da elaboração de anteprojeto de lei a respeito, tenho a honra de apresentar a Vossa Excelência o produto de nosso trabalho. O anteprojeto ora apresentado pretende configurar um marco no Direito Pátrio pela ordenação que oferece, propiciando conhecimento imediato do assunto a toda a sociedade, aos agentes públicos e aos advogados. A necessidade de conferir tratamento sistematizado à responsabilidade civil do Estado inspirou a criação da Comissão, sob nossa presidência e integrada pelos especialistas, Odete Medauar, Carlos Alberto Menezes Direito, Sérgio de Andréa Ferreira, Ivete Lund Viegas, João Francisco Aguiar Drumond, Thereza Helena de Miranda Lima e Yussef Cahali. Desenvolvida em sucessivas reuniões e mediante pesquisa legislativa, doutrinária e jurisprudencial, relativamente ao Direito Nacional e Comparado, a atividade da Comissão, com base nas primeiras definições do plenário, consolidou-se em texto elaborado pela Professora Odete Medauar escolhida por seus pares, para as funções de Relatora. Esclareça-se que o professor Yussef Cahali não pôde participar dos trabalhos e a Doutora Thereza Helena de Miranda Lima somente pôde comparecer à reunião inicial, ambos por motivos pessoais.

A Comissão adotou a orientação de formular a proposta de um anteprojeto de lei que contempla o regime geral sobre a responsabilidade civil do Estado, objetivando sistematizar o assunto e consolidar os tópicos doutrinária e jurisprudencialmente assentes, bem como aduzindo elementos conducentes à solução justa e à efetividade da responsabilização. Nesta moldura, mantém-se a legislação que dispõe sobre os casos específicos sem prejuízo da aplicação subsidiária da lei geral (art. 23), excluindo-se, apenas, as limitações impostas, *ope legis*, ao valor indenizatório (art. 26).

Submisso ao preceito do §6º do art. 37 da Constituição Federal, o Anteprojeto o reproduz em seu art. 2º, adotando a responsabilidade por causas específicas, bem como pelo fato do serviço, para cuja caracterização se exige tão somente, o nexo de causalidade entre o evento e o dano (arts. 7º nº V, 4º nº 1 e 6º). Entendeu-se pertinente que se enumerassem (art. 1º) e definissem (art. 2º, I a VI) especificidades, como o fato da coisa e da obra; e se realçasse a hipótese de falta do serviço, configurada pelo não funcionamento deste ou por sua insuficiência, inadequação, tardança ou lentidão, explicitando-se, ademais, que a responsabilidade abrange ações e omissões especialmente definidas. Por outro lado, na esteira do entendimento da doutrina e da Justiça a que aderiu a Comissão, o anteprojeto não faz distinção entre responsabilidade por ilícito absoluto e por ilícito relativo.

Trata, também, o anteprojeto, das causas excludentes ou limitativas da responsabilidade: excludentes nos casos de ruptura da cadeia causal imputável ao Estado; e limitativas nos de concorrência com ela daquelas causas (Capítulo V). Explicitou-se, ainda, que, em todas as hipóteses de pluralidade de causas, haverá proporcionalidade na responsabilização e, conseqüentemente, no valor do ressarcimento; e solidariedade entre os corresponsáveis (arts. 7º, p. único, 8º e 25). Fiel à moldura constitucional, o documento engloba, na locução “responsabilidade civil do Estado”, a das pessoas político-federativas; das pessoas administrativas, públicas e privadas; e a das pessoas do setor privado que, a qualquer título, prestem serviços públicos (art. 1º, §1º).

No tocante às empresas públicas e às sociedades de economia mista e respectivas subsidiárias, excluíram-se, do elenco de destinatárias das regras projetadas (art. 1º, §3º), aquelas a que se dirige o §1º, do art. 173 da CF, cujo inciso II as submete ao regime jurídico próprio das empresas privadas no concernente às obrigações civis.

Quanto às pessoas privadas (físicas e jurídicas), sua responsabilização, nos moldes do anteprojeto, se dá no pertinente aos fatos relacionados com os serviços públicos de que sejam prestadoras (art. 1º, §2º). Dá-se, por sua vez, ao conceito de serviço público (art. 3º, VIII) abrangência que engloba toda atividade pública, seja ela desenvolvida por execução direta ou indireta e a qualquer título. Cuidado especial foi dispensado à incidência, das normas propostas, sobre a atuação dos Poderes Legislativo e Judiciário; dos Tribunais e Conselhos de Contas e do Ministério Público (arts. 1º, §§ 4º e 5º, e Capítulos VII a XI), distinguindo-se entre a respectiva atividade administrativa, à qual o regime geral do anteprojeto se aplica por inteiro, e a respectiva função institucional, a que foram dedicados dispositivos específicos, com as quais buscou-se preservar a autonomia em seu exercício.

Preceitos próprios foram dedicados à atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito (art. 1º, §6º) e aos serviços notoriais e de registro (§7º).

Do agente, a que se deu caracterização compreensiva, e de sua responsabilização, cuidam várias disposições (arts. 1º, 2º, VII; 4º, II; e arts. 17, 19 e parágrafo único, e 21), com pormenorização do exercício de regresso da pessoa responsabilizada, em face do culpado (Capítulo VI).

Tema intensamente debatido no seio da Comissão foi o da pertinência ou não da denunciação da lide nos processos judiciais de responsabilização civil do Estado, tendo prevalecido a solução, jurisprudencialmente prestigiada, da sua facultatividade (art. 27).

O anteprojeto oferece, como aspecto de particular relevo, o da agilização no pagamento das indenizações, com o que se atende ao princípio da moralidade pública.

Para tanto, institucionalizou-se procedimento administrativo para, de forma célere, e visando a contribuir para a desobstrução da instância judiciária, poderem obter, vítima e demais legitimados, a reparação do dano no âmbito extrajudicial (Capítulo VII).

Outrossim, o art. 25 e seus parágrafos do anteprojeto valem-se de mecanismos processuais, objetivando ensejar a real efetividade das condições judiciais, no caso de responsabilização civil do Estado. Expressando o caráter alimentar e de dívida de valor dos débitos das indenizações – com todas as correspondentes consequências – o texto projetado explicita a mandamentalidade da sentença que as fixa, no tocante às prestações vincendas; dinamiza os procedimentos de precatórios para a execução da porção condenatória da decisão, referente às prestações vencidas, e os dispensa, nos casos de pagamento de até cem salários mínimos por autor. Facilita a execução provisória, afastando a suspensividade de recursos e embargos e propicia alternativas benéficas para o autor, no tocante ao foro competente para o ajuizamento da demanda de responsabilização civil.

Estes, em linhas gerais, os principais aspectos do anteprojeto que ora submeto a Vossa Excelência, em nome da Comissão, permitindo-se salientar que foi adotado o modelo de um diploma sóbrio, que atendendo à essencialidade dos pontos fundamentais na matéria, não inviabilize sua evolução, mercê da imprescindível contribuição doutrinária e jurisprudencial (art. 24, §8º).

Na expectativa de ter a Comissão cumprido, a contento, a superior missão que lhe foi confiada, apresento a Vossa Excelência os protestos de alta consideração e apreço, CAIO TÁCITO, Presidente da Comissão. É esta a proposição que ofereço à Câmara dos Deputados, solicitando o apoio dos eminentes pares.

Em 24 de junho de 2009.

DEP. FLÁVIO DINO
PCdoB/MA

Plano Diretor Municipal: Elaboração e Alteração do Instrumento Básico da Política Urbana

Gláucia Rodrigues T. de Oliveira Mello*

Sumário

1. Introdução. 2. Da Natureza Jurídica do Plano Diretor. 3. Do *Status* Normativo do Plano Diretor Municipal. 4. Do Princípio do Tecnicismo e da Necessidade de Elaboração de Estudos e Diagnósticos. 5. Da Iniciativa Legislativa para o Projeto de Alteração do Plano Diretor Municipal. 6. Da Imprescindível Participação Popular e Acompanhamento pelo Ministério Público. 7. Da (Im)Possibilidade de Emendas Parlamentares ao Projeto de Lei de Alteração do Plano Diretor. 8. Conclusão. Referências.

Resumo

O artigo tem o objetivo de trazer o *iter* procedimental de elaboração e da alteração de um plano diretor municipal. Para tanto, serão abordados aspectos acerca da natureza jurídica do plano diretor, iniciativa, controvérsias que circundam a sua edição, bem como analisados os princípios que pautam a sua edição.

Palavras-chave: Plano Diretor. Processo legislativo. Edição. Alteração.

1. Introdução

O presente artigo tem o objetivo de traçar linhas gerais acerca do processo de elaboração e alteração do plano diretor municipal. Sem a pretensão de exaurir o tema, a abordagem perpassará aspectos tais como a natureza jurídica do plano diretor, vieses formais e materiais do processo legislativo, bem como o papel do Ministério Público em tais procedimentos.

Com efeito, a participação do Ministério Público em tal senda ganha especial relevância não só em razão da natureza do tema, de inegável cunho social e democrático, mas também por força da novel Lei nº 13.089/15 – Estatuto da Metrópole, a qual erige o *acompanhamento* pelo Ministério Público a um dos requisitos do processo de elaboração do plano de desenvolvimento urbano integrado.

A despeito de a previsão referir-se à elaboração, como dito, do PDUI – e não do Plano Diretor –, sustentar-se-á a possibilidade de aplicação analógica do

* Pós-Graduada em Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

dispositivo ao processo de elaboração do plano diretor municipal, de modo a permitir o acompanhamento pelo *Parquet* desde a origem da confecção do projeto, evitando, com isso, que sejam aprovados planos inconsistentes e dissociados da realidade e da boa técnica.

2. Da Natureza Jurídica do Plano Diretor

O Plano Diretor, instrumento de planejamento da política urbana municipal, encontra previsão no art. 182, §1º, da Constituição, o qual estabelece a necessidade de elaboração de uma *política de desenvolvimento urbano*, a ser executada pelo poder público municipal:

Art. 182 A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

O Plano Diretor é considerado o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana, sendo considerado obrigatório pela Constituição para os Municípios com mais de 20 mil habitantes. Além disso, o art. 41 do Estatuto da Cidade estabelece a obrigatoriedade do plano diretor também para cidades integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas; onde o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no art. 182, §4º, da Constituição Federal; integrantes de áreas de especial interesse turístico; inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional e também para as cidades incluídas no cadastro nacional de Municípios com áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos.

De acordo com José dos Santos Carvalho Filho, podemos conceituar o plano diretor como “o instrumento fundamental de política urbana pelo qual o Município traça as diretrizes e os objetivos relacionados ao desenvolvimento social e à expansão urbana”¹.

Com efeito, controverte a doutrina acerca da natureza jurídica do Plano Diretor. A despeito de o Plano ser veiculado por meio de lei municipal, há acesa discussão na doutrina sobre a sua real natureza.

¹ *Comentários ao Estatuto da Cidade*. p.270.

Há aqueles que enxergam o plano diretor como *instituto jurídico autônomo* do direito urbanístico, que não se enquadraria nas noções tradicionais do direito constitucional e administrativo. Argumenta-se que a Constituição se limita a estabelecer que o Plano Diretor deverá ser aprovado pela Câmara Municipal, mas sem estabelecer o ato por meio do qual deveria dar-se tal aprovação. É o entendimento de Victor Carvalho Pinto:

A caracterização dos planos urbanísticos como uma modalidade própria de ato jurídico é defendida por Forsthoff. Para este autor, o plano não é lei, uma vez que não é abstrato, mas extremamente concreto, e não é ato administrativo, porque não regula a situação do indivíduo, mas impõe uma ordem que ultrapassa o quadro dos interesses individuais. (...) *A Constituição não define o instrumento jurídico formal pelo qual a Câmara Municipal aprova o plano diretor. Ela limita-se a estabelecer sua "aprovação" pelo Legislativo local. A rigor, o plano diretor não poderia ser considerado uma lei. A simples aprovação do legislativo não é suficiente para transformar em lei um projeto. A lei não decorre da vontade exclusiva do legislativo, mas da conjugação desta com a do Executivo, por meio da sanção. A constituição autoriza, portanto, a interpretação de que se trata de uma figura jurídica nova, por ela própria criada. Se o constituinte quisesse fazê-lo, teria simplesmente dito que a função social da propriedade é definida por lei municipal. (Direito Urbanístico – plano diretor e direito de propriedade. PINTO, Victor Carvalho. Ed. RT, 2014. p.207-210.)*

O raciocínio é pertinente, mas não prospera. Com efeito, o autor embasa seu fundamento na redação literal do §1º do art. 182, da Constituição, o qual textualmente estabelece que “o plano diretor, *aprovado pela Câmara Municipal*, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.”

Todavia, é de bom alvitre rememorar que a interpretação dos parágrafos não pode ser completamente dissociada da cabeça do dispositivo. Com isso em mente, é certo que o *caput* do art. 182 da Constituição estabelece que “a *política de desenvolvimento urbano*, executada pelo Poder Público municipal, *conforme diretrizes gerais fixadas em lei*, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”.

Ora, se o plano diretor é o *instrumento básico da política de desenvolvimento urbano* (art. 182, §1º) e se é certo que a *política de desenvolvimento urbano* deve ser executada conforme as *diretrizes gerais fixadas em lei* (art. 182, *caput*), outra não é a conclusão senão aquela no sentido de que o Plano Diretor consiste exatamente nessa *lei* que agasalha as tais diretrizes gerais do planejamento urbano².

² No mesmo sentido, José dos Santos Carvalho Filho: “Conclui-se, por conseguinte, ser possível atribuir ao plano diretor a natureza de instrumento legal básico de política urbana.” (*Comentários ao Estatuto da*

Sepultando a controvérsia, em consonância com o aqui defendido, o art. 40 do Estatuto da Cidade³ definiu que o plano diretor será aprovado *por meio de lei municipal*.

Hely Lopes Meirelles também se manifesta dessa forma, concluindo que o plano diretor “[...] é o instrumento técnico-legal definidor dos objetivos de cada municipalidade, e por isso mesmo com supremacia sobre os outros, para orientar toda atividade da Administração e dos administrados nas realizações públicas e particulares que interessem ou afetem a coletividade.” (*Direito Municipal Brasileiro*. p.550.)

Sustentando a natureza de *lei* do Plano Diretor, José Afonso da Silva defende tratar-se o diploma de uma lei em sentido *formal e material*, porquanto conformador, transformador e inovador no mundo jurídico:

A lei, no caso, não constitui simples ato de aprovação de proposições técnicas e administrativas. Configura um articulado que revela as diretrizes normativas do plano e dá eficácia jurídica às regras concretas que ele contém. Por isso, a nosso ver, o plano passa a integrar o conteúdo da lei, formando, assim, com esta, uma unidade legislativa. Em sentido formal, portanto, os planos urbanísticos no Brasil têm natureza de lei, e também o têm no sentido material, pois, como já vimos, são conformadores, transformadores e inovadores da situação existente, integrando o ordenamento jurídico que modificam, embora neles se encontrem também regras concretas de natureza administrativa, especialmente quando sejam de eficácia e aplicabilidade imediatas e executivas. (*Op. cit.* p.96)

Seja como for, na linha do já mencionado, o fato é que o art. 40 do Estatuto da Cidade estabelece que Plano Diretor *deverá* ser aprovado *por meio de lei municipal*, o que nos leva a concluir que necessariamente haverá de ser editada uma *lei formal* para que se aprove ou altere o Plano Diretor.

3. Do Status Normativo do Plano Diretor Municipal

Registre-se que não há na Constituição Federal qualquer dispositivo que imponha reserva de lei complementar para tratar de matéria urbanística ou do Plano Diretor. Em virtude disso, controverte a doutrina acerca da possibilidade de os Municípios estabelecerem, em suas leis orgânicas, procedimento mais dificultoso para a aprovação de tais diplomas normativos.

Cidade. Ed. Lumen Juris. 2009. p.270) É também o entendimento de Toshio Mukai: “Ponto fundamental quanto à elaboração e aprovação do plano diretor está em sua tramitação legislativa, pois já era da doutrina que o plano diretor deveria ser aprovado por lei e agora a Constituição de 1988 previu expressamente essa obrigatoriedade (art. 182, *caput*).” (MUKAI, Toshio. *O Estatuto da Cidade - Anotações à Lei nº 10.257, de 10-7-2001*. Ed. Saraiva, 2008.)

³ Art. 40. O plano diretor, *aprovado por lei municipal*, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.

Digno de nota é o entendimento doutrinário no sentido de que a Lei Orgânica Municipal não poderia prever tal reserva qualificada para a instituição de planos urbanísticos ante a impossibilidade de se dificultar, demasiadamente, a dinâmica do ordenamento da cidade.

Neste sentido, é o escólio do insigne José dos Santos Carvalho Filho:

Com a devida vênia, parece-nos que a Lei Orgânica não poderia fixar esse quórum especial para aprovação da lei. Há mais de uma razão para nosso pensamento. Primeiramente, o plano é aprovado por lei ordinária, espécie normativa para a qual o quórum já está fixado na Constituição (art. 47). Ademais, a despeito da relevância da matéria urbanística, nenhuma reserva existe no sentido de que seja disciplinada por espécie normativa diversa da lei ordinária, ou por quórum de presença e de aprovação diverso do estabelecido pela Constituição. Por último, não é sem propósito destacar que o processo urbanístico é dinâmico, sendo incabível engessar a legislação e deixá-la inflexível diante de mudanças necessárias nas regras de política urbana. (*Comentários ao Estatuto da Cidade*. Ed. Lumen Juris, 2009. p.278.)

Em sentido diametralmente oposto, Hely Lopes Meirelles argumenta que, em virtude da importância desta lei, razoável seria o estabelecimento de quórum qualificado para a sua aprovação. Segundo o autor, *os municípios podem estabelecer em sua legislação quórum qualificado para a aprovação ou modificação da lei do plano diretor, infundindo, assim, maior segurança e perenidade a essa legislação*.⁴

Em verdade, a questão reside em saber se há ou não necessidade de observar o princípio da *simetria* no que toca ao quórum de aprovação da legislação urbanística. Deveras, a Constituição da República em nenhum momento estabelece a reserva qualificada de lei complementar para tratar do tema. Ao contrário, o art. 182, *caput*, da Constituição faz menção apenas à necessidade de *lei*, o que nos conduz à ideia de que seria bastante a edição de lei ordinária, sendo certo que as reservas de lei complementar devem vir sempre expressas no texto constitucional.

Diante disso, indaga-se: o quórum de maioria simples seria ou não vinculativo aos entes políticos menores, ante o que propugna o princípio da simetria? A questão é polêmica, porquanto uma adoção cega e automática dos padrões consagrados na Carta da República representa uma inegável – e despropositada – limitação à autonomia federativa dos entes menores.

O princípio da simetria foi consagrado inicialmente no art. 13, III, da Constituição de 1967 e determinava que o poder constituinte derivado decorrente observasse as

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. Ed. Malheiros. p.552.

normas sobre processo legislativo previstas na Constituição Federal. A despeito de a Constituição de 1988 não reproduzir norma de igual quilate, o Supremo Tribunal Federal em diversos precedentes tem invocado o princípio da simetria para invalidar normas de Constituições estaduais que não observam os padrões federais.

A postura castrativa do STF é criticada por parcela da doutrina, que argumenta no sentido de que deveria haver uma maior liberdade de conformação pelos entes políticos dotados de autonomia federativa. É o pensamento, por exemplo, de Daniel Sarmento e Cláudio Brandão Pereira:

A exigência geral de simetria não se compatibiliza com o federalismo, que é um sistema que visa a promover o pluralismo nas formas de organização política. A regra geral não pode ser a exigência de reprodução dos modelos e arranjos previstos para a União, eis que incompatível com a autonomia dos entes federais, que envolve a sua prerrogativa de auto-organização. Adotar a simetria como regra geral é negar uma das mais importantes dimensões do federalismo, que envolve a ideia de “diversidade na unidade”. A regra geral deve ser a liberdade para que cada ente faça as suas escolhas institucionais, as quais, mesmo sem a exigência de simetria, já se encontram bastante limitadas por outras normas constitucionais que restringem o poder constituinte decorrente, como acima salientado. (*Direito Constitucional*. Ed. Fórum, 2012. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de.)

Alinho-me ao entendimento que propugna uma maior liberdade de conformação aos entes políticos menores, tendo em vista a autonomia federativa de que gozam. Dessarte, parece-me que o *princípio da simetria* deva ser invocado tão somente no que concerne às regras da Constituição Federal que alberguem cláusulas afetas ao núcleo essencial do princípio da *separação dos poderes*.

Com isso em mente, parece-me que a estipulação na Lei Orgânica Municipal de um quórum qualificado de aprovação para a legislação urbanística em nada macularia o *núcleo essencial* do referido princípio. Dessa forma, mal não haverá se a Lei Orgânica Municipal estabelecer que a aprovação do Plano Diretor deve ser feita por lei complementar.

Todavia, em não havendo reserva de lei complementar estabelecida na Lei Orgânica, o Plano Diretor poderá ser editado por lei ordinária. Consequentemente, não haveria óbice, em tese, a que o Plano Diretor eventualmente instituído por lei complementar venha a ser alterado até mesmo por uma lei ordinária.

Isso porque, na linha da jurisprudência do Supremo, não existe hierarquia entre leis complementares e leis ordinárias, mas apenas reservas materiais de lei complementar. Dessa forma, quando não houver na Constituição uma reserva material de lei complementar, eventual lei complementar aprovada sobre o tema será apenas

formalmente complementar, o que significa dizer que poderá ser posteriormente alterada por lei ordinária. Neste sentido, ADI nº 4.071-AgR, Rel. Min. Menezes Direito, julgamento em 22-4-2009, Plenário, DJE de 16-10-2009.

4. Do Princípio do Tecnicismo e da Necessidade de Elaboração de Estudos e Diagnósticos

Outra especificidade inerente ao plano diretor é o fato de compor-se por dados e informações de índole eminentemente técnica, dele fazendo parte, inclusive, mapas, gráficos ou tabelas numéricas. Esta particularidade revela a impropriedade do processo legislativo tradicional para a edição do plano diretor. Com efeito, vigora a ideia de que o planejamento urbanístico resulta de estudos técnicos, que devem ser elaborados por profissionais habilitados, a fim de que as medidas propostas guardem coerência com o diagnóstico realizado e com os resultados pretendidos⁵.

Em virtude das peculiaridades inerentes ao plano diretor, o processo de elaboração ostenta também aspectos distintivos. O plano diretor agasalha o planejamento urbano de médio e longo prazo do município e, como tal, trata-se de um processo decisório complexo, que envolve fases de coleta de dados, elaboração de diagnósticos, possíveis ações e comparação entre alternativas possíveis, monitoramento de execução etc.

A formulação do plano diretor é uma tarefa eminentemente complexa, multifacetada e pluridisciplinar, podendo-se falar da existência, inclusive, do *princípio do tecnicismo*. Acerca do mencionado princípio, discorre José dos Santos Carvalho Filho:

[i]mpõe o socorro dos governos aos recursos técnicos mais avançados para a elaboração do planejamento, sendo necessário o auxílio de especialistas multidisciplinares nas respectivas áreas a fim de que se observe a especificidade dos setores envolvidos e o tempo não torne defasados os métodos e os meios previstos no instrumento. Esse postulado, como é fácil observar, demonstra que o planejamento deve ter caráter dinâmico e flexível, adequando-se ao surgimento de novos recursos que podem tornar mais ágil e efetivo o processo. Avulta realçar também que, não dispondo o Município de técnicos para a confecção do plano diretor, poderá recrutá-los através de contrato administrativo de serviços técnicos especializados (art. 13, I, da Lei nº 8.666/93), após regular processo de licitação. Tratando-se de profissional de notória especialização, tal como definido no art. 25, §1º, da Lei nº 8.666/93, seria caso de inexigibilidade de licitação (art. 25, II, do mesmo diploma), podendo ser celebrada a contratação direta. (*Comentários ao Estatuto da Cidade*. p.268.)

⁵ PINTO, Victor Carvalho. *Direito Urbanístico – plano diretor e direito de propriedade*. Editora RT. p.212.

Também explicitando a necessidade de especialização técnica dos responsáveis pela elaboração dos estudos e diagnósticos elementares à edição do plano diretor, assevera Hely Lopes Meirelles que:

A elaboração do plano diretor é tarefa de especialistas nos diversificados setores de sua abrangência, devendo por isso mesmo ser confiada a órgão técnico da Prefeitura ou contratada com profissionais de notória especialização na matéria, sempre sob a supervisão do prefeito, que transmitirá as aspirações dos munícipes quanto ao desenvolvimento do Município e indicará as prioridades das obras e serviços de maior urgência e utilidade para a população. As fases principais de elaboração do plano são três: coleta de dados, interpretação dos dados e fixação dos objetivos. Mas não bastará que se completem essas fases e se apresente o mais perfeito conjunto de elementos cartográficos, memoriais, especificações, normas técnicas, se não se converter todo esse instrumental em lei, para que se torne impositivo para a Administração e para os administrados. (*Direito Municipal Brasileiro*. Ed. Malheiros. p.551.)

Essa fase desenvolve-se em regra perante a Administração Pública. Trata-se, por assim dizer, da fase interna de elaboração do plano diretor. Esta fase pode ser executada diretamente pela própria Prefeitura, por meio dos servidores públicos municipais da área técnica, ou, ainda, pode ser delegada a particulares por meio de contratação de serviços especializados.

Até mesmo em razão desta característica é que parte da doutrina sustenta a iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo para a deflagração do processo legislativo de leis urbanísticas da natureza do Plano Diretor. Argumenta-se que o Poder Legislativo não teria um corpo de servidores suficientemente capacitados para a coleta de dados, diagnósticos e elaboração de um projeto dotado de tamanha especificidade. O ponto será melhor abordado a seguir.

Para alguns, a elaboração dos projetos e planos urbanísticos seria tarefa privativa de profissionais da arquitetura e do urbanismo. Com o intuito de regulamentar o exercício da Arquitetura e Urbanismo, a Lei nº 12.378/2010 arrola a elaboração do planejamento urbano, bem como do plano diretor, como atividade *privativa* de tais profissionais, veja-se:

Art. 2º As atividades e atribuições do arquiteto e urbanista consistem em:

(...)

Parágrafo único. As atividades de que trata este artigo aplicam-se aos seguintes campos de atuação no setor:

(...)

V – do Planejamento Urbano e Regional, planejamento físico-territorial, planos de intervenção no espaço urbano, metropolitano e regional fundamentados nos sistemas de infraestrutura, saneamento básico e ambiental, sistema viário, sinalização, tráfego e trânsito urbano e rural, acessibilidade, gestão territorial e ambiental, parcelamento do solo, loteamento, desmembramento, remembramento, arruamento, planejamento urbano, *plano diretor*, traçado de cidades, desenho urbano, sistema viário, tráfego e trânsito urbano e rural, inventário urbano e regional, assentamentos humanos e requalificação em áreas urbanas e rurais;

(...)

No mesmo sentido, a RESOLUÇÃO Nº 51, DE 12 DE JULHO DE 2013 do Conselho de Arquitetura e Urbanismo – CAU, que dispõe sobre as áreas de atuação privativas dos arquitetos e urbanistas, arrola em seu art. 2º, V, *a*, como privativa destes profissionais a coordenação da equipe responsável pela elaboração do plano diretor:

Art. 2º No âmbito dos campos de atuação relacionados nos incisos deste artigo, em conformidade com o que dispõe o art. 3º da Lei nº 12.378, de 2010, ficam especificadas como privativas dos arquitetos e urbanistas as seguintes áreas de atuação:

(...)

V – DO PLANEJAMENTO URBANO E REGIONAL:

a) coordenação de equipe multidisciplinar de planejamento concernente a plano ou traçado de cidade, plano diretor, plano de requalificação urbana, plano setorial urbano, plano de intervenção local, plano de habitação de interesse social, plano de regularização fundiária e de elaboração de estudo de impacto de vizinhança;

(...)

Considerando tais normas, é salutar que os estudos levados a efeito para o fim da elaboração ou alteração do planejamento urbano, bem como o projeto a ser apresentado à Câmara Municipal, sejam coordenados, subscritos e aprovados por profissional devidamente habilitado.

A doutrina especializada assenta que o processo de elaboração do plano diretor deve perpassar pelas seguintes etapas: *estudos preliminares, diagnóstico, plano de diretrizes e instrumentação do plano*. Assim, de acordo com o escólio de José Afonso da Silva, a confecção/alteração do plano diretor deverá necessariamente observar o seguinte *iter* procedimental:

I – Estudos preliminares, que avaliam de forma sumária a situação e os problemas de desenvolvimento do Município e estabelecem as características e o nível de profundidade dos estudos subsequentes; estabelecem, assim, a política de planejamento municipal.

II – Diagnóstico, que pesquisa e analisa em profundidade os problemas de desenvolvimento selecionados na etapa anterior, identifica as variáveis que devem ser consideradas para as soluções desses problemas e prevê suas perspectivas de evolução.

III – Plano de diretrizes, que estabelece uma política para as soluções dos problemas escolhidos e fixa objetivos e diretrizes da organização territorial.

IV – Instrumentação do plano, que compreende a elaboração dos instrumentos de atuação, de acordo com as diretrizes estabelecidas, e identifica as medidas capazes de atingir os objetivos escolhidos.

(*Direito Urbanístico Brasileiro*. SILVA, José Afonso da. p.142.)

Como dito, a elaboração e aprovação de um plano diretor é processo decisório intrincado, que perpassa por uma série de etapas preparatórias, como a coleta de dados técnicos e fáticos, diagnóstico, planejamento de ações etc. Trata-se, portanto, de uma atividade de *planejamento*.

Outro ponto é que o plano diretor não poderá conflitar com os dados fáticos e estudos técnicos obtidos no procedimento prévio à sua edição. Assim, o planejamento urbanístico de médio e longo prazo, consubstanciado no projeto do Plano Diretor, num primeiro momento, consiste num conjunto de ações, relatórios, estudos, estratégias de natureza urbanística. Confeccionados e discutidos tais dados e elementos, incorporam-se os mesmos ao projeto de lei enviado à Câmara.

Registre-se, ademais, que os estudos urbanísticos devem ser globais, com vistas a um planejamento territorial coerente e adequado aos interesses públicos como um todo.

A despeito da especificidade e da tecnicidade que reveste a elaboração de um plano diretor, isso não quer significar a sua inalterabilidade. Ao contrário, a cidade deve ser entendida como um organismo vivo e complexo, em permanente modificação. Em virtude disto, o planejamento urbano deve seguir o mesmo rumo, constantemente se adaptando às novas demandas e realidades sociais. Neste sentido:

Um plano já em vigor pode ser alterado parcialmente, respeitado o mesmo processo de planejamento previsto para a elaboração do plano. A desvirtuação das normas de zoneamento, comum a praticamente todos os Municípios brasileiros, decorre do caráter pontual das alterações, mas sua completa falta de embasamento técnico. A mudança do plano diretor é uma decorrência normal do

processo de planejamento, em que tem de haver uma retroalimentação permanente a partir da realidade da cidade, que é dinâmica, mas é preciso que as alterações pontuais respeitem a coerência global do plano. (*Direito Urbanístico – plano diretor e direito de propriedade*. PINTO, Victor Carvalho. Ed. RT, 2014. p.216.)

No mesmo sentido, é a lição do mestre administrativista Hely Lopes Meirelles, em sua clássica obra sobre o Direito Municipal brasileiro:

O plano diretor deve ser uno e único, embora sucessivamente adaptado às novas exigências da comunidade e do progresso local, num processo perene de planejamento que realize sua adequação às necessidades da população, dentro das modernas técnicas da administração e dos recursos de cada Prefeitura. O plano diretor não é estativo; é dinâmico e evolutivo. Na fixação dos objetivos e na orientação do desenvolvimento do Município é a lei suprema e geral que estabelece as prioridades nas realizações do governo local, conduz e ordena o crescimento da cidade, disciplina e controla as atividades urbanas em benefício do bem-estar social. (*Direito Municipal Brasileiro*. 16ª edição. p.550.)

5. Da Iniciativa Legislativa para o Projeto de Alteração do Plano Diretor Municipal

Outro ponto que deverá ser observado, quando da alteração do Plano Diretor, é a iniciativa para a deflagração do processo legislativo. Muito embora a iniciativa para projetos de leis urbanísticas e para o Plano Diretor não esteja arrolada no art. 61 da Constituição Federal, a doutrina e a jurisprudência especializadas são, majoritariamente, no sentido de que cabe ao Chefe do Poder Executivo a iniciativa privativa para a edição de projetos de lei sobre o tema.

Neste sentido, são as lições de José Afonso da Silva:

Entre os instrumentos que integram a elaboração do plano diretor encontra-se o projeto de lei a ser submetido à Câmara Municipal, para sua aprovação. A iniciativa dessa lei pertence ao Prefeito, sob cuja orientação se prepara o plano. (SILVA, José Afonso da. *Op. cit.* p.144.)

Em idêntico passo, são os ensinamentos de Victor Carvalho Pinto:

Embora a Constituição nada diga a respeito, a iniciativa do projeto de plano diretor pertence ao Executivo. Além de apresentar natureza

técnica, a elaboração do plano pressupõe a existência de um conjunto de informações necessárias ao diagnóstico que só podem ser coletadas pela prefeitura. (*Direito Urbanístico – Plano diretor e direito de propriedade*. PINTO, Victor Carvalho. Ed. RT, 2014. p.215.)

Divergindo dos entendimentos acima expostos, José dos Santos Carvalho Filho sustenta a inexistência de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, uma vez que as leis orgânicas devem guardar simetria com a Constituição Federal e que esta não contempla a iniciativa reservada do Chefe do Executivo, veja-se:

Quanto à iniciativa, embora omissa a lei a respeito, é de considerar-se que a iniciativa do projeto de lei de instituição do plano diretor é geral, isto é, o projeto pode ser deflagrado pelo prefeito, por qualquer vereador ou comissão da Câmara Municipal, ou através de iniciativa popular, como certamente estará previsto na lei orgânica. A razão consiste em que a lei orgânica deve observar os princípios das Constituições Federal e Estadual (art. 29, CF), e na Carta federal não foi contemplada para o chefe do Executivo iniciativa reservada para instaurar processo legislativo que trate de matéria urbanística (art. 61, §1º, CF). (*Comentários ao Estatuto da Cidade*. Ed. Lumen Juris, 2009.)

Nada obstante tal entendimento, o mesmo autor acaba admitindo que, na prática, a confecção do projeto do plano diretor é reservada ao prefeito como Chefe do Poder Executivo Municipal pela razão de que se trata de atividade de caráter eminentemente administrativo.

Toshio Mukai, por sua vez, admite que a iniciativa legislativa é, a princípio, comum, podendo, porém, a Lei Orgânica Municipal dispor em sentido contrário, estabelecendo a iniciativa reservada do Chefe do Poder Executivo. Segundo o autor:

O processo legislativo de sua aprovação é, em princípio, o comum. De acordo com cada lei orgânica municipal, a iniciativa da apresentação do projeto de lei será privativa do Prefeito ou não. Se a LOM silenciar a respeito da iniciativa dos projetos de lei referentes ao plano diretor, poderá ser de iniciativa de vereador, se não implicar aumento de despesa. (MUKAI, Toshio. *O Estatuto da Cidade – Anotações à Lei nº 10.257, de 10-7-2001*. Ed. Saraiva, 2008.)

O raciocínio acima esposado vai ao encontro do que sustentamos acerca da existência de um espectro de liberdade de conformação no processo legislativo municipal. Quer dizer, na ausência de uma obrigatoriedade completa de reprodução

dos padrões legislativos consagrados na Constituição Federal, em tese, o ente político menor poderia consagrar, em sua Carta Política, regramento diferenciado.

A despeito da divergência doutrinária, prevalece, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o entendimento firme no sentido de que compete ao *Chefe do Poder Executivo* a iniciativa de projetos de lei em matéria urbanística. Neste sentido, foi declarada a inconstitucionalidade da Lei nº 039/2006 do Município de São Gonçalo, que estabelece normas para regularização de loteamentos clandestinos e irregulares. Veja-se:

ÓRGÃO ESPECIAL

REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE Nºs 11/2008 e 27/2008;

RELATOR: DES. SERGIO CAVALIERI FILHO

PROCESSO LEGISLATIVO. Iniciativa Privativa do Chefe do Poder Executivo. Vício de Iniciativa. Lei municipal que cria núcleo de Regularização de Loteamento, de iniciativa da Câmara Municipal, subtrai do Chefe do Poder Executivo a iniciativa de matéria de sua competência privativa na direção de sua Administração, pelo que contém vício de inconstitucionalidade formal pela afronta ao art. 112, §1º, II, b, da Constituição Estadual. Procedência da representação.

Portanto, é recomendável que eventual projeto de lei que vise a proceder à edição ou à alteração do Plano Diretor vigente deva ser deflagrado por iniciativa do Chefe do Poder Executivo, sob pena de configurar-se inconstitucionalidade por vício de ordem formal.

6. Da Imprescindível Participação Popular e Acompanhamento pelo Ministério Público

Outro requisito essencial à edição e à alteração do Plano Diretor consiste na participação popular efetiva. Com efeito, deve a Administração municipal promover a realização de consultas, de audiências públicas e de debates durante a fase de elaboração do plano, permitindo, com isso, a manifestação dos munícipes, bem como colhendo eventuais sugestões formuladas. Afinal, o projeto de plano em desenvolvimento destina-se a reger a realidade urbanística dos próprios cidadãos da cidade, sendo certo serem estes os maiores interessados na qualidade do projeto.

A Constituição do Estado do Rio de Janeiro, ao dispor sobre o tema, estabelece ser garantida a participação popular nas fases de elaboração e implementação do plano diretor através de entidades representativas, *verbis*:

Art. 231 – O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para as áreas urbanas de mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.

§1º – O plano diretor é parte integrante de um processo contínuo de planejamento a ser conduzido pelos municípios, abrangendo a totalidade dos respectivos territórios e contendo diretrizes de uso e ocupação do solo, vocação das áreas rurais, defesa dos mananciais e demais recursos naturais, vias de circulação integradas, zoneamento, índices urbanísticos, áreas de interesse especial e social, diretrizes econômico-financeiras e administrativas.

§2º – É atribuição exclusiva dos municípios, a elaboração do plano diretor e a condução de sua posterior implementação.

§3º – As intervenções de órgãos federais, estaduais e municipais deverão estar de acordo com as diretrizes definidas pelo plano diretor.

§4º – É garantida a participação popular, através de entidades representativas, nas fases de elaboração e *implementação do plano diretor, em conselhos municipais a serem definidos em lei.*

(...)

Art. 234 – No estabelecimento de diretrizes e normas relativas ao desenvolvimento urbano, o Estado e os Municípios assegurarão:

III – participação ativa das entidades representativas no estudo, encaminhamento e solução dos problemas, planos, programas e projetos que lhes sejam concernentes;

(...)

Art. 236 – A lei municipal, *na elaboração de cujo projeto as entidades representativas locais participarão*, disporá sobre o zoneamento, o parcelamento do solo, seu uso e sua ocupação, as construções e edificações, a proteção ao meio ambiente, o licenciamento a fiscalização e os parâmetros urbanísticos básicos objeto do plano diretor.

(...)

Art. 359 – *Na elaboração e na execução da política de desenvolvimento urbano e seus instrumentos legais, o Município observará o disposto nos artigos 182 e 183, da Constituição da República, de modo a promover e assegurar a gestão democrática e participativa da cidade e condições de vida urbana digna.*

Em sede federal, o tema foi objeto de regulamentação por meio da Lei nº 10.257/01, que contempla regras do processo de elaboração dos Planos Diretores. Com efeito, o art. 40, §4º, do Estatuto da Cidade determina a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas no processo de elaboração do Plano Diretor:

Art. 40. (...)

§4º No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão:

I – a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade;

II – a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos;

III – o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos.

Os requisitos mencionados no dispositivo, em verdade, nada mais são do que concreções que podem ser extraídas diretamente do *princípio democrático e da democracia participativa* (art. 1º, parágrafo único, CR).

Mencionem-se os seguintes precedentes do órgão especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nos quais foi declarada a *inconstitucionalidade* de leis municipais, por inobservância de tal requisito:

REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE nº 0048023-55.2012.8.19.0000

REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 528/2001 DO MUNICÍPIO DE SAQUAREMA, QUE “ALTERA A SEÇÃO III, DO CAPÍTULO III, DA LEI Nº 20/79, DE PARCELAMENTO DO SOLO DESTA MUNICÍPIO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS”. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL VERIFICADA. NORMA ORIUNDA DO PODER LEGISLATIVO. AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO POPULAR, CONSUBSTANCIADA EM AUDIÊNCIAS PÚBLICAS. AUSÊNCIA DE ESTUDO PRÉVIO DE IMPACTO AMBIENTAL. REPRESENTAÇÃO ACOLHIDA.

ÓRGÃO ESPECIAL

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE Nº 0005052-21.2013.8.19.0000

REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM FACE DA LEI COMPLEMENTAR Nº 114/2011 DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. PLANEJAMENTO, DEMARCAÇÃO, OCUPAÇÃO E USO DO SOLO URBANO. PENHA, PENHA CIRCULAR E BRÁS DE PINA. FALTA DE PARTICIPAÇÃO POPULAR E/OU DE ENTIDADES REPRESENTATIVAS. GABARITO DIFERENCIADO PARA DETERMINADA ÁREA. OFENSA AOS ARTIGOS 9º, 77, 234, 236 E 359 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL.

Lei que Estabelece as condições de uso e ocupação do solo para área que compreende os Bairros da Penha, Penha Circular e Brás de Pina, da XI Região Administrativa – Penha. Rechaçada a inobservância do artigo 231, §4º, da Carta Estadual. Eventual inconstitucionalidade de dispositivo legal municipal em face daquela norma constitucional tem que estar atrelada, inevitavelmente, à criação ou modificação do Plano Diretor. *Cumpra ao Município assegurar participação ativa das entidades representativas no estudo, encaminhamento e resolução dos problemas, planos, programas e projetos que lhes sejam concernentes, na esteira do conteúdo expresso do artigo 234, III, da CERJ.* Tal participação não foi assegurada, ou pelo menos dos autos nada se extrai nesse sentido. No mesmo tom, o zoneamento, o parcelamento do solo, seu uso e sua ocupação, as construções e edificações, a proteção ao meio ambiente, o licenciamento a fiscalização e os parâmetros urbanísticos básicos objeto do plano diretor serão regulados por lei municipal, na elaboração de cujo projeto as entidades representativas locais participarão. Redação expressa do artigo 236 da CERJ. Não exsurge dos autos evidência de qualquer participação ativa de entidades representativas da população afetada pela norma debatida, ou do Município do Rio de Janeiro. Quanto ao artigo 359, igualmente, e por desdobramento das violações reconhecidas acima, também se vislumbra sua inobservância pela lei complementar, na medida em que a edição da espécie normativa, ainda que por iniciativa do Executivo e com aprovação pelo Legislativo, não se prestou à realização de efetiva gestão democrática e participativa da cidade. Não socorre o município o argumento de que os legisladores, assim como o Prefeito, são agentes políticos eleitos pelo povo, detendo assim em todos os seus atos presunção absoluta de representatividade popular. Muito embora essa seja a regra, os textos constitucionais preveem hipóteses excepcionais que desafiam maior grau de participação democrática direta, como a ora tratada. O artigo 14-A da lei autoriza a construção de prédios de até 39 metros para determinada área dentro do espaço urbano, sendo que o gabarito para as demais áreas é de 27 metros. A estipulação de

gabarito superior para determinada circunscrição territorial, em detrimento das demais, dentro do plano de demarcação e ocupação do solo urbano, sem absolutamente qualquer justificativa ocasiona inconstitucionalidade, por inobservância dos artigos 9º e 77 da CERJ. Declaração da inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 114/2011 do Município do Rio de Janeiro.

O Estatuto da Metrópole – Lei nº 13.089/15 –, em seu art. 12, §2º, ao regulamentar o processo de elaboração e fiscalização do Plano de Desenvolvimento Urbano Integrado – PDUI, consagra igualmente a necessidade de participação popular, por meio de audiências públicas e debates com a sociedade civil e a população, além da ampla publicidade.

O referido diploma, todavia, foi além, consagrando expressamente a necessidade de *acompanhamento pelo Ministério Público* (art. 12, §2º, III, da Lei nº 13.089/15). Ou seja, de acordo com o referido dispositivo, o processo de *elaboração e fiscalização* da aplicação do plano de desenvolvimento urbano integrado deverá ser *acompanhado* pelo Ministério Público, veja-se:

§2º No processo de elaboração do plano previsto no *caput* deste artigo e na fiscalização de sua aplicação, serão assegurados:

I – a promoção de audiências públicas e debates com a participação de representantes da sociedade civil e da população, em todos os Municípios integrantes da unidade territorial urbana;

II – a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos; e

III – o acompanhamento pelo Ministério Público.

A despeito de o dispositivo referir-se à elaboração do plano de desenvolvimento urbano integrado da região metropolitana – PDUI, é inegável a similitude guardada com relação ao plano diretor, razão por que não seria despropositado argumentar que também a elaboração do plano diretor deve ser acompanhada pelo Ministério Público.

Com efeito, a própria doutrina especializada se encarrega de traçar um paralelo entre os planos:

Em tese, pode-se dizer que tal plano de desenvolvimento é o instrumento primordial da unidade administrativa intergovernamental, no que tange o planejamento de suas políticas integracionistas. Nele, devem ser delimitados os objetos, metas e estruturas urbanísticas, bem como a organização geral dos serviços públicos de interesse da

região, a serem direcionados para o seu território. Considera-se como sendo uma espécie de plano diretor metropolitano. (...) Talvez não tenha sido essa a nomenclatura escolhida pelo legislador em razão de, legalmente, não existir metrópole nos aglomerados urbanos ou microrregiões. Isso tecnicamente traria uma incompatibilidade, quando esse tipo de plano fosse aplicado nessas unidades. Haveria um plano diretor metropolitano onde não existe metrópole. Daí, a opção do legislador em adotar a expressão que está na lei. (*Regiões Metropolitanas*. CORDEIRO, Glauber de Lucena. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p.161.)

É certo que o ordenamento jurídico pátrio consagra uma série de diplomas normativos voltados ao *planejamento do desenvolvimento urbano*. É o caso da Lei nº 10.257/01 – Estatuto da Cidade –, da Lei nº 12.587/12 – Política Nacional de Mobilidade Urbana – e da Lei nº 13.089/15 – Estatuto da MetrÓpole. Apesar dos escopos distintos de aplicação, todos estes diplomas encontram fundamento de validade no art. 182 da Constituição e visam a, em última análise, estabelecer normas gerais para o *planejamento* urbano adequado.

Corroborar o raciocínio acima esposado o fato de que os planos mencionados em cada uma das legislações deverão estar compatibilizados e integrados entre si. Nos termos do art. 10, §3º, do Estatuto da MetrÓpole, nas regiões metropolitanas e nas aglomerações urbanas instituídas mediante lei complementar estadual, o Município deverá compatibilizar seu plano diretor com o plano de desenvolvimento urbano integrado da unidade territorial urbana. De outra parte, o art. 24 da Lei nº 12.587 estabelece, em seu §3º, que o Plano de Mobilidade Urbana deverá ser compatibilizado com o plano diretor municipal, existente ou em elaboração.

Ao mencionarem a necessidade de integração e compatibilização entre os diferentes documentos de planejamento urbano, os dispositivos legais reforçam a ideia de que há um indissociável entrelaçamento entre os planos, a evidenciar com cores ainda mais fortes a existência do propalado microssistema.

Assim, tendo em vista a similitude entre os objetivos gerais das normas, possível inclusive falar na existência de um *microssistema de planejamento urbano*, o que nos autoriza a concluir pela possibilidade de um *diálogo de fontes* entre tais diplomas. Portanto, defendemos a possibilidade da aplicação *subsidiária e intercambiante* entre a legislação de normas gerais sobre o planejamento urbano.

Nesse passo, em razão da natural similitude existente entre o plano diretor e o plano de desenvolvimento urbano integrado, defensável a tese de que também, no processo de elaboração do plano diretor municipal, deva haver o *acompanhamento* pelo Ministério Público.

Questão que despertará debates será definir a amplitude deste *acompanhamento* consagrado pela lei. A vagueza do dispositivo abre espaço para as mais díspares interpretações, sendo admissível, em tese, até mesmo cogitar que o acompanhamento pelo

Parquet teria sido elevado à condição de validade do processo de elaboração dos planos. De outra parte, poder-se-ia indagar se este poder-dever de acompanhamento agasalharia uma prerrogativa de efetiva *participação*, ou seja, se o Ministério Público poderia ser considerado mais um participante na seara deliberativa do planejamento municipal e regional.

A questão ainda é incipiente e decerto ensejará discussões. Todavia, parece-me certo que, se interpretarmos a expressão *acompanhamento* ao pé da letra, teremos de concluir que a previsão do art. 12, §2º, III, do Estatuto da Metrópole consagra norma meramente *declaratória*, já que é indene de dúvidas a possibilidade de monitoramento e fiscalização, pelo *Parquet*, de quaisquer ações e projetos desenvolvidos pelo Poder Público, com base no art. 129, III, da Constituição.

Longe de pretender erigir o acompanhamento do *Parquet* a algo semelhante a uma iniciativa conjunta na elaboração do dito projeto de lei, parece-me, porém, que o mencionado acompanhamento não deve restringir-se ao mero monitoramento/fiscalização, que hoje já é mais do que habitual em face de projetos desta natureza. Com efeito, muito dificilmente um projeto de tal magnitude existirá sem que haja um correlato inquérito civil instaurado no âmbito do Ministério Público, no bojo do qual serão determinadas inúmeras diligências tendentes a “acompanhar” o processo.

Assim, de modo a que não consagremos uma interpretação natimorta do dispositivo, mas sem chegar ao ponto de conferir a *concordância* do MP à natureza de requisito de validade do projeto, parece-me que as opiniões manifestadas pelo *Parquet* deverão, no mínimo, ser *recebidas, consideradas e respondidas* no decorrer do procedimento. Noutros termos, assim como as opiniões obtidas nas consultas e audiências públicas não são vinculativas ao poder público, mas devem ser rebatidas motivada e publicamente, também as considerações formuladas pelo *Parquet* deverão ser, motivada e publicamente, respondidas pelo poder público.

Não é demais lembrar que o Ministério Público representa importante instrumento de *accountability* horizontal num contexto de democracia monitoria ou monitorada⁶. Assim, em última análise, a vigilância (*watchdog*) e o controle institucionalizado, levados a efeito pelo Ministério Público, funcionam como fator de impulso e resguardo da legitimidade das escolhas políticas estatais, bem como de estímulo a práticas responsivas.

Dessa forma, a participação do Ministério Público, em última análise, assoma-se à participação popular, a fim de conferir legitimidade democrática ao projeto. Não custa

⁶ “Nesse contexto, o que importa destacar, objetivamente, é que as democracias representativas contemporâneas já não podem mais ser caracterizadas de maneira tão elementar, com ênfase tão somente no procedimento de legitimação da autoridade baseado em eleições livres, idôneas e institucionalizadas, aliadas a determinadas liberdades públicas básicas. Essas democracias foram substancialmente alteradas com a introdução de um vetor extremamente significativo que operou uma verdadeira revolução naquilo que se concebe, atualmente, como democracia. Surge, então, uma nova categoria para classificar essa etapa do desenvolvimento democrático, em que se agrega às eleições — controle episódico sobre o exercício do poder político — o escrutínio público permanente e pulverizado por entre inúmeras e variadas instâncias: trata-se da denominada democracia monitoria”. (WILLEMANN, Marianna Montebello. *Desconfiança institucionalizada, democracia monitorada...* <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/10649/9643>)

lembrar que, na forma do art. 127 da Constituição, 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.

Portanto, trata-se de interpretação que compatibiliza o papel do Ministério Público no processo com a necessidade de conferir algum sentido concreto à disposição do art. 12, §2º, III, da referida Lei.

Feito este breve parêntese, destaque-se que é durante o processo de elaboração do projeto de Plano Diretor, ainda na senda do poder executivo municipal, que devem ser promovidas as audiências públicas, consultas e debates com a participação da população e das associações representativas dos vários segmentos da comunidade (associações de bairros etc.). Deve ser oportunizada, também, a participação dos Conselhos Municipais de Política Urbana, mediante deliberação e apresentação de propostas.

Portanto, de maneira a assegurar a validade da edição/alteração do Plano Diretor, bem como dos demais diplomas de planejamento urbano, mister se faz assegurar a efetiva participação popular, publicidade, bem como o acompanhamento do Ministério Público ao longo do processo.

7. Da (Im)Possibilidade de Emendas Parlamentares ao Projeto de Lei de Alteração do Plano Diretor

Outro ponto que suscita controvérsia reside em saber se pode ou não a Câmara Municipal apresentar emendas parlamentares ao projeto de plano urbanístico submetido à Casa para votação. Neste ponto, parte da doutrina entende pela possibilidade de apresentação de emendas parlamentares, uma vez que cabe aos Vereadores a tarefa de aperfeiçoar o projeto, uma vez detectadas fragilidades no mesmo. Encampando tal posicionamento, mencione-se o entendimento de José Afonso da Silva:

Não há proibição de emendas. (...) Se o plano deixar algo a desejar, importa aos Vereadores procurar seu aperfeiçoamento, antes de sacrificá-lo de vez. Aperfeiçoar projetos é missão do legislador, mormente quando contém instrumento tão importante para o crescimento e desenvolvimento ordenado da comunidade. (...) Por outro lado, devem ser evitadas emendas que o desfigurem, lhe quebrem a coerência ou tornem inexequível, ou de mera satisfação de interesse individual ou em detrimento do interesse público. (*Direito Urbanístico Brasileiro*. Ed. Malheiros. 7ª edição, 2015. p.145.)

Em idêntico sentido são os ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho, ao entender pela possibilidade de serem apresentadas emendas parlamentares aos projetos de lei de edição do plano diretor:

O receio de permitir alterações na lei urbanística pelo processo normal de emendas (o receio é em parte compreensível) decorre da frequente instabilidade dos membros das Câmaras Municipais, cuja mudança de humores poderia provocar gravames ao sistema urbanístico da cidade. O fato, entretanto, não tem o condão de legitimar processo legislativo diverso do traçado na Constituição Federal, já que é esta que apresenta o modelo para os entes federativos. O que precisa mudar, isto sim, é a mentalidade de certos vereadores, de modo que os que sucedem não apaguem ou mutilem simplesmente as obras legislativas dos antecessores. Rediscutir, reapreciar, aperfeiçoar e avançar são tarefas próprias dos novos vereadores em sua normal função legislativa, mas isso não lhes confere o direito de transformar em pó as leis anteriormente aprovadas, sobretudo quando têm em mira a defesa de interesses meramente partidários ou pessoais, fato que representaria inegável traição à confiança dos eleitores. (*Comentários ao Estatuto da Cidade*. Ed. Lumen Juris, 2009. p.278.)

Todavia, registre-se entendimento diametralmente oposto, encampado por Victor Carvalho Pinto, no sentido de que o projeto encaminhado pelo poder Executivo terá que ser aceito ou rejeitado e não pode ser alterado pelo Legislativo⁷. Segundo o autor, a possibilidade de emendas parlamentares contrariaria todo o processo de planejamento necessário à edição do plano. Assim, em sendo necessária alguma reformulação do projeto, necessária seria a elaboração de um novo projeto pelo poder executivo por meio de profissional devidamente habilitado.

O entendimento supracitado foi encampado em precedentes do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, veja-se:

EMENTA

Ação direta de inconstitucionalidade – Lei Complementar nº 35/10.10.2006 do Município de Lençóis Paulista, que dispõe sobre o “Plano Diretor Participativo, as ações estratégicas, o sistema e o processo de planejamento e gestão do desenvolvimento urbano do município de Lençóis Paulista, e dá outras providências” sustentada inconstitucionalidade de trecho do inciso II, do art. 17, e do inciso X, do art. 35, mantidos e promulgados pelo Presidente da Câmara Municipal após rejeição dos vetos apostos pelo alcaide às emendas legislativas nºs 5 e 10, que os acrescentava – depois de ouvir e debater com a população e com as associações representativas dos vários segmentos da comunidade, quem elabora o Plano Diretor e detém iniciativa de em lei transformá-lo, como instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana, é o Chefe do Poder Executivo

⁷ *Direito Urbanístico* – plano diretor e direito de propriedade. Ed. RT. 4ª edição, 2014. p.215.

Municipal, pois dito plano, nos expressos termos do §1º do art. 40 da Lei nº 10.257/10.07.2001 (Estatuto da Cidade) é parte integrante do processo de planejamento municipal, devendo o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual incorporar as diretrizes e as prioridades nele contidas. À Câmara Municipal, por conseguinte, cabe aprová-lo, como expressa literalmente o §1º do art. 182 da Constituição Federal, sem poder via emendas modificá-lo, ainda mais se desse processo alijou o povo e o direito que este tem de influenciá-lo – *violação aos artigos 4º, 5º, 37, 47, II e XIV, 144, 180, caput e II, e 181 da Constituição Estadual* – ação procedente. (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 142.426-0/0-00*. Relator: Paulo Bisson, 06 de junho de 2007).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2126286-04.2014.8.26.0000

COMARCA: SÃO PAULO

AUTOR: PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CARAGUATATUBA

RÉU: PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CARAGUATATUBA

VOTO Nº 28.349

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 334 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 42, DE 14 DE DEZEMBRO DE 2011, DO MUNICÍPIO DE CARAGUATATUBA, QUE INSTITUIU O PLANO DIRETOR. DIPLOMA QUE ESTABELECE DIRETRIZES E NORMAS RELATIVAS AO DESENVOLVIMENTO URBANO LOCAL. DISPOSITIVO IMPUGNADO INSERIDO NO RESPECTIVO PROJETO DE LEI ATRAVÉS DE EMENDA ADITIVA PARLAMENTAR NÃO SUBMETIDA À APRECIÇÃO POPULAR E SEM APRESENTAÇÃO DE JUSTIFICATIVA TÉCNICA. CONTRASTE AOS ARTIGOS 180, INCISO II, E 191 DA CONSTITUIÇÃO BANDEIRANTE. TEMA, ADEMAIS, OBJETO DE AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE ANTERIOR, ONDE RECONHECIDO O VÍCIO FORMAL DE VÁRIOS DISPOSITIVOS DA LEI COMPLEMENTAR EM QUESTÃO, PELO MESMO FUNDAMENTO. PRETENSÃO PROCEDENTE.

A ideia por detrás dos precedentes é a de que a apresentação de emendas no Plenário da Câmara impede sejam as mesmas previamente submetidas à participação popular. Ademais disso, não são as emendas parlamentares submetidas ao mesmo procedimento de elaboração técnica e aprovação verificado em relação ao projeto de lei elaborado pelo Executivo.

8. Conclusão

O presente artigo buscou traçar linhas básicas e gerais sobre o processo de edição e alteração de um Plano Diretor. O tema, apesar de pouco explorado na doutrina, é de suma importância e atinge diretamente a todos nós, moradores das cidades. Vale lembrar que o ideal de um Município organizado e socialmente equilibrado se inicia pela atividade de planejamento. Dessa forma, providencial que sejam envidados esforços, a fim de que sejam acompanhadas e fiscalizadas as atividades dos Municípios, de modo que possamos colher o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, tal qual propugna a Constituição.

Referências

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. Ed. Lumen Juris, 2009.

CORDEIRO, Glauber de Lucena. *Regiões Metropolitanas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p.161.

MUKAI, Toshio. *O Estatuto da Cidade - Anotações à Lei nº 10.257, de 10-7-2001*. Ed. Saraiva, 2008.

PINTO, Victor Carvalho. *Direito Urbanístico – plano diretor e direito de propriedade*. 4ª edição. Ed. RT, 2014. p.215.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional*. Ed. Fórum, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Direito Municipal Brasileiro*. Editora RT, 2010. p.550.

WILLEMANN, Marianna Montebello. *Desconfiança institucionalizada, democracia monitorada...* Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/10649/9643>.

Breves Notas sobre Cibernética e Poder Público

Gilberto Martins de Almeida*

Sumário

I. Origens e Evolução da Cibernética e do Governo Eletrônico. II. A Informática Jurídica e o Direito da Informática. III. De Sistemas de Governo a Governança de Sistemas: a Subsunção de Códigos Normativos em Códigos de Operação. IV. Fiscalização e Investigação Eletrônicas nos Quadrantes da Prevenção e Repressão de Ilícitos: Segurança da Privacidade e Privacidade da Segurança. V. Depuração de Regrimentos Obsoletos. VI. Princípios e Critérios como Freios e Contrapesos. VII. Linguagem Natural, Compartilhamento de Conhecimentos e Extração de Inteligência. VIII. Viabilidade e Equilíbrio na Implantação de Melhorias Cibernéticas no Serviço Público.

Resumo

A Cibernética tem sido utilizada pelo Poder Público há décadas e os seus desenvolvimentos mais recentes permitem que os serviços públicos acompanhem o volume crescente de demandas sociais, porém a complexidade de instrumentos como a Inteligência Artificial e a computação cognitiva exigem prudência e incorporação de padrões legais e éticos para implantação respectiva com segurança e razoabilidade.

Summary

Cybernetics has been utilized by the Public Service for decades and its most recent developments enable public services to meet the increasing volume of social demand, however, the complexity of tools such as Artificial Intelligence and cognitive computing require prudence and incorporation of legal and ethical standards in order to ensure safe and reasonable implementation.

Palavras-chave: Poder Público. Cibernética. Inteligência Artificial. Ética.

Keywords: *Public Service. Cybernetics. Artificial Intelligence. Ethics.*

À primeira vista, são blocos contrastantes e de difícil integração, de um lado, múnus público, jurisdição, normas positivadas e princípios administrativos e de

* Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo – USP. Professor de Direito da Informática e da Internet. Advogado.

outro, *blockchain*, Inteligência Artificial, computação em nuvem e automação de processos. Entretanto, como a Era Contemporânea se caracteriza por diluir fronteiras e transformar realidades, provocando convergências, por vezes, inevitáveis, importa compreender¹ como o Poder Público e a Cibernética² podem ser articulados em prol do serviço público e do bem comum sob a égide de regras legais e éticas. O propósito deste artigo é de ressaltar que a Cibernética tem raízes históricas mais longas do que comumente se imagina e que o Poder Público pode ser por ela bem atendido em suas finalidades e circunstâncias com segurança e razoabilidade.

I. Origens³ e Evolução da Cibernética e do Governo Eletrônico

No senso comum, a aparição da Cibernética costuma ser associada à invenção da informática no século XX. No entanto, sua origem remonta à Antiguidade – Cibernética provém do grego *kubernêtês* (timoneiro)⁴ e a expressão correspondente em latim, *gubernare* (governar), foi utilizada, inclusive, por Platão⁵. Tais conceitos foram aproveitados na Modernidade, quando da invenção de maquinários capazes de impulsionar operações práticas, ou seja, automatizações “governadas” por um ser humano no “timão”.

Isto se deu primeiro em 1834, quando André-Marie Ampère⁶ batizou os princípios da eletrodinâmica com o termo em francês *cybernétique*, definindo-a como “ciência de governo dos homens”. Em seguida, em 1947, ante a incipiente intersecção entre a eletrônica e a matemática, Norbert Wiener⁷ cunhou a versão em inglês *cybernetics*, conferindo-lhe o significado de “ciência do controle e da comunicação”, sendo este o que perdura até nossos dias.

¹ “Nunca antes, as mudanças das técnicas, da economia e dos costumes foram tão rápidas e desestabilizantes. Ora, a virtualização consiste justamente na essência, ou na ponta fina, da mutação em curso. Enquanto tal, a virtualização não é nem boa nem má, nem neutra. Ela se apresenta mesmo como o movimento do ‘devir outro’ do humano. Antes de temê-la, condená-la ou lançar-se às cegas a ela, proponho que se faça o esforço de apreender, de pensar, de compreender em toda a sua amplitude a virtualização.” (LÉVY, Pierre. *O que é o virtual*. São Paulo: Editora 34, 1999. p.12).

² “Los mismos principios rectores de actuación que la administración observa en el mundo físico deben ser observados en el mundo virtual. Principios como la igualdad, la buena fé, la moralidad, la eficacia, la economía, la celeridad, la imparcialidad y la publicidad en la gestión administrativa deben orientar la definición de cada uno de los ejes, niveles y etapas de desarrollo del gobierno digital en nuestro medio.” (Useche, Marco Peres. “Función pública y seguridad en el gobierno digital”. (USECHE, Marco Peres (Compilador). *Gobierno Digital – tendencias y desafíos*. Bogotá: Externado, 2003. p. 78).

³ “Electronic infrastructure and network functionality are being utilised by governments around the world. The history of how and why ICTs (information and communication technologies) came into government use is an important part of the story of their success to date and their prospects for the future.” (RAMNARINE, Devindra; e ENDELE, RoseMarie-Rita. *Information and Communication Technologies for the Public Service*. Londres: Commonwealth Secretariat, 2008. p.1).

⁴ Disponível em: <<http://www.cs.ox.ac.uk/activities/ieg/e-library/sources/cyber-macmillan.pdf>>

⁵ Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/235217557_Cybernetic_Perspectives_of_Desirable_Practices_in_Teaching_Learning_and_Evaluation>

⁶ D J STEWART. *An essay on the Origins of Cybernetics*, Disponível em: <<http://www.hfr.org.uk/cybernetics-pages/origins.htm>>

⁷ Disponível em: <<http://history-computer.com/ModernComputer/thinkers/Wiener.html>>

Interessante percurso desta ideia através dos tempos, assentada na imaginação de como pode se dar o bom governo de pessoas e processos. Trajetória essa que, juntando governo e automatização, em meio a uma sociedade “de controle” (Gilles Deleuze⁸) como o é a “Sociedade da Informação”, naturalmente haveria de desaguar na conceitualização de “governo eletrônico”⁹.

Tal fenômeno, o uso da eletrônica pelos governos, surgiu nos anos cinquenta, quando os grandes computadores substituíram com bases de dados as informações sobre cidadãos até então geridas em papel, e desde então tem evoluído ora sob aplausos quanto à otimização de serviços públicos, ora sob desconfianças quanto a mau uso (como a instrumentalização do *Big Brother*, na visão de George Orwell) ou falhas (como o descontrole do computador HAL em *2001: Uma Odisseia no Espaço*, conto de Arthur C. Clarke filmado por Stanley Kubrik ou, mais recentemente, como os desvios das análises “preditivas” de crimes em *Minority Report*, conto de Philip K. Dick filmado por Steven Spielberg).

Nessa linha do tempo, o uso da computação pelo Poder Público se tornou intenso e abrangente a ponto de caracterizar o surgimento do governo eletrônico, quando, nos anos setenta¹⁰, os governos se propuseram a informatizar seus processos internos, visando maximizar a eficiência experimentada nos estágios anteriores da automação.

Numa segunda etapa, iniciada na década de noventa, portais governamentais na Internet foram criados com o objetivo de propiciar acesso mais fácil a informações de interesse público.

Já na virada do milênio, sobreveio a terceira fase do histórico do governo eletrônico, a de ampliação da oferta de serviços públicos *online* e de concentração da interatividade em um mesmo endereço eletrônico para racionalizar recursos e canalizar a comunicação.

No Brasil, o ano 2000 marcou a introdução do chamado Governo Cibernético, instituído¹¹ no âmbito de programa conduzido por grupo interministerial incumbido de examinar e propor políticas, diretrizes e normas relacionadas a novas formas eletrônicas de interação. As atividades que se seguiram fizeram multiplicar exponencialmente os aprimoramentos das estruturas administrativas¹² e culminaram na elaboração da Política de Governança Digital do Poder Executivo Federal em 2016¹³.

⁸ Disponível em: <<http://iphilo.fr/2018/01/12/gilles-deleuze-linformation-cest-la-societe-de-controle/>>

⁹ Definido como: “(...) a utilização, por parte do setor público, das novas tecnologias de informação e comunicação, em especial a Internet, para a prestação de melhores serviços, disseminação de informações, controle das contas públicas, redução de custos administrativos e ampliação das possibilidades de participação dos cidadãos na gestão pública.” QUADROS, Jaqueline Maria. Governo eletrônico e Direito Administrativo, in: AIRES, José Rover (Org.). *Direito e Informática*. Barueri: Manole, 2004. p.238.

¹⁰ Conforme histórico traçado pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento - BID, citado por Ricardo Sebastián Piana em *Gobierno electrónico – gobierno, tecnologías y reformas*, La Plata, Univ. Nacional de La Plata, 1ª ed., 2007, p. 87-88.

¹¹ Decreto de 03 de abril de 2000.

¹² Para maior referência, v. <https://www.governodigital.gov.br/EGD/historico-1/historico>.

¹³ Decreto nº 8.638, de 15.01.16.

O norteamento de buscar métodos para incrementar os serviços públicos¹⁴ e a disponibilidade de avanços tecnológicos capazes de materializar tal objetivo¹⁵ parecem autorizar a conclusão de que a progressiva implantação do governo eletrônico se configurou como condição para o Poder Público viabilizar o atendimento da crescente diversidade e complexidade das necessidades sociais contemporâneas. Por essa razão, convém examinar as engrenagens da aplicação da Cibernética, que passam pelo entrecruzamento entre codificação informática e codificação jurídica.

II. A Informática Jurídica e o Direito da Informática

Conforme apontei em artigo sobre o tema¹⁶, a evolução da Informática suscitou uma área de especialização no Direito, o chamado Direito da Informática¹⁷, em vista do diferencial metodológico que ele apresenta, centrado especialmente no enfoque indutivo, e da vasta produção normativa, doutrinária e jurisprudencial respectivas, além da notória e significativa relevância social de suas implicações.

Não menos importante, simetricamente, a aplicação da Informática na prática jurídica originou a Informática Jurídica, fruto do espelhamento que o desenvolvimento da Informática e o estudo do Direito sempre mantiveram – a exemplo da noção de Jurimetria, concebida quando os primeiros computadores foram fabricados¹⁸ e que traduz a possibilidade de uso de processamento de dados estatísticos e operações matemáticas para formar convicções jurídicas e instruir decisões judiciais.

No entanto, o otimismo inicial despertado pela Informática Jurídica foi seguido, a partir de 1975, por uma fase de ceticismo¹⁹. Isto em virtude de ter sido então desafiado por questões jurídicas como a harmonização com direitos de privacidade dos indivíduos e por questões de lógica como a viabilidade de utilizar Inteligência Artificial em domínios

¹⁴ "La Administración como prestadora de estos servicios configura la denominada Administración electrónica que comporta numerosas ventajas tanto para los ciudadanos como para ella misma entre las que destacamos:

– La mejora en la comunicación con los administrados lo que se refleja un aumento de la participación de los ciudadanos dando como resultado una Administración más accesible para los mismos.

– Una mayor eficacia y eficiencia de la gestión, ya que se informatiza la búsqueda de información y los procesos administrativos, lo que da como resultado una mayor agilidad, rapidez y comodidad en los trámites a realizar con la Administración.

– La mejora de la productividad de la Administración así como la introducción de nuevas formas de gestión da como resultado una modernización de la Administración Pública." (GONZÁLEZ BUSTOS, María de los Angeles. Derecho a la información del ciudadano y las nuevas tecnologías, in: *Nuevas Tecnologías, Administración y Participación Ciudadana*. SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Zulima (Coord.). Granada: Comares, 2010. p. 18).

¹⁵ v. VANINETTI, Hugo Alfredo. *Aspectos jurídicos de Internet*. La Plata: Platense, 2010. p. 428-430.

¹⁶ Em coautoria com Leonardo de Campos Melo, "Identidade e Aplicação do Direito da Informática", originalmente publicado na Revista da EMERJ, vol. 11, nº 42, 2008, e disponível também em http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista42/Revista42_280.pdf.

¹⁷ Cujas identidade foi reconhecida oficialmente pela Comunidade Europeia com recomendação formal em pelo menos duas ocasiões para que fosse ensinado como disciplina autônoma no programa curricular das faculdades de Direito.

¹⁸ Por Lee Loevinger, em "Jurimetrics, The Next Step Forward", *Minnesota Law Review*, XXXIII, em 1949, conforme citado por Donato A. Limone na introdução a "Dalla giuritecnica all'informatica giuridica – studi dedicati a Vittorio Frosini", Milão, Giuffrè, 1995, coletânea de artigos por ele organizada.

¹⁹ Segundo Mario Losano, citado por mim em "Identidade e Aplicação...", *ib.*, p.282.

jurídicos, bem como por questões operacionais como a reduzida confiança, à época, nos benefícios da automação de determinados procedimentos forenses.

No fundo, a Informática Jurídica se situava no eixo da indefinição do que resultaria de conjugar a dependência da Informática à teoria dos sistemas, de um lado, com a pendência de discussões sobre a sistematicidade do Direito²⁰, de outro lado, sendo que, quanto a esta última, os juristas se dividiam em três correntes de entendimento: os que defendiam sistema jurídico formal baseado em concepções positivistas; os que entendiam que o Direito não é composto de sistemas e sim de problemas; e os que defendiam sistema móvel aberto à influência de valores e interesses²¹.

Tal indefinição nutria dúvidas sobre como estruturar a lógica²² e a taxonomia de bases de conhecimentos, fossem elas mais fechadas ou mais abertas.

Nesse diapasão, se indagava se “cérebros” eletrônicos deveriam ter grau de autonomia para comandar sistemas semelhante ao esperado de seres humanos e se procurava diferenciar entre a razão do homem, como “consciência natural”, e a programação dos robôs, como “consciência artificial”²³.

As dificuldades iniciais vieram a ser paulatinamente superadas à medida que a programação algorítmica ganhava em sofisticação mediante novos recursos de heurística que permitiam um sem-número de cruzamentos e processamentos semânticos, aumentando as possibilidades de “compreensão” inclusive de informações tidas como subjetivas²⁴. Assim, o uso da Inteligência Artificial no Direito foi gradativamente resgatado, enriquecendo o repertório de dados dos quais se viria a extrair conhecimentos para fins de prática jurídica.

Simultaneamente, a normatização e a jurisprudência sobre direitos de privacidade, intimidade e proteção de dados pessoais trouxeram balizadores que legitimaram a indexação de bancos de dados e de sistemas, minimizando a faixa de incerteza sobre informações legalmente aptas a serem armazenadas, processadas ou transmitidas.

Por fim, a impressionante curva ascendente²⁵ na capacidade computacional de estocar dados e na velocidade de combiná-los, impulsionada por inovações como *Big Data*, *Data Analytics* e outras, semeou a consciência de imprescindibilidade para as conveniências e comodidades humanas atuais de boa parte das novas funcionalidades e padrões de eficiência.

Com esse novo desenho do ambiente em que é operada, a Informática Jurídica “deslançou” na atração da atenção de estudiosos, cientistas, empresários,

²⁰ Essa análise é tecida por Mario G. Losano (em “Sistema e Estrutura no Direito”, vol. 2 – o século XX, São Paulo, Martins Fontes, 2010), comentando notadamente os estudos de Larenz, Esser, Viehweg, Wilburg e Canaris.

²¹ Valendo notar que ainda hoje se tem variantes de tais discussões na contraposição de posicionamentos entre “garantistas” e “ativistas”.

²² v. SARTOR, Giovanni. *Intelligenza artificiale e diritto – Un’ introduzione*. Milão: Giuffré, 1996. p.131-133.

²³ FROSINI, VITTORIO. *Cibernetica, diritto e società*. Milão: Edizioni di Comunità, 1983. p.12.

²⁴ Por meio de aproximação conceitual ou estatística, ou ambas.

²⁵ Durante tempo substancial, se constatou uma aceleração do avanço da Informática no ritmo do dobro da capacidade de processamento a cada 18 meses (fenômeno esse ao qual se deu o nome de Lei de Moore, em homenagem ao empresário que fez a observação respectiva).

usuários e, particularmente, de servidores públicos. Estes, com curiosidade aguçada por experiências de automação de processos, testes de adequação de decisões e outras ferramentas capazes de facilitar suas tarefas, têm se animado com a perspectiva de assegurar maior qualidade de condições de trabalho e maior produtividade e eficácia, repercutindo em maior senso de realização profissional e benefício social.

Nessa esteira, destaca-se a relação entre as categorias de servidores que são operadores do Direito e a sociedade em geral. Aqueles ficam dotados de aparato tecnológico potencializador de sua atuação. Já a sociedade pode mais facilmente enxergar em tal atuação a promoção da cidadania. A retroalimentação entre a seleção de melhores teses jurídicas e melhores julgamentos reverbera no aperfeiçoamento do acervo de diretrizes para padrões de conduta dos cidadãos e de fiscalização do cumprimento e aplicação da lei.

Cabe notar, porém, que o uso futuro da Informática Jurídica pelos gestores públicos descortina desafios cada vez mais instigantes, aí incluindo-se a constante adequação da programação informática à dinâmica das políticas públicas, o entrelaçamento entre “anonimização” de dados pessoais e publicidade de atos administrativos e o cuidado de compor sistemas respeitando prerrogativas das bases de dados de que se servem, compondo, juntamente com outras, um painel de questões a serem enfrentadas para a adoção da Informática Jurídica em sintonia com o Direito da Informática. Essas assimilações recíprocas sinalizam a relevância de se estruturar não só governo por sistemas mas também governo de sistemas.

III. De Sistemas de Governo a Governança de Sistemas: a Subsunção de Códigos Normativos em Códigos de Operação

A Cibernética é conhecida como estudo interdisciplinar da estrutura de sistemas reguladores, o que pode ser estendido tanto à regulação de sistemas físicos quanto a sistemas sociais. Por sua vez, sistemas em geral demandam funcionamento integrado de suas partes componentes. Agregando esses aspectos, a Cibernética moldou o Governo Eletrônico como sistema composto de princípios e regras de otimização do serviço público, que provinham sobretudo de decretos do Poder Executivo, ramificando-se em cascata de regulamentos com pormenores de implantação.

Essa estruturação vertical se revelou eficiente na modalidade de sistemas fechados, contidos em si mesmos (como, por exemplo, o sistema oficial de certificação de assinatura digital²⁶). Porém, a contemporaneidade veio para impor estruturas de poder horizontais, controles transparentes e funcionamento contínuo, exigindo que os sistemas sejam mais abertos, em vez do cenário de unidirecionalidades e “silos”.

Nesse quadro, se popularizou a expressão “governança”, em complemento à noção de “governo”. Sobre ela já era versada nas modalidades “governança corporativa”

²⁶ Como o sistema ICP-Brasil, utilizado inclusive para a certificação de peticionamento no processo judicial eletrônico, consistente numa estrutura piramidal encabeçada por autoridades certificadoras e tendo autoridades registradoras e usuários na base.

e “governança de tecnologia da informação” e daí para fundi-las em torno da boa condução do Governo Eletrônico foi um passo natural. Passou-se a falar em Governança Digital como pauta de gestão intrínseca do Governo Eletrônico²⁷.

A implantação da estrutura federal brasileira de Governo Eletrônico é ilustrativa a esse respeito. Após quinze anos de progressos contínuos, o Programa respectivo foi contemplado com a Governança Digital, assim definida na página oficial na Internet²⁸:

A Governança Digital é a utilização, pelo setor público, de tecnologias da informação e comunicação com o objetivo de melhorar a informação e a prestação de serviços, incentivando a participação dos cidadãos no processo de tomada de decisão e tornando o governo mais responsável, transparente e eficaz²⁹.

²⁷ “E-government” and “e-governance” can be defined as two very distinct terms. “E-governance” is a broader topic that deals with the whole spectrum of the relationship and networks within government regarding the usage and application of ICTs. “E-government” is actually a narrower discipline dealing with the development of online services to the citizen, more the “e” on any particular government service – such as e-tax, e-transportation or e-health. E-governance is a wider concept that defines and assesses the impacts technologies are having on the practice and administration of governments and the relationships between public servants and the wider society, such as dealings with elected bodies or outside groups (not-for-profit organisations, NGOs or private sector corporate entities, for example). E-governance encompasses a series of necessary steps for government agencies to develop and administer to ensure the successful implementation of e-government services to the public at large. The differences between these two important concepts are explored further in this chapter.” (RAMNARINE, Devindra e outra. Ob. cit. p.17).

²⁸ Disponível em: <<https://www.governodigital.gov.br/EGD.>>

²⁹ Tal objetivo é bem concatenado no Decreto nº 8.638, de 15.01.16, em seus artigos 1º e 4º:

“Art. 1º – Fica instituída a Política de Governança Digital para os órgãos e as entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, com as seguintes finalidades:

I – gerar benefícios para a sociedade mediante o uso da informação e dos recursos de tecnologia da informação e comunicação na prestação de serviços públicos;

II – estimular a participação da sociedade na formulação, na implementação, no monitoramento e na avaliação das políticas públicas e dos serviços públicos disponibilizados em meio digital; e

III – assegurar a obtenção de informações pela sociedade, observadas as restrições legalmente previstas.”

Art. 4º – O planejamento e a execução de programas, projetos e processos relativos à governança digital pelos órgãos e pelas entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional deverão observar as seguintes diretrizes:

I – o autosserviço será a forma prioritária de prestação de serviços públicos disponibilizados em meio digital;

II – serão oferecidos canais digitais de participação social na formulação, na implementação, no monitoramento e na avaliação das políticas públicas e dos serviços públicos disponibilizados em meio digital;

III – os dados serão disponibilizados em formato aberto, amplamente acessível e utilizável por pessoas e máquinas, assegurados os direitos à segurança e à privacidade;

IV – será promovido o reuso de dados pelos diferentes setores da sociedade, com o objetivo de estimular a transparência ativa de informações, prevista no art. 3º e no art. 8º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011; e

V – observadas as disposições da Lei nº 12.527, de 2011, será implementado o compartilhamento de dados entre os órgãos e as entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, sempre que houver necessidade de simplificar a prestação de serviços à sociedade.

Parágrafo único. As soluções de tecnologia da informação e comunicação desenvolvidas ou adquiridas pelos órgãos e pelas entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional observarão o disposto nos incisos I a V do *caput* deste artigo.”

Ou seja, percebe-se que a Governança Digital se coaduna com a terceira fase³⁰ de implantação do Governo Eletrônico, na qual a oferta de serviços públicos é ampliada e a interatividade com os cidadãos alcança patamares mais elevados. Logo, a pressupõe modularização, rápida conversão em código de programação e imediatividade de resposta a consultas e a pedidos são vitais, pressupostos esses cuja agilidade e precisão são asseguradas pela automatização³¹.

Isto significa que regras normativas devem ser subsumidas em códigos informáticos, cada vez mais sintéticos e potentes, para que possam contar com eficiência sistêmica no processo de sua instrumentalização. Vale dizer, as normas devem ser apreendidas por algoritmos, os quais, como equação matemática representativa de determinada função, são o coração, por assim dizer, da Cibernética. A Informática traduz essa absorção na forma de regras de operação³² capazes de revestir premissas e parâmetros e instruir o acionamento de comandos.

Portanto, a missão da Governança Digital é de escolher e formalizar regras procedimentais de sistemas que sejam legítimas, transparentes, impessoais e destinadas a garantir a ação esperada. Assim, garantem a pertinência e integridade dos sistemas e facilitam a integração com outros sistemas, num círculo virtuoso³³.

Por um outro viés, os processos a serem sistematizados pela Governança Digital devem estar redesenhados de modo matricial, correlacionando horizontal e verticalmente seus reflexos em regras informáticas de operação e regras jurídicas regulamentares para que controles transversais possam testar a adequação entre essas dimensões, legitimando sistemas e processos perante os olhos do Estado e da sociedade civil.

IV. Fiscalização e Investigação Eletrônicas nos Quadrantes da Prevenção e Repressão de Ilícitos: Segurança da Privacidade e Privacidade da Segurança

O Poder Público lida com a responsabilidade de prevenir e reprimir comportamentos irregulares e a Cibernética tem quota de contribuição a dar nessa direção, inclusive porque o meio informático é uma das principais plataformas para a

³⁰ A evolução da implantação do *e-government* pode ser classificada em quatro fases: “*La mayoría de los estudios distinguen cuatro etapas o estadios de desarrollo en las políticas de gobierno electrónico: información, interacción, gestión electrónica y transacción.*” (PIANA, Ricardo Sebastián. Ob. cit. p.114).

³¹ “*E-government is an institutional approach to jurisdictional political operations. E-governance is a procedural approach to co-operative administrative relations, i.e. the encompassing of basic and standard procedures within the confines of public administration. It is the later that acts as the lynchpin that will ensure success of the delivery of e-services.*” (RAMNARINE, Devindra e outra. Ob. cit. p.17).

³² No jargão informático, são chamadas de “regras de negócio” as convenções de procedimentos a serem executados pela programação de sistemas. Bem de notar que não se está aí a cogitar propriamente sobre os “negócios” mas sim sobre as “transações” (na terminologia da Informática, que corresponde a operações, uso demandados).

³³ “*La confluencia de estos desarrollos, por un lado el institucional y por otro el tecnológico, permite que la interacción entre ciudadanos y Estado se redefinan o por lo menos se replantee. (...) La correcta utilización de la tecnología permite que el Estado esté donde está el ciudadano. Se cierra la distancia entre el Estado y el ciudadano. El Gobierno se hace muy cerca de la gente.*” (OGILVIE-BROWNE, Diego Alejandro Beltrán. Iniciativas de un Estado más cercano a la gente, in: *Gobierno Digital – tendencias y desafíos*, ob. cit., p.38).

consumação de ilícitos. Enquanto “ciência de controle e comunicação”, ela se afigura instrumental para os propósitos de “monitoramento” da integridade, disponibilidade e confidencialidade (quando aplicável) dos sistemas.

Contudo, o monitoramento de sistemas usados por pessoas pode implicar, por tabela, monitorá-las. Neste ponto, a Cibernética precisa proteger a segurança de sistemas sem sacrificar a privacidade dos cidadãos e dos usuários dos sistemas de modo geral. Devendo proteger segurança da privacidade e privacidade da segurança, mais do que um antagonismo entre privacidade e segurança, a Cibernética deve fomentar zonas de convergência entre elas.

Para harmonizar privacidade e segurança em sistemas cibernéticos, a Governança Digital é a disciplina viabilizadora, como expressão dos compromissos de sigilo e segurança veiculados em regras informáticas de operação, adequadamente especificadas³⁴.

Sugestivamente, o Decreto instituidor da Governança Digital na Administração Federal elenca entre os princípios da Política respectiva os da “segurança e privacidade”, conjuntamente³⁵.

Neste quadro, insere-se a cautela³⁶ na condução de atividades de fiscalização e investigação empreendidas por setores do Poder Público³⁷, pois a Cibernética estimula o desenvolvimento de portais de dados que funcionam como ponto de convergência com os interesses e necessidades dos cidadãos, portanto as atividades concomitantes ou subsequentes de “monitoramento” ou de investigação devem respeitar os limites de respectivos poderes e mandados, para não desvirtuar a natureza e propósito predominante daqueles ambientes.

Na contemporaneidade, esmaece-se o limite entre o público e o privado, aguçando a necessidade de se identificar contornos delimitadores e revelá-los, deixando clara a proporcionalidade empregada na composição de tais fronteiras. A

³⁴ *“Information systems are increasingly important to the efficient operation of government, corporations and society in general. With that importance has come an increasing risk of information security breaches, compounded by the increasingly networked nature of systems. That makes effective information security a public policy issue of far broader impact than technical information technology (IT) policy.”* (BROWN; IAN e outros. Information Security and Cybercrime, in: EDWARDS, Lilian e WAELEDE, Charlotte (Orgs.). *Law and the Internet*. Oxford: Hart, 2009. p.671).

³⁵ Art. 3º, VI.

³⁶ *“(…) there is no definite guideline to determine the boundaries of anonymity and the interests that determine whether and to what extent limitations on anonymity are required or not. (...) there are various degrees between the extremes of the spectrum. People often claim they need to identify someone, whereas in fact it would be sufficient for them merely to ensure that identifying data coincides with the same person without the subject’s true identity being uncovered. Therefore, in balancing between anonymity and identification, policy-makers, the courts and scholars should not fail to address the distinction between identification and verification.”* (NICOL, Chris e PRINS, Corien. Anonymity: Challenges for Politics and Law, in: *Digital Anonymity and the Law*. Haia: TMC Asser Press, 2003. p.297).

³⁷ *“However, privacy is an important value and in surveys on e-government implementation, the issue arises of people wanting assurances that their personal information is secure. Beyond privacy there are also security issues (...). Governments who have evolved e-government and digital strategies have put a lot of emphasis on the importance of security, and on ensuring that secure networks are viable. (...), essential policies for good governance are privacy laws and security measures to protect individuals who go online to take advantage of online government programmes and services.”* (RAMNARINE, Devindra e outra. Ob. cit. p.69).

implantação de meios e fins adequados pode reforçar a cidadania e a democracia, mediante o renovado equilíbrio na instauração do acesso e interface entre os particulares e o Poder Público³⁸.

V. Depuração de Regramentos Obsoletos

A complexidade crescente do convívio humano em suas inúmeras dimensões induz multiplicação exponencial da normatização e veloz obsolescência de regras. Em face disto, a ficção por trás do preceito de que a ninguém é dado escusar-se de cumprir a lei corre o risco de tornar-se anacrônica, na medida em que decifrar o cipoal normativo se transforme em tarefa ingrata até mesmo para especialistas.

Esta conjuntura compromete sobremaneira o trabalho dos servidores públicos encarregados de bem conhecer a lei para zelar em nome do Estado pelo seu cumprimento. E afeta também as atividades legislativas e regulamentares, eis que sem a clara identificação do que subjaz vigente como passado normativo fica temerário editar novas normas sobre o mesmo tema.

Adicionalmente, o conhecimento impreciso das normas em vigor confunde os sistemas cibernéticos no seu desiderato de refletir em regras informáticas de operação as regras legais aplicáveis. A contaminação com regras legais e informáticas obsoletas polui o sistema de Governo Eletrônico e pode levar a resultados nocivos, supondo-se que o sistema cibernético pode vir a dar visibilidade com foros de oficialidade a regras que já deveriam ter sido afastadas.

Por conseguinte, o processo de depuração normativa interessa a múltiplos órgãos, nos três Poderes do Estado, sendo crível que desperte espírito de cooperação recíproca, haja vista o benefício coletivo para aqueles que elaboram, fiscalizam, julgam e cumprem as normas.

Entretanto, tal depuração nem sempre é mister simples. Isto porque as normas podem não estar adequadamente compiladas, classificadas ou sistematizadas e as ab-rogações e derrogações que embutem podem não estar explícitas.

Além disto, os princípios e critérios de hermenêutica por vezes não oferecem suficiente subsídio para resposta a situações de superposição de regras, entre outras dificuldades.

Por via de consequência, a segurança jurídica e a cidadania acabam prejudicadas, por esta razão, é imperiosa a depuração de normas obsoletas e a publicação de extrato das normas efetivamente vigentes.

³⁸ *“Quand les Grecs de l’Antiquité décidèrent d’écrire et de publier les lois, c’est-à-dire de les rendre publiques, ils instaurèrent ainsi une distinction inédite entre le domaine public et le domaine privé; distinction qui fonde et rend possible cette nouvelle forme de pouvoir politique qu’est la démocratie. La frontière entre le public et le privé est, d’une certaine façon, toujours tributaire du statut de l’écriture et des interfaces de publication qui lui sont associés: entre l’invention de l’écriture alphabétique en Grèce, celle de l’imprimerie par Gutenberg, puis l’apparition des écritures analogiques et aujourd’hui digitales, c’est à chaque fois un nouvel agencement du public et du privé qui se joue à travers l’écriture comme interface.”* (FAURÉ, Christian. Les interfaces digitales, in: *Digital Studies: organologie des savoirs et technologies de la connaissance*. Limoges: FYP, 2014. p.160-161).

As experiências cibernéticas com taxonomia de normas ao longo de décadas e os novos algoritmos capazes de ponderar informações subjetivas acenam com a possibilidade de desenvolvimento de projetos relevantes para o serviço público, o que será mais viável caso a Informática Jurídica observe sintaxes de programação baseadas em considerações de ética e razoabilidade, de meios e fins.

VI. Princípios e Critérios como Freios e Contrapesos

Por mais que o desenvolvimento tecnológico progrida na simulação das possibilidades humanas, sempre existirão limites, quando menos porque o homem não é dotado apenas de consciência e razão como as que podem ser incorporadas na memória e processamento de um robô, mas também de inconsciente e emoções e do fluxo entre essas instâncias. Parece pouco provável que tal complexidade venha a ser integralmente transferível via Cibernética.

Além de incompleta em comparação com bases de conhecimento humanas, a Cibernética não se propõe a desenvolver personalidades próprias (embora existam movimentos no sentido de equiparar robôs a seres humanos na individualização de identidades e em outros atributos)³⁹⁻⁴⁰.

Para que a dignidade da pessoa humana possa ser tratada de forma não reducionista, os princípios que regem as regras de operação de sistemas da Informática Jurídica carecem fundamentalmente não apenas de apreciação objetiva atinente ao princípio da legalidade, mas também e sobretudo de instrução por valores éticos. Se a preocupação com o bem comum, aqui tomada como conotação ética, é um complemento essencial para a aplicação razoável do Direito, a programação algorítmica não deve se guiar apenas por critérios de racionalidade, mas também por critérios de razoabilidade.

A incorporação da ética e da razoabilidade configura condição necessária, porém não suficiente, para aplicação autônoma de sistemas cibernéticos, eis que mesmo no campo da ética, dilemas existem, a requerer intervenção do espírito humano para que sejam administrados de forma legítima. Para estabelecer equilíbrio entre a inteligência do homem e a inteligência do computador, é precaução recomendável reservar espaço para intervenção humana quando a carga de subjetividade que alimente sistemas cibernéticos exceda a certos patamares, contingência essa que deverá ensejar controle assistido na conversão para padrões lógicos, como condição da própria operacionalidade.

Novas tecnologias costumam ser acompanhadas não só de novas soluções, mas também de novas necessidades. Se as relações entre pessoas e entre elas e o Estado poderão ser cada vez mais tangenciadas por programações algorítmicas,

³⁹ Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0051+0+DOC+XML+V0//EN>>.

⁴⁰ Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571379/IPOL_STU%282016%29571379_EN.pdf>.

o funcionamento ótimo e legítimo dos códigos de programação deverá levar em consideração códigos legais e códigos de ética e permitir que seres humanos estejam, em última instância, governando no timão, como preconiza a Cibernética. Isto requer habilidade na composição de um *modus operandi* entre diversas formas de linguagem e inteligência.

VII. Linguagem Natural, Compartilhamento de Conhecimentos e Extração de Inteligência

A disseminação de distintas tecnologias, linguagens de programação, algoritmos e bases de dados converteu a Cibernética em uma Babel eletrônica. Sucede, contudo, que, sem adequado cruzamento de dados entre esses instrumentos, não há compartilhamento de conhecimentos nem extração de inteligência, que são os objetivos da Inteligência Artificial.

A propósito: há duas modalidades de Inteligência Artificial, uma assim propriamente denominada, capaz de processar informações de forma mais eficiente do que os seres humanos conseguiriam fazer, donde o qualificativo “artificial”, e outra, chamada “computação cognitiva”, que vai além, sendo capaz de extrair novos conhecimentos por meio de inferências obtidas ao combinar informações disponíveis em um repertório.

Para ambas as modalidades de Inteligência Artificial, um dos alicerces de sua operacionalidade é a existência de padrões uniformes de leitura e compreensão, sem os quais não é viável aproveitar o leque de informações nem construir novos conhecimentos. Assim, a conversão em linguagem que seja a mais próxima possível da linguagem natural é pré-requisito para a integração de plataformas informacionais, pois aumenta as chances de convergência num denominador comum.

Essa realidade alcança inclusive o universo judiciário, como o evidencia uma iniciativa pensada no Brasil desde 1980, o Projeto Datasus, desenvolvido pelo Tribunal Federal de Recursos seguindo diretriz do Conselho da Justiça Federal, projeto esse que tinha, entre seus resultados planejados, os seguintes, valendo transcrever⁴¹:

(...) o projeto propiciará a análise da massa total dos processos, pela sua classificação e pela natureza das matérias, de forma a identificar aquelas mais significativas e prioritárias para a fixação da jurisprudência, de forma a ser objeto de sumulação pelo Tribunal Federal de Recursos, possibilitando, assim, de forma racionalizada, a redução do volume crescente de recursos. Pela interligação com os sistemas da Justiça Federal será possível detectar-se, previamente,

⁴¹ PALET, Jorge Imperial Amaral. *A Informática e o Judiciário*. Brasília: Fundação Petrônio Portella, 1985. p.26-27.

casos de maior incidência que surgem na Primeira Instância, de forma a serem tomadas medidas tempestivas antes que se avolumem os recursos na Segunda Instância.

A possibilidade da análise do fluxo processual permitirá a reunião de elementos quantitativos essenciais para definição de soluções, metas e prioridades na Administração Judiciária, inclusive quanto à estrutura, recursos humanos e meios para solução dos problemas, de forma precisa e segura.

A utilização dos relatórios estatísticos tem sido de grande utilidade para o Tribunal e agora, com maior disponibilidade, autonomia e velocidade de impressoras, tais relatórios atingirão seus reais objetivos para possibilitar maior racionalização dos serviços e, em consequência, minorar o desgaste decorrente dos grandes volumes processuais, resultando em maior produtividade, já que os relatórios e o sistema de controle por fases de movimentação física ou processual permitem a identificação dos casos similares, facilitando o estudo conjunto de materiais assemelhados.

Projetos como o descrito podem, em princípio, ser implantados em qualquer área de atuação de operadores do Direito e não somente no sentido da racionalização do trabalho e do aumento da produtividade e qualidade. Também na formação de bases de convicção ou de decisão, a extração de inteligência pode ser útil seja para um juiz, seja para postulantes (em nome próprio ou de terceiros) em lides judiciais, inclusive para que estes últimos possam deduzir previamente com maior acurácia as chances de seu pleito e, conseqüentemente, possam pautar seu comportamento, evitar ajuizamentos temerários e buscar autocomposição.

O desenvolvimento dos chamados “sistemas especialistas legais” (SEL) veio para auxiliar a atividade jurisdicional, não necessariamente para gerar petições ou sentenças, mas principalmente para indicar subsídios de fundamentação.

Este talvez seja o maior benefício para a qualidade do conteúdo da prestação e, por via de extensão, para promover integração mais orgânica de considerações sistêmicas e extrassistêmicas, na linha do que aventa o juiz Proteus⁴², para além das teorizações que comparam nas lições de François Ost o juiz Júpiter (de índole positivista), o juiz Hércules (tendente a privilegiar as circunstâncias de fato, invocado também por Ronald Dworkin) e o juiz Hermes (que busca o meio-termo entre o logicismo e o antiformalismo).

Em última análise, isto significa que a razoabilidade há de ser compilada ou inferida a partir da soma de vários fatores a serem ponderados em uma decisão. Ela deve instruir o algoritmo de apoio à decisão, temperando a lógica formal e, ao

⁴² MONTEIRO, Cláudia Servilha. O Juiz Proteus – decisões judiciais e sistemas especialistas legais de base argumentativa, in: *Direito e Informática*. Ob. cit. p.466-469.

mesmo tempo, sendo convertida em parâmetro, sobretudo, pela exclusão daquilo que seja tido como irrazoável e que por tal razão tenha sido excluído como opção⁴³.

A “algoritmização do Direito”⁴⁴ é tema que demanda prudência⁴⁵ e reconhecimento dos limites teóricos e práticos que ela impõe, além de planejamento baseado na sedimentação de experiências. Nem por isso, porém, deixa de ser pauta inafastável no rumo de transformação que a contemporaneidade impõe, contanto que concilie as tradições e os limites da atividade jurídica com as inovações tecnológicas⁴⁶.

VIII. Viabilidade e Equilíbrio na Implantação de Melhorias Cibernéticas no Serviço Público

Como se pode depreender dos tópicos acima, o Governo Eletrônico é realidade há décadas e a Inteligência Artificial é conceito ainda mais antigo, cuja concretização pendia do desenvolvimento de algoritmos mais potentes, como os que se tem nos dias de hoje.

⁴³ “A proposta de construção de um modelo de racionalidade prática a ser aplicado no Direito, pelas metodologias jurídicas argumentativas, pretende atender às antigas demandas por critérios racionais de justiça e de logicidade da operação, com valores que foram abertamente ignorados pelo pensamento jurídico preocupado com o exame estrutural e analítico do Direito. A Teoria da Argumentação Jurídica procura responder à questão de como garantir decisões racionais a partir da prática argumentativa, inevitavelmente ligada ao plano axiológico do opinável. A pragmática jurídica é usualmente identificada com a Teoria da Decisão. Dentro deste vasto território, encontram seu endereço as mais variadas orientações metodológicas, entre as quais a Teoria da Aplicação do Direito, a Teoria da Justiça e a Teoria da Argumentação Jurídica. (...) Em um KBS de base argumentativa, o índice de verificabilidade e correção do sistema teria que, forçosamente, estar vinculado à ideia de razoabilidade, dado que o razoável é o paradigma de racionalidade da Teoria da Argumentação. Na prática jurídica efetiva, está frequentemente mais presente aquilo que é razoável e não razoável do que aquilo que é, ou não, racional. A razão prática aplicada ao Direito e, portanto, ao SEL, funcionaria mais pela negação de escolhas não razoáveis do que pela indicação das razoáveis. A vagueza da noção de razoável é superada pela vinculação do seu sentido ao meio no qual é aplicada. A determinação do que é razoável é feita pelo que a própria sociedade entende como aceitável. Desta forma, o que é razoável não pode estar predeterminado como um conceito apriorístico. Para Julia Barragán (2000, p.72-3), SEL fundados nos modelos teórico-jurídico formais não lograram êxito justamente por olvidar o mecanismo interno de funcionamento efetivo dos raciocínios jurídicos. Uma vez que a dimensão argumentativa do Direito seja cautelosamente investigada, de modo a estabelecer parâmetros de logicidade, será possível o desenvolvimento de SEL sobre a forma argumentativa do Direito”, *idem, ib.*, p.475-476.

⁴⁴ Para maior referência sobre o assunto, v. ROVER, Aires. *Sistemas Especialistas Legais: Limites e Perspectivas, in: Direito e Informática*. Ob. cit. p.443 e ss.

⁴⁵ “(...) Porém, a inteligência artificial jamais compreenderá verdadeiramente a angústia dos injustiçados. O computador pode identificar a injustiça, mas não será capaz de senti-la. Nesse ponto, os advogados, promotores e juizes são insubstituíveis.” CASTRO NEVES, José Roberto. *Como os advogados salvaram o mundo*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2018. p.293).

⁴⁶ “En efecto, la informática no sólo provee de ciertos medios materiales, de ciertos utensilios de trabajo, que son comunes ya a cualquier científico o técnico cualquiera que sea el campo del que proceda, sino que suministra también una serie de conceptos (...) y de formas de razonamiento de uso común. En consecuencia, permite la comunicación, o al menos un comienzo de comunicación, donde antes sólo había ignorancia recíproca, silencio. Seguramente no sea mucho, pero al menos es algo. Algo que los juristas no deberían desaprovechar si no desean resultar definitivamente desplazados de la cultura contemporánea. Y una manera de marginarse consiste en pensar – lo que no es infrecuente – que la informática sólo incide en el Derecho – o, mejor, en la cultura jurídica – en forma externa, suministrando una nueva rama del Derecho positivo y de la dogmática jurídica, pero sin que llegue (o deba llegar) a formar parte propiamente del bagaje cultural del jurista; éste renuncia, en consecuencia, a colaborar con los informáticos (a los que, obviamente, no puede substituir) en la tarea de aplicar los ordenadores a las diversas instancias de la vida jurídica. Sólo resta añadir que con ello no va a ganar tampoco el proceso de racionalización del Derecho”. (ATIENZA, A. Manuel. *Enseñanza del Derecho y Informática Jurídica, in: Problemas Actuales de la Documentación y de la Informática Jurídica*. Madrid: Tecnos, 1987. p.245). Também denominado princípio da não discriminação do meio digital (*apud* LORENZETTI, Ricardo. *Comércio Eletrônico*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p.86).

Com a adição do *Big Data*, que proporciona impressionante aumento na capacidade e velocidade de armazenamento e de processamento, e da Computação em Nuvem, que otimiza a alocação técnica e econômica da localização e dispersão de bases de dados e do acesso a sistemas, o Poder Público se torna apto a fiscalizar, em tempo real, o cumprimento de leis e políticas públicas, depurar normas obsoletas e dar visibilidade ao extrato das normas vigentes e sua ramificação, selecionar melhores fundamentos para teses jurídicas e motivações de decisões, compatibilizar bases de dados para maximizar inteligência, acolher interatividade mais ampla e bidirecional com os cidadãos e tantas outras potencialidades tendentes a melhorar, substancialmente, suas ofertas e desempenho⁴⁷, potencializadas ainda pela Internet das Coisas, que permite informações remotas com base em sensores, pela tecnologia *blockchain*, que estrutura bancos de dados de forma aberta e cooperativa, e pelas técnicas de Segurança da Informação, que garantem sigilo e proteção quando e onde necessário.

Por outro lado, a implantação – maior ou menor, mais veloz ou mais gradual – desse aparato pode e deve ser cercada de cuidados para que, na programação, haja lugar para apreender e assimilar as observações dos usuários e para que considerações de ordem ética possam instruir as especificações e as regras de operação informática, bem como para assegurar que a intervenção humana esteja sempre disponível para monitorar a adequação e filtrar ou corrigir desvios⁴⁸.

O equilíbrio assim buscado deve ser enriquecido com análise crítica das lições aprendidas em experiências anteriores no Brasil e no exterior, escolha de posicionamentos

⁴⁷ Como o sistema Aletheia, desenvolvido para manter uma base de atualização permanente disponível aos cidadãos contendo informações sobre evolução jurisprudencial e doutrinária referente ao Código do Consumidor: “O Aletheia é um sistema de recuperação de informações contidas no Código de Defesa do Consumidor. O Aletheia utiliza como técnica de IA o Raciocínio Baseado em Casos (RBC). O RBC usa experiências anteriores e semelhantes para a solução de um problema novo e, por essa razão, é uma técnica muito adequada ao domínio jurídico, pois utiliza o mesmo tipo de raciocínio utilizado pelos juristas na solução de um problema. A eficiência do raciocínio analógico determina o RBC com uma tecnologia chave para o desenvolvimento de sistemas de suporte a decisões no domínio jurídico. A metodologia dessa técnica foi adaptada ao sistema jurídico brasileiro. O conhecimento dos especialistas foi usado como modelo para a determinação da representação dos casos e da extração do conhecimento. A eficiência desse sistema de busca contextual é resultante da combinação de técnicas de Recuperação de Informação e de Inteligência Artificial (IA) com o conhecimento jurídico do especialista. Esta metodologia é denominada Pesquisa Contextual Estruturada - PCE. Isso possibilita uma recuperação com resultados melhores e mais adequados do que os obtidos pelos sistemas existentes no mercado. O desenvolvimento, por meio dessas metodologias, permite: facilitar o acesso do profissional do direito, e também do cidadão, a estas informações armazenadas em banco de dados disponíveis na Internet; atualizar automaticamente a base de conhecimento do sistema, permitindo que novos casos sejam disponibilizados para o usuário, sem a intervenção do mesmo.” (GARCIA, Thais Helena B. e outros. *Sistemas Inteligentes na Era do Governo Eletrônico: uma aplicação para enquadramento legal no âmbito do Direito do Consumidor*, in: *Direito e Informática*. Ob. cit., 486-487).

⁴⁸ “A herança cultural de que se nutre o saber jurídico, com seu porte cognoscente formal e também seus resíduos teológicos (ambas as coisas apresentando, por certo, um lado positivo) continua fazendo do cientista do direito um intelectual, que evita o contato demasiado comprometedor com temas e linguagens providos de disciplinas outras (...) Mesmo no meu caso, pois que sou um apocalíptico (no sentido de Umberto Eco) e um pessimista, é fora de dúvida que muitas das resistências, que, em nome do humanismo, se opõem à tecnificação das coisas, nascem de uma certa desinformação. A invasão das máquinas é uma realidade histórica e cabe à consciência crítica controlar os seus efeitos, atendendo-se, inclusive, à velha expressão: nem tanto ao mar nem tanto à terra. Há milênios os homens lutam entre mudar as coisas e conservar costumes e o advento do direito cibernético vem, certamente, modificar estruturas mentais.” (Nelson Saldanha, in: *Apresentação a “O Direito Cibernético”*, de Alexandre Freire Pimentel. Rio de Janeiro: Renovar, 2000).

neutros e independentes (evitando-se o sectarismo de posicionamentos ideológicos ou de outra ordem) e articulação teórico-prática que privilegie o enfoque indutivo, já identificado como o mais tendente a atender as necessidades no campo da Informática Jurídica e do Direito da Informática⁴⁹.

Em conclusão, se há de constatar que, na sociedade contemporânea, cada vez mais os serviços são oferecidos e prestados no canal eletrônico e o serviço público se insere nesse panorama, que abarcou a sociedade como um todo. Ao longo das décadas em que foi conceituada e testada, a evolução da tecnologia trouxe o amadurecimento da oportunidade do aperfeiçoamento informático do Poder Público. O desafio agora é olhar bem o histórico da Cibernética para que se possa dar, com segurança, o passo à frente.

⁴⁹ "(...) para el jurista actual adquirir una 'consciencia tecnológica' no equivale simplemente a una actitud de sensibilidad hacia la relevancia instrumental de las nuevas tecnologías para el derecho, sino que entraña percibir las como el marco de referencia ineludible de las construcciones teóricas y vicisitudes prácticas de la experiencia jurídica." (PÉREZ LUÑO, in: Prólogo a "Problemas Actuales de la Documentación y de la Informática Jurídica". Madrid: Tecnos, 1987. p.15).

Princípio do Tempo Razoável de Duração do Processo e a Celeridade das Manifestações do MP

Luís Alberto Thompson Flores Lenz*

Sumário

1. Introdução. 2. Garantias Constitucionais do Processo e Celeridade. 3. Celeridade Processual como Princípio Constitucional Internacional. 4. Celeridade no Ordenamento Jurídico Brasileiro. 5. Conceito de Celeridade Processual. 6. Aplicabilidade ao Ministério Público. 7. Conclusão. Bibliografia.

Resumo

Versa o presente estudo sobre as implicações sobre o Ministério Público da imposição constitucional da celeridade processual, decorrente da aprovação da Emenda Constitucional nº 45/04, notadamente no que diz com os procedimentos internos de investigação deste órgão, bem como também com relação a sua atuação processual nas instâncias cível e criminal.

Abstract

The present study is about the implications on the Public Prosecutor of the constitutional imposition of procedural celerity, resulting from the approval of Constitutional Amendment nº 45/04, notably with regard to the internal investigation procedures of this body, as well as with respect to its procedural action in the civil and criminal courts.

Palavras-chave: Ministério Público. Celeridade processual. Implicações.

1. Introdução

Em comemoração aos 30 anos do advento da Constituição Federal de 1988, e consorciado a ilustres Colegas, pretendemos abordar temas institucionais com enfoque constitucional, ressaltando a atuação do Ministério Público nessas situações determinadas.

Dentro dessa realidade, principalmente na era digital, é imprescindível analisar a aplicabilidade ao *Parquet* do disposto no inciso LXXVIII do art. 5º da CF, proveniente da Emenda Constitucional nº 45/04, que inseriu no texto constitucional o princípio da celeridade processual, consubstanciada na expressão “tempo razoável de duração do processo”.

É o que passaremos a fazer.

* Especialista em Direito Político. Membro do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.

2. Garantias Constitucionais do Processo e Celeridade

Tendo em vista que o processo está intimamente ligado à proteção dos direitos fundamentais e à atividade jurisdicional do Estado, as modernas constituições dos países democráticos têm inserido alguns de seus princípios mais relevantes no texto da lei maior.

Dessa constatação nasce o “Direito Processual Constitucional” que, na precisa lição de Renzo Provinciali¹, é distinto do “Direito Constitucional Processual”, uma vez que, enquanto este disciplina o processo constitucional, aquele “*comprende tutti i principi e gli istituti costituzionali di diritto processuali*”.

Tal opção, entretanto, e como magistralmente assinala Luigi Paolo Comoglio, não objetiva apenas promover uma mera reprodução de normas legais, com reforço formal, através da sua inserção na constituição, impossibilitando qualquer modificação na via ordinária.

Muito pelo contrário; o escopo do constituinte foi atribuir caráter supralegal a esses comandos, verdadeiras diretrizes a nortear o proceder da administração e do Poder Judiciário na aplicação da justiça.

Isso foi o que assinalou este jurista peninsular na seguinte passagem:

Del resto, le garanzie costituzionale dell'individuo vanno considerate (al pari dei principi programmatici che caratterizzano l'ordinamento politico) elementi-cardine della costituzione in senso materiale, come fattori di “giuridicizzazione del fine politico” ad essa immanente, poiché la struttura di uno Stato democratico si fonda necessariamente sul rapporto autorità-libertà, che le “norme di garanzia” delineano a tutela del cittadino nei confronti dei pubblici poteri. Per questa ragione, esse rivestono anche i caratteri di criteri-guida nell’interpretazione costituzionalmente conforme” delle norme vigenti.²

Semelhante entendimento vem ao encontro do que é chamado no direito anglo-americano de tutela constitucional do “*due process of law*”, ou seja, do devido processo legal.

Ele corresponde, no ordenamento jurídico romano-germânico, segundo a precisa lição de Vincenzo Vigoriti³, a “*una serie di garanzie, già implicite se si vuole nel precetto costituzionale, che, variamente operando nel corso dell’iter processuale, mirano appunto a tutelare l’effettività della garanzia principale*”.

E tal garantia principal, na visão deste mesmo mestre, atende “*ad uno scopo comune: l’istituzione e lo svolgimento del contraddittorio*”.

¹ PROVINCIALI, Renzo. In: *Norme di Diritto Processuale Nella Costituzione*. Milão: Editora Guiffre, 1959. p. 17/8.

² COMOGLIO, Luigi Paolo. In: *La Garanzia Costituzionale Dell’Azione Ed Il Processo Civile*. Padova, Editora Cedam, 1970. p. 37.

³ VIGORITI, Vincenzo. In: *Garanzie Costituzionali Del Processo Civile*. Milão: Ed. Dott. A. Guiffre, 1973. p. 3.

A certa altura, Vigoriti conclui o seu raciocínio com a seguinte passagem:

Due process e art. 24, anzitutto, hanno dimostrato di non avere soltanto il medesimo contenuto di base – garanzie dell’azione e della difesa in giudizio –, ma di venire anche progressivamente assumendo una portata analoga nel corso del processo. Li abbiamo visti operare in tutto l’arco del procedimento, assicurando alla parte ora una ragionevole possibilità di essere messa a conoscenza dell’esistenza della causa, ora il diritto alla prova, ora la terzietà del giudice rispetto agli interessi coinvolti, e così via. Si è vista la giurisprudenza enucleare volta per volta, facendo leva sul precetto principale, una serie di garanzie che, nel loro insieme, incidendo in momenti e a livelli diversi, mirano a tutelare quel nucleo centrale irrinunciabile, quel “mínimo” che in questo momento storico, in un ordinamento che si informa a certe premesse ideologiche, deve essere identificato nel principio del contraddittorio, inteso come possibilità concreta ed effettiva d’instaurare e partecipare al “dialogo”.⁴

É dentro deste contexto e com essa extensão que deve ser entendido o princípio constitucional do “tempo razoável de duração do processo”, ou celeridade processual, inserido no corpo da CF/88 pela EC nº 45/04.

Ele corresponde a uma verdadeira diretriz dirigida à administração pública, notadamente na esfera processual, no sentido do aprimoramento da sua eficiência, objetivando combater a chaga da morosidade processual.

3. Celeridade Processual como Princípio Constitucional Internacional

A necessidade de rapidez e agilidade que toma conta do mundo moderno fez com que vários países inserissem, em suas constituições, dispositivos contemplando a necessidade de celeridade da atuação judicial.

Nesse sentido, e como não poderia deixar de ser, é o teor do disposto no art. 20 da Constituição Portuguesa de 1976, *in verbis*:

Art. 20 (Acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva)

1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos.

2. Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade.

⁴ _____. *In: Garanzie Costituzionali Del Processo Civile*. Milão: Ed. Dott. A. Guiffre, 1973. p. 169.

3. A lei define e assegura a adequada proteção do segredo de justiça.
4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.
5. Para a defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efetiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos.

Quem apreendeu, com rara felicidade, o escopo do comando constitucional em discussão foram os eméritos juristas lusitanos Jorge Miranda e Rui Medeiros na seguinte passagem:

X – O artigo 20, nº 4, inclui, desde 1997, uma referência expressa ao direito a que a causa seja objeto de uma decisão jurisdicional em prazo razoável. Todavia, mesmo antes da quarta revisão constitucional, a solução já resultava implicitamente do próprio direito de acesso aos tribunais, não sendo, por conseguinte, necessário, para afirmar em Portugal um direito fundamental a uma decisão em prazo razoável, recorrer ao artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

A Constituição não indica os parâmetros de concretização do conceito de prazo razoável. Em qualquer caso, na sua densificação, não se pode ignorar que o direito a uma decisão jurisdicional final (a que a causa seja objeto de decisão...) em prazo razoável não possa deixar de ser compatibilizado, por força do artigo 20, nº 4, com as exigências decorrentes de um processo justo e equitativo que permita a averiguação da verdade material e uma decisão ponderada (Acórdão nº 212/00). Além disso, independentemente de considerações de natureza subjetiva ou fundadas no modo como estão organizados os tribunais e distribuídos os juízes, um prazo razoável deve ser proporcionado à complexidade do processo (Acórdão nº 248/02 – *cf.*, ainda, JOÃO CAUPERS, A pretexto do Acórdão do STA de 15 de Outubro de 1998, *in* CJA, nº 17).

O artigo 20, nº 4, conjugado com o artigo 22, permite aos particulares lesados pela excessiva morosidade da justiça propor, nos tribunais portugueses, uma ação de responsabilidade civil contra o Estado.⁵

⁵ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *In: Constituição Portuguesa Anotada*. Coimbra Editora Ltda., 2005. Tomo I, p.192.

Em sede da Constituição Espanhola de 1978, tal matéria foi abordada pelo art. 24, que conta com a seguinte redação:

Artículo 24

1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho a juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

Ao interpretar esse dispositivo, Oscar Alzaga⁶ reconhece que o mesmo contemplou os maiores princípios do moderno ordenamento penal, assim como também da esfera processual.

Da mesma forma, Luis Fernández Antelo, em estudo intitulado “*Garantías Constitucionales Del Proceso (art. 24.2 CE)*”, ao compilar os julgamentos do Tribunal Constitucional Espanhol, assevera que:

[e]n materia de dilaciones indebidas, y sin entrar en pronunciamientos con incidencia sólo tangencial en dicho derecho, se mantiene íntegramente la doctrina del Tribunal al respecto, en especial la referida a los supuestos en que el dictado de resolución finalizadora del proceso a fecha de presentación de la demanda de amparo priva de objeto a las pretensiones.

No que diz com a Constituição Italiana de 1947, quem disciplina a espécie é o art. 111, *in verbis*:

⁶ ALZAGA, Oscar. In: *La Constitución Española de 1978 (Comentario Sistemático)*. Madri: Ediciones Del Foro, 1978. p. 238/239.

⁷ ANTELO, Luis Fernández. In: *La Defensa de los Derechos Fundamentales: Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010. p.173.

Art. 111 - La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge.

Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata.

Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo.

Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore.

La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita.

Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati.

Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra.

Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione.

Para os constitucionalistas italianos, notadamente aqueles que participaram da obra coletiva de Vezio Crisafulli e Livio Paladin⁸, “una giustizia realizzata a rilento è soprattutto un grave male sociale: provoca danni economici (immobilizzando beni e capitali), favorisce la speculazione e l'insovenza, accentua la discriminazione tra chi ha la possibilità di attendere e chi nell'attesa ha tutto da perdere”.

⁸ CRISAFULLI, Vezio; PALADIN, Livio. In: *Commentario Breve Alla Costituzione*. Padova: Editora CEDAM, 2008. p. 977.

Tanto isso é verdade que o texto original dessa Carta Magna foi alterado nos anos 2000, passando a inserir a preocupação com a celeridade processual, sendo que esta constitui uma “*garanzia oggettiva, la cui attuazione spetta al legislatore*”.

Feitas todas essas referências às constituições europeias que abordaram essa matéria, já é tempo de examinar o ordenamento jurídico nacional.

4. Celeridade no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Em sede de ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da celeridade processual foi inserido na CF/88 pela EC nº 45/04, sendo que o art. 5º da Carta Magna passou a contar com mais um inciso vazado nos seguintes termos:

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

(...)

LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade da sua tramitação.

Tal preceito recebeu a seguinte apreciação dos juristas Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *in verbis*:

139. Razoabilidade da duração do processo. A norma garante aos brasileiros e residentes no Brasil o direito à razoável duração do processo, judicial ou administrativo. Razoável duração do processo é conceito legal indeterminado que deve ser preenchido pelo juiz, no caso concreto, quando a garantia for invocada. Norma de eficácia plena e imediata (CF, art. 5º, §1º), não necessita de regulamentação para ser aplicada. Cabe ao Poder Executivo dar os meios materiais e logísticos suficientes à administração pública e aos Poderes Legislativo e Judiciário para que se consiga terminar o processo judicial e/ou administrativo em prazo razoável.⁹

Já para o Ministro Alexandre de Moraes¹⁰, o comando em questão não importou em qualquer inovação, eis que já estava contemplado nos princípios do devido processo legal e da eficiência aplicável à administração pública (art. 37, *caput*, da CF).

⁹ NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. In: *Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional*. 6ª edição. São Paulo: Editora RT, p. 281.

¹⁰ MORAES, Alexandre de. In: *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 9ª edição. São Paulo: Editora Atlas, p. 452.

Quanto ao novo CPC/2015, ele regulou a matéria em seu artigo 4º, que conta com o seguinte teor: “Art. 4º. As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.”

Observa-se o quão pretenciosa é a redação desse dispositivo, pretendendo reconhecer aos litigantes não apenas o acesso ao Poder Judiciário, ou a medidas liminares/cautelares, com brevidade, mas também à plena efetivação da decisão, aí incluída a sua execução.

É evidente que, em se tratando de comando genérico, a sua implementação demandará adaptação caso a caso, conforme a complexidade da causa, o número de partes, a estrutura pública à disposição do judiciário no caso concreto etc.

Diversos outros artigos da legislação brasileira poderiam ser invocados nesse momento, uma vez que eles contam com redação análoga à dos que foram transcritos.

Entretanto, como esses ilustram bem a matéria aqui enfrentada, passaremos ao próximo item desse estudo.

5. Conceito de Celeridade Processual

Como assinalamos acima, definir celeridade processual não é tarefa fácil, eis que a aplicabilidade desse conceito, no caso concreto, varia conforme a época e as condições à disposição das partes e do órgão julgador.

Uma ideia que deve ser afastada de pronto é aquela que confunde celeridade com aodamento, notadamente quando este vem em detrimento da observância da ampla defesa e do contraditório.

Nesse sentido, apenas para exemplificar, devemos ter presente a advertência do maior processualista português, o saudoso José Alberto dos Reis, que ao comentar antigo artigo do CPC lusitano de 1939, notadamente na parte que aborda o “poder de impulsão” do juiz, asseverou:

A lei quer que a justiça seja, quanto possível, pronta. Prontidão não quer dizer precipitação. Há que conciliar, em justa medida, o interesse da rapidez com o interesse da segurança. Assim como o excesso de velocidade dum veículo pode pôr em grave risco a integridade e segurança do condutor e dos passageiros, também a celeridade excessiva da máquina da justiça pode comprometer seriamente o interesse superior do apuramento da verdade e do triunfo da justiça. Está bem que se vá depressa, contanto que se chegue ao fim são e salvo. Chegar são e salvo ao fim quer dizer, neste caso, garantir, convenientemente, a defesa dos direitos em conflito por maneira que a decisão possa qualificar-se de serena e justa.

Desde que não se atropelem as garantias essenciais da boa administração da justiça, importa que o movimento do processo seja rápido. O justo equilíbrio entre as duas finalidades – a da celeridade e a da segurança – é uma questão de política legislativa (...).¹¹

Posteriormente, tal jurista conclui afirmando:

Justiça pronta significa, portanto, justiça exercida dentro do período de tempo previsto pela lei, em atenção às necessidades da boa administração da justiça; por outras palavras, significa que o processo se desenvolve regularmente dentro dos termos e prazos legais, sem incidentes que o entorpeçam nem dilações que o paralise.¹²

Esse, na verdade, é o conceito de celeridade, ou seja, a rapidez que não comprometa o resultado útil do processo, observadas todas as suas garantias legais.

Nesse sentido, também, e como não poderia deixar de ser, é o posicionamento da Corte Europeia de Direitos do Homem, coligido por Vezio Crisafulli e Livio Paladim, na seguinte passagem:

La Corte europea ha riconosciuto un'importanza decisiva al canone della ragionevole durata tanto da accogliere i ricorsi fondati sulla sua violazione in un numero davvero elevato di casi ... Peralto la Corte ha sempre chiarito che la celerità non costituisce un valore assoluto, da attuare ad ogni costo. Essa va bilanciata con altri valori fondamentali: per quanto l'obiettivo dell'economia e dell'accelerazione della procedura rivesta importanza decisiva, questo non può essere perseguito a discapito del diritto ad una procedura in contraddittorio, del diritto di difesa, dell'esigenza di una corretta amministrazione della giustizia (...).¹³

Para tal Colegiado, somente se poderá verificar a ocorrência de morosidade processual indevida levando-se em consideração três fatores: a) a complexidade da matéria; b) o proceder dos litigantes e seus advogados; e c) o empenho do órgão jurisdicional.

E, como bem assevera a doutrina invocada por José Rogério Cruz e Tucci¹⁴, dilações indevidas são:

¹¹ REIS, José Alberto dos. In: *Comentários ao Código de Processo Civil*. Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1946. Volume 3, p. 12.

¹² _____. In: *Comentários ao Código de Processo Civil*. Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1946. Volume 3, p. 13.

¹³ CRISAFULLI, Vezio; PALADIN, Livio. In: *Commentario Breve Alla Costituzione*. Padova: Editora CEDAM, 2008. p. 978.

¹⁴ CRUZ e TUCCI, José Rogério. In: *Garantias Constitucionais da Duração Razoável e da Economia Processual no Projeto do CPC*. Artigo publicado na *Revista de Processo da RT*, 192, p. 198 .

[o]s atrasos ou delongas que se produzem no processo por inobservância dos prazos estabelecidos, por injustificados prolongamentos das etapas mortas que separam a realização de um ato processual de outro, sem subordinação a um lapso temporal previamente fixado, e, sempre, sem que aludidas dilatações dependam da vontade das partes ou de seus mandatários.

Já o *dies a quo* do arco temporal admissível é, no crime, o momento em que uma pessoa é acusada e, no cível, a data da propositura da ação.

Já o *dies ad quem* corresponde, no crime, ao momento em que for proferida a sentença e, na esfera cível, a data da consumação da execução.

6. Aplicabilidade ao Ministério Público

Tudo que foi antes referido se aplica, no que for compatível, ao Ministério Público.

Também esse órgão do Estado tem o dever de atender à obrigação de eficiência imposta no art. 37 da CF.

Isso é o que afirma, com a costumeira correção, o insuperável HUGO NIGRO MAZZILLI¹⁵, o qual expressamente consigna que “além da obrigação de manter ilibada conduta pública e particular e de zelar pelo prestígio da Justiça, por suas prerrogativas e pela dignidade de suas funções, a LOMPU e a LONMP impõem inúmeros deveres aos membros do Ministério Público”, encargos esses que estão contemplados, respectivamente, em seus artigos 236 (LC nº 75/93) e 43 (Lei nº 8625/93).

No que diz com a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público dos Estados (Lei nº 8625/93), ela dispõe o seguinte:

Art. 27. Cabe ao Ministério Público exercer a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, sempre que se cuidar de garantir-lhe o respeito:

(...)

II – zelar pela celeridade e racionalização dos procedimentos administrativos;

III – dar andamento, no prazo de trinta dias, às notícias de irregularidades, petições ou reclamações referidas no inciso I.

Art. 43. São deveres dos membros do Ministério Público, além de outros previstos em lei:

(...)

¹⁵ NIGRO MAZZILLI, Hugo. *In: Regime Jurídico do Ministério Público*. 7ª edição. São Paulo: Editora Saraiva. p. 492.

IV – obedecer aos prazos processuais;

(...)

VI – desempenhar, com zelo e presteza, as suas funções.

Da mesma forma, a Lei Complementar nº 75/93 assevera, *in verbis*:

Art. 236. O membro do Ministério Público da União, em respeito à dignidade de suas funções e à da Justiça, deve observar as normas que regem o seu exercício e especialmente:

I – cumprir os prazos processuais;

(...)

IX – desempenhar com zelo e probidade as suas funções.

Nesses comandos, e como não poderia deixar de ser, está expressamente contemplado o respeito ao princípio constitucional da celeridade, integralmente aplicável a essa instituição.

Ele deve ser atendido em todas as fases de atuação do Ministério Público, notadamente na instauração do inquérito civil e na cobrança de presteza na conclusão das diligências aí solicitadas, bem como na efetivação das oitivas e perícias determinadas nessa instância.

Com esse intuito, tal ente público deve realizar convênios com universidades e órgãos técnicos diversos, bem como contratar servidores especializados, objetivando acelerar a elaboração de apurações e perícias necessárias ao embasamento da sua atuação.

Na esfera penal, também é imperiosa a atuação irmanada com as polícias, respeitadas as respectivas independências, bem como com o Instituto Médico Legal e o Instituto Geral de Perícias, tudo para agilizar a prova da materialidade das infrações, a fim de evitar o desaparecimento dos vestígios do crime e impedir a consumação da prescrição.

E, como assinala com a costumeira correção o não menos ilustre Emerson Garcia¹⁶, a inobservância desses ditames, uma vez configurada a infração administrativa, enseja responsabilização.

7. Conclusão

Ao concluir, não podemos deixar de ressaltar a importância do Princípio da Celeridade tanto para o Poder Judiciário quanto para a administração pública brasileira como um todo, aí inserido o Ministério Público.

¹⁶ GARCIA, Emerson. *In: Ministério Público – Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. 5ª edição. Editora Saraiva. p. 657.

Ele corresponde a um sopro de esperança na agilização da Justiça, cuja morosidade, no Brasil, é endêmica.

Tanto isso é verdade, que é célebre a advertência do insuperável Rui Barbosa, proferida há quase um século, no sentido de que “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.¹⁷

Se essa máxima já era acertada em 1921, imagine hoje, na era da informática e do e-mail.

Agora ela é muito mais atual.

Mas agilidade, como foi acima esclarecido, não importa em atuação a qualquer preço, verdadeira irresponsabilidade.

Não se pode sacrificar ou desconsiderar o direito alheio, muito menos cassar a oportunidade de defesa dos demandados.

Principalmente agora, quando as mídias sociais permitem a proliferação de acusações fantasiosas e calúnias, sem qualquer prova consistente, amparadas apenas no anonimato e na irresponsabilidade de seus autores.

Logo, a atuação do Ministério Público, amparada tanto na CF quanto na legislação ordinária, deve ser pautada pela retidão e tempestividade em defesa dos interesses gerais da sociedade.

Isso porque nunca foi tão grande o número de carentes, órfãos, desempregados e desvalidos que são credores da atenção dessa elevada instituição.

Como magistralmente assinalou Véronique Mikalef-Toudic¹⁸, “*la fonction première du Parquet est de veiller à la bonne application des lois et à la protection de l’intérêt general*”.

E não há como proteger o interesse da coletividade com atuação desidiosa ou tardia.

A celeridade responsável é uma imposição decorrente do próprio crescimento do Ministério Público e deve ser empregada tanto na sua atuação judicial quanto na seara administrativa.

Dela depende, inclusive, a manutenção da credibilidade dessa instituição e do *status* constitucional alcançado pelo *Parquet*, alçado quase à condição de quarto poder.

A sua efetivação demanda, e como bem assinala a Corte Europeia dos Direitos do Homem, o cotejo de três variáveis, consistentes: (a) na complexidade da causa, (b) no proceder dos interessados e (c) no empenho do órgão ministerial.

Logo, como sabiamente asseveram os constitucionalistas portugueses J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira¹⁹, a observância ou inobservância do princípio da celeridade “não pode fixar-se *a priori*”.

¹⁷ BARBOSA, Rui. In: *Oração aos Moços*. Edição da Caixa Econômica Federal. Brasília, 2015. p. 81.

¹⁸ MIKALEF-TOUDIC, Véronique. In: *Le Ministère Public, Partie Principale Dans Le Procès Civil*. Marseille: Presses Universitaires D’Aix-Marseille, 2006. p. 249.

¹⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. In: *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4ª edição. Editora Coimbra e RT, 2007. Volume 1. p. 418.

Ela varia caso a caso, não se admitindo a criação de uma regra geral aplicável a todas as hipóteses.

Para encerrar, deve-se lembrar, também, que nunca antes o Ministério Público Brasileiro teve uma estrutura funcional tão opulenta, não se podendo conceber, agora, qualquer forma de desídia ou atraso funcional.

Bibliografia

ALZAGA, Oscar. *La Constitución Española de 1978 (Comentario Sistemático)*. Madri: Ediciones Del Foro, 1978. p.238/239.

ANTELO, Luis Fernández. *La Defensa de los Derechos Fundamentales: Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010. p.173.

BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. Edição da Caixa Econômica Federal. Brasília, 2015. p.81.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4ª edição. Editora Coimbra e RT, 2007. Volume 1. p.418.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *La Garanzia Costituzionale Dell’Azione Ed Il Processo Civile*. Padova: Editora Cedam, 1970. p.37.

CRISAFULLI, Vezio; PALADIN, Livio. *Commentario Breve Alla Costituzione*. Padova: Editora CEDAM, 2008. p. 977/978.

CRUZ e TUCCI, José Rogério. *In: Garantias Constitucionais da Duração Razoável e da Economia Processual no Projeto do CPC*. Artigo publicado na Revista de Processo da RT, 192. p. 198.

GARCIA, Emerson. *In: Ministério Público – Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. 5ª edição. Editora Saraiva. p. 657.

MIKALEF-TOUDIC, Véronique. *In: Le Ministère Public, Partie Principale Dans Le Procés Civil*. Marseille: Presses Universitaires D’Aix-Marseille, 2006. p.249.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *In: Constituição Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 2005. Tomo I, p.192.

MORAES, Alexandre de. *In: Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 9ª edição. São Paulo: Editora Atlas. p.452.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *In: Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional*. 6ª edição. São Paulo: Editora RT. p.281.

NIGRO MAZZILLI, Hugo. *In: Regime Jurídico do Ministério Público*. 7ª edição. São Paulo: Editora Saraiva. p.492.

PROVINCIALI, Renzo. *In: Norme di Diritto Processuale Nella Costituzione*. Milão: Editora Guiffrè, 1959. p. 17/18.

REIS, José Alberto dos. *In: Comentários ao Código de Processo Civil*. Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1946. Volume 3. p.12 e p.13.

VIGORITI, Vincenzo. *In: Garanzie Costituzionali Del Processo Civile*. Milão: Ed. Dott. A. Guiffrè, 1973. p.3 e p.169.

Estatuto da Inclusão: Avanço Jurídico da Reforma Psiquiátrica no Brasil

Marcela do Amaral Barreto de Jesus*

Sumário

1. Introdução. 2. Suporte Jurídico da Inclusão. 2.1. Estatuto da Inclusão e Interdição. 2.2. Exercício de Direitos Existenciais. 2.2.1. Casamento e União Estável. 2.2.2. Procriação. 2.2.3. Intervenções Médicas. 2.2.4. Eleição do Domicílio. 2.2.5. Direitos Políticos. 3. Conclusão. Referências.

Resumo

A Reforma Psiquiátrica, consolidada através da Lei nº 10.216/ 2001, recebeu, no ano de 2015, relevante apoio jurídico consolidado através do Estatuto da Inclusão (Lei nº 13.146/2015), que inovou ao extirpar a incapacidade absoluta do portador de transtornos mentais do ordenamento pátrio, permitindo que o operador do direito maneje o instituto da interdição de maneira individualizada. Com base na revisão bibliográfica, de cunho qualitativo, analisa-se o novel instrumento legislativo, considerando as possíveis consequências de sua aplicação na tutela da dignidade das pessoas com deficiência.

Summary

The Psychiatric Reform consolidated through the Law 10.216/ 2001, received in the relevant 2015 consolidated legal support through the Statute of Inclusion (Law 13.146/2015.), whose main innovation was to extirpate the absolute incapacity of the patient with mental disorders of the country, allowing the operator right to handle the institute of the interdiction in an individualized manner. Based on a qualitative bibliographical review, the novel legislative instrument is analyzed, considering the possible consequences of its application in the protection of the dignity of persons with disabilities.

Palavras-Chave: Saúde mental. Reforma Psiquiátrica. Estatuto da Inclusão.

Keywords: *Mental health. Psychiatric Reform. Status of Inclusion.*

* Mestre em Direito – Justiça Administrativa – pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Membro do Ministério Público do Estado de Rio de Janeiro.

1. Introdução

Como regra, a sociedade caminha com maior velocidade que o Direito. As mudanças comportamentais se solidificam ao largo das premissas normatizadas e ao legislador resta alcançar esta sintonia, de maneira a conferir segurança e proteção às relações intersubjetivas.

Contudo, de forma excepcional, constata-se, por vezes, que o caminho percorrido é inverso: o surgimento da lei obriga a sociedade a modificar radicalmente paradigmas consolidados de conduta.

De fato, a partir da iniciativa de defensores de uma ideologia ou de interesses específicos, próprios ou alheios e do empoderamento das minorias¹, cria-se uma norma, que, através do emprego de elementos coercitivos (de força), impõe à sociedade a “aceitação” de novas regras de convivência, cuja legitimidade se pretende questionar.

Dinâmica que encontrou eco na eleição da forma de cuidado conferido aos pacientes psiquiátricos, que, excluídos do convívio familiar e social pelo isolamento nos hospitais, manicômios e sanatórios, por séculos, em verdadeira situação de cárcere, passaram a representar questão a ser resolvida pelo Estado.

A luta contra o sistema de internações perpétuas foi protagonizada pelos profissionais da saúde mental, que, em contato direto com a total falta de preservação dos direitos básicos destas pessoas, passaram a pressionar o Poder Público no sentido de exterminar esta prática, estruturando a rede de atenção básica de forma a atender estes cidadãos no seio de sua comunidade e na companhia de suas famílias.

Neste contexto, no ano de 2001, foi publicada a Lei Federal nº 10.216, que estabeleceu as diretrizes básicas da “Reforma Psiquiátrica” no país, que consagrou o abandono de um regime terapêutico essencialmente centrado na internação dos pacientes com transtornos mentais graves em hospitais especializados, para indicar uma linha de cuidado centrada na preservação dos direitos fundamentais destes indivíduos e assim redirecionou de maneira drástica o modelo assistencial vigente.

¹ Reconhecendo a distância entre a realidade e o direito positivado, na seara dos direitos sociais, assim se manifesta Vera Telles: “De um lado, essa palavra, individual ou coletiva, que diz o justo e o injusto, é também a palavra pela qual os sujeitos que a pronunciam se nomeiam e se declaram como iguais, igualdade que não existe na realidade dos fatos, mas que se apresenta como uma exigência de equivalência na sua capacidade de interlocução pública, de julgamento e deliberação em torno de questões que afetam suas vidas e essa exigência tem o efeito de desestabilizar e subverter as hierarquias simbólicas que os fixam na subalternidade própria daqueles que são privados da palavra ou cuja palavra é descredenciada como pertinente à vida pública do país. O que instaura a polêmica e o dissenso sobre as regras da vida em sociedade não é, portanto, o reconhecimento da espoliação dos trabalhadores, a miséria dos sem-terra, o desamparo das populações nos bairros pobres das grandes cidades, ou ainda as humilhações dos negros, vítimas de discriminações seculares, a inferiorização das mulheres, o genocídio dos índios e também a violência sobre aqueles que trazem as marcas da inferioridade na sua condição de classe, de cor ou idade. Em todas essas negatividades, o discurso humanitário pode seguir tranquilo; é seu terreno por excelência. Aqui, as identidades de cada uma, na geometria simbólica dos lugares, são apenas confirmadas. O que provoca escândalo e desestabiliza consensos estabelecidos é quando esses personagens comparecem na cena política como sujeitos portadores de uma palavra que exige o seu reconhecimento sujeitos falantes, como (...) que se pronunciam sobre questões que lhes dizem respeito, que exigem a partilha na deliberação de políticas que afetam suas vidas e que trazem para a cena pública o que antes estava silenciado, ou então fixado, na ordem do não pertinente para a deliberação política” (TELLES, 1998).

Embora os avanços legislativos devam ser comemorados, a sociedade não anuiu de maneira colaborativa e receptiva a esta nova forma de tratamento da loucura. Após 17 anos da edição do marco legislativo da reforma psiquiátrica, ainda não se obteve êxito integral na reinserção dos pacientes internados (encarcerados) por longos anos no seio de suas famílias e comunidades.

Neste período, apesar da flagrante necessidade de se superarem questões afetas à vontade política, de certo que houve notório avanço, sobretudo, no que se refere ao tratamento jurídico conferido às pessoas portadoras de transtornos mentais.

Nesta órbita de raciocínio, surge interesse em analisar, em linhas gerais, o mais novo avanço obtido na consolidação das garantias dos direitos dessa população: o Estatuto da Inclusão, veiculado em julho de 2015 através da Lei nº 13.146 (com vigência a partir de janeiro de 2016).

Para tanto, nesta pesquisa, a partir da metodologia da revisão bibliográfica, com abordagem qualitativa, focou-se na operatividade do arcabouço jurídico disponibilizado a partir do aventado instrumento normativo, tendo como meta ressaltar as possibilidades que surgem a partir de suas inovações.

2. Suporte Jurídico da Inclusão

A tarefa de superação do modelo hospitalocêntrico no cuidado de pacientes psiquiátricos coube a diversos grupos profissionais. Conforme visto, o desejo de mudança nasce nos grupos dos trabalhos da saúde mental (Psicólogos, Psiquiatras, Assistentes Sociais, Enfermeiros, Terapeutas Ocupacionais etc.) e se expande pela área jurídica, como meio de concretização, por vezes coercitivo, das mudanças nesta seara.

Assim, com base na Convenção das Organizações das Nações Unidas sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (Resolução nº 61/106, de 13 de dezembro de 2006), o legislador brasileiro editou a Lei nº 13.146/2015, conhecida como Estatuto da Inclusão.

De acordo com o artigo 2º da Lei, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras,² pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Adota-se, de forma explícita, o critério de avaliação biopsicossocial para definição do grau de deficiência, que deve ser analisado não apenas por critérios

² Nos termos do artigo 3º, barreiras são qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que limite ou impeça a participação social da pessoa, bem como o gozo, a fruição e o exercício de seus direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso à informação, à compreensão, à circulação com segurança, entre outros. Classificadas em a) barreiras urbanísticas: as existentes nas vias e nos espaços públicos e privados abertos ao público ou de uso coletivo; b) barreiras arquitetônicas: as existentes nos edifícios públicos e privados; c) barreiras nos transportes: as existentes nos sistemas e meios de transportes; d) barreiras nas comunicações e na informação: qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que dificulte ou impossibilite a expressão ou o recebimento de mensagens e de informações por intermédio de sistemas de comunicação e de tecnologia da informação; e) barreiras atitudinais: atitudes ou comportamentos que impeçam ou prejudiquem a participação social da pessoa com deficiência em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas; f) barreiras tecnológicas: as que dificultam ou impedem o acesso da pessoa com deficiência às tecnologias.

médicos, mas com base no trabalho de equipe multiprofissional e interdisciplinar. A quem caberá aferir os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo, em conjunto com os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais, indicando a limitação e restrição no desempenho de atividades cotidianas.

Reiterando a Constituição, o estatuto consagra o direito à igualdade das pessoas com deficiências, com destaque para a isonomia na fruição de oportunidades, ratifica o ideário de não discriminação, entendida como toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis³ e de fornecimento de tecnologias assistivas⁴. (artigo 4º)

De fato, o Estatuto da Inclusão tem por mérito solidificar os direitos das pessoas com deficiência, ao conferir clareza a interesses juridicamente protegidos em outras normas, contudo seu grande mérito é viabilizar o tratamento individualizado e subjetivo do ser humano, ao modificar por completo *status* jurídico conferido à pessoa com deficiência, uma vez que lhe retira da condição automática de incapaz para os atos da vida civil, sendo esta, por certo, sua mais significativa inovação.

Com efeito, o artigo 6º do aventado marco normativo indica que, doravante, a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, que está habilitada a casar-se e constituir união estável, exercer direitos sexuais e reprodutivos, inclusive, decidindo sobre o número de filhos que deseja ter, cabendo ao Estado viabilizar o acesso à informação sobre o planejamento familiar, sendo vedada a esterilização compulsória, sendo-lhe garantida a convivência familiar e, por conseguinte, exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

A lei beira à redundância ao explicitar o óbvio quando, em seu artigo 8º, assegura, de modo prioritário, direitos à vida, à saúde, à sexualidade, à paternidade e à maternidade, à alimentação, à habitação, à educação, à profissionalização, ao trabalho, à previdência social, à habilitação e à reabilitação, ao transporte, à acessibilidade, à cultura, ao desporto, ao turismo, ao lazer, à informação, à comunicação, aos avanços científicos e tecnológicos, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, entre outros decorrentes da Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, e das leis e de outras normas que garantam seu bem-estar pessoal, social e econômico.

Todavia, este comportamento hiperbólico legislativo, de início desnecessário, se justifica quando nos recordamos que, ao longo da história, pessoas com deficiências

³ Adaptações razoáveis são conceituadas como adaptações, modificações e ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional e indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que a pessoa com deficiência possa gozar ou exercer, em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos e liberdades fundamentais (artigo 3º, VI).

⁴ Tecnologia assistiva ou ajuda técnica é aplicada na elaboração de produtos, equipamentos, dispositivos, recursos, metodologias, estratégias, práticas e serviços que objetivem promover a funcionalidade, relacionada à atividade e à participação da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida, visando à sua autonomia, independência, qualidade de vida e inclusão social (artigo 3º, III).

foram, por vezes, tratadas como objeto, alijadas do gozo de direitos básicos e privadas de qualquer margem de autonomia. Neste contexto, andou bem o Legislador ao elaborar rol meramente enumerativo (*numerus apertus*).

Esta ideia de capacidade legal em igualdade de condições, insculpida no artigo 84 do Estatuto, reproduz o disposto no artigo 12 da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, norma que tem força de emenda à Constituição da República e determina que Estados partes reconheçam que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida. (STOLZE, 2016)

Logo, dentro desta linha de raciocínio, o conceito de capacidade civil colacionado pelo Código Civil de 2002 já havia sido modificado por norma de superior hierarquia, vindo o Estatuto da Inclusão apenas ratificar este posicionamento. Como explica Pablo Stolze:

[...] foi a própria Convenção de Nova York que estabeleceu o novo paradigma da capacidade, para, nesse novo conceito – rompendo com a antiga dualidade capacidade de direito x de fato – contemplar todas as pessoas, mesmo aquelas que, para atuarem, se valham de um instituto assistencial ou protetivo. Por isso, é fácil perceber que o novo conceito de capacidade fora moldado, não no simples cadinho da regra civil, mas na poderosa forja da norma constitucional. (STOLZE, 2016)

Consagrou-se, assim, o princípio da preservação da dignidade da pessoa, tendo o artigo 84 do Estatuto apenas conferido aplicabilidade à norma constitucional. Assim, a pessoa com deficiência é plenamente capaz, ainda que pessoalmente não possa exercer todos os direitos que lhe são facultados⁵.

E, para viabilizar o exercício desses direitos, adota-se o instituto da curatela ou a tomada de decisão apoiada, objeto do processo de interdição, no qual, judicialmente, com o auxílio de profissionais de várias áreas, será definido no intuito de proteger, de forma excepcional, o grau da necessidade e as circunstâncias em que a intervenção na vida do indivíduo ocorrerá, devendo ser estabelecida pelo menor tempo possível. (artigo 84, §3º)

⁵ Eventualmente, e em casos excepcionais, tais pessoas podem ser tidas como relativamente incapazes em algum enquadramento do novo art. 4º do Código Civil. Cite-se, a título de exemplo, a situação de um deficiente que seja viciado em tóxicos, podendo ser tido como incapaz como qualquer outro sujeito. Esse último dispositivo também foi modificado de forma considerável pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. O seu inciso II não faz mais referência às pessoas com discernimento reduzido, que não são mais consideradas relativamente incapazes, como antes estava regulamentado. Apenas foram mantidas no diploma as menções aos ébrios habituais (entendidos como os alcoólatras) e aos viciados em tóxicos, que continuam dependendo de um processo de interdição relativa, com sentença judicial, para que sua incapacidade seja reconhecida. (TARTUCE, 2015)

A lei abre, como alternativa à curatela, a adoção do processo de tomada de decisão apoiada (artigo 84, §2º), a ser utilizado como primeira opção e de maneira mais ampla que a curatela, que se restringe aos atos patrimoniais e negociais, conforme preleciona o artigo 85 do Estatuto.

Aqui, convém, mais uma vez, destacar a lição de Pablo Stolze no sentido de que o conceito de capacidade civil foi reconstruído e ampliado. O artigo 3º do Código Civil, que dispõe sobre os absolutamente incapazes, teve todos os seus incisos revogados, mantendo-se, como única hipótese de incapacidade absoluta, a do menor impúbere (menor de 16 anos).

O art. 4º, por sua vez, que cuida da incapacidade relativa, também sofreu modificação. No inciso I, permaneceu a previsão dos menores púberes (entre 16 anos completos e 18 anos incompletos); o inciso II, por sua vez, deixou de fazer referência à deficiência mental, referindo, apenas, “aos ébrios habituais e os viciados em tóxico”; o inciso III, que albergava “o excepcional sem desenvolvimento mental completo”, passou a tratar, apenas, das pessoas que, “por causa transitória ou permanente, não possam exprimir a sua vontade”; por fim, permaneceu a previsão da incapacidade do pródigo⁶. Sobre o tema, Flávio Tartuce se manifesta à seguinte crítica:

[...] pode ser feita uma crítica inicial em relação à mudança do sistema. Ela foi pensada para a inclusão das pessoas com deficiência, o que é um justo motivo, sem dúvidas. Porém, acabou por desconsiderar muitas outras situações concretas, como a dos psicopatas, que não serão mais enquadrados como absolutamente incapazes no sistema civil. Será necessário um grande esforço doutrinário e jurisprudencial para conseguir situá-los no inciso III do art. 4º do Código Civil, tratando-os como relativamente incapazes. Não sendo isso possível, os psicopatas serão considerados plenamente capazes para o Direito Civil. (TARTUCE, 2015)

O Jurista Vitor Frederico Kümpel também teceu severas críticas às inovações promovidas pelo legislador. De acordo com seu entendimento:

O eixo do sistema de capacidade de fato (ou de agir) da pessoa natural é a cognoscibilidade e a autodeterminação, de forma que é plenamente capaz para os atos da vida civil aquele que compreende e se autodetermina e que, portanto, tem pleno poder de gerenciar sua vida, seus negócios e seus bens. O discernimento

⁶ STOLZE, Pablo. É o fim da interdição? *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 21, nº 4605, 9 fev. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46409>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

está à base desse instituto. Aquele que não compreende nem se autodetermina precisa ser rigorosamente protegido e até mesmo de si próprio. O código civil volta a atenção, assim, para esses indivíduos que, por variadas causas, não têm discernimento ou aptidão para a manifestação de vontade e devem interagir socialmente em igualdade de condições por meio de representação e/ou assistência. Assim, ao absolutamente incapaz, por não ser apto aos atos da vida civil, dá-se representante, que fala, age e quer pelo seu representado. Ao relativamente incapaz confere-se assistente e ambos praticam em conjunto os atos jurídicos. Estando à vontade juridicamente apreciável na base dessa sistemática protetiva, é claro que o pareamento de condições para a atuação social precisa ser estimulado por esses institutos. A vulnerabilidade do indivíduo não pode nunca ser desconsiderada pelo ordenamento. Isso é óbvio. Porém, infelizmente, a Lei nº 13.146/2015, ao mutilar os artigos 3º e 4º do Código, desguarnea justamente aquele que não tem nenhum poder de autodeterminação. Trata-se de “autofagia legislativa”. (KÜMPEL; BORGARELLI, 2015)

Para o autor, o sistema antigo era mais eficiente no que tange à proteção a pessoas com deficiência, pois considerava incapaz todo aquele que por algum motivo não apresentava discernimento para manifestar sua vontade, inaptidão que não precisa estar atrelada à causa orgânica e levava, de maneira automática, à presunção de ausência de capacidade para a prática dos atos da vida civil. Defende que a lei, com clareza, ignorou a vulnerabilidade da pessoa com deficiência.

Ironiza ao mencionar que diante da novel redação do artigo 4º, inciso III, do Código Civil “uma pessoa em coma tem maior poder de autodeterminação e maior livre arbítrio do que um jovem de 15 anos (Estatuto do Jovem, art. 1º)⁷; ou, no caso dos deficientes mentais, à condição de capazes”. (KÜMPEL; BORGARELLI, 2015)

E, desta nova condição, advêm consequências práticas, porque, se a pessoa é considerada relativamente incapaz, os atos praticados sem auxílio serão apenas anuláveis, sujeitos a prazo decadencial e passível de confirmação. Reconhecida a plena capacidade de pessoas com transtornos mentais, estes poderão reconhecidamente praticar atos negociais.

Segue a criticar o que chama de “suposta inclusão dos deficientes”, promovida pelo novel diploma legal, que, ao se ver, “inclui para desprotegê-los e abandoná-los a sua própria sorte”. Professa que se engessou o poder do Juiz de proteger com

⁷ Lei nº 12.852, de 5 de agosto de 2013. Institui o Estatuto da Juventude e dispõe sobre os direitos dos jovens, os princípios e diretrizes das políticas públicas de juventude e o Sistema Nacional de Juventude – SINAJUVE. (BRASIL, 2013)

plenitude o indivíduo acometido por situação incapacitante, inviabilizando-se o amplo exercício do Estado de Direito por meio da jurisdição.

Verifica-se, na realidade, um pseudoconfronto em a tutela da dignidade da pessoa humana pelo viés da vulnerabilidade e da liberdade. Aqui, vale lembrar a lição de Maria Celina Bodin, que indica ter o Constituinte elevado o referido princípio, de maneira subversiva de toda ordem jurídica privada, ao determinar o predomínio das situações jurídicas existenciais sobre as relações patrimoniais. (MORAES, 2006, p.233)

Há muito, o constitucionalismo do direito privado superou a visão individualista e patrimonial que viveu sob a égide do Código Civil de 1916, dentro desta linha de ideias, perfeita coerência é encontrada na interpretação do Estatuto da Inclusão como instrumento garantidor da autonomia e da subjetividade de qualquer pessoa, sem discriminações.

Diante da liberdade de ser, permite-se que o sujeito, mesmo acometido por limitações de ordem psicológicas ou psiquiátricas, exerça com a autonomia que lhe é peculiar direitos afetos à constituição de família, sexualidade, educação dos filhos etc. Resguardando-se o instituto da curatela para situações excepcionais e restritas à gestão patrimonial.

Por isso, o artigo 84, do Estatuto da Inclusão, dispõe que 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 (dignidade existencial), garante que esses direitos sejam executados pelo sujeito na medida de sua autonomia, aferida sob vários aspectos e por diferentes profissionais.

Curioso notar, o legislador fez questão de ressaltar que, nos casos em que o sujeito se encontre institucionalizado, a nomeação do curador se dará, de preferência à pessoa que com o mesmo mantenha vínculo de afetividade, seja em decorrência da convivência familiar ou comunitária.

De fato, em que pese a reforma ter praticamente extirpado a internação de longa permanência em hospitais psiquiátricos, inegável que este desiderato ainda não se concretizou de forma plena no mundo fático. Deste modo, desejável que, ao se estabelecer uma curatela, busque-se afirmar os vínculos afetivos entre os envolvidos, até mesmo como ponto para facilitar a esperada desospitalização e retorno à cidade de origem.

O artigo 86 do Estatuto da Inclusão representa mais uma grande conquista da sociedade brasileira, na medida em que deixa de exigir a comprovação da curatela para a expedição de documentos oficiais. A medida é louvável, pois exigências como esta apenas se prestam a dificultar o acesso de pessoas com menos recursos a serviços garantidos por políticas públicas inclusivas.

De fato, a curatela, há muito tempo, é alvo de severas críticas, isto porque não há previsão de qualquer tipo de participação do curatelado nas escolhas feitas pelo curador (*Substitute decision-making model*), prevalece a interdição total (*plenary guardianship*), representando excesso na intervenção estatal sobre a vida

do curatelado (*parens patriae principle*), ostenta-se, intrinsecamente, a ideia de que nunca haverá melhora do quadro de saúde do paciente, sendo o processo efetivado apenas com base em oitivas rápidas do curatelado.

Neste sentido, o Estatuto da Inclusão apenas veicula princípios insculpados na convenção internacional a respeito da pessoa com deficiência, a saber: prevalência do modelo de apoio (*supported decision-making model*) em detrimento do modelo de substituição (*substitute decision-making model*), atuação como protagonista do curatelado, conduta de acordo com seu melhor interesse, estabelecendo a medida de maneira proporcional à necessidade, por tempo determinado, acompanhando-se a medida periodicamente⁸.

2.1. Estatuto da Inclusão e Interdição

O processo de interdição é a demanda judicial através da qual se reconhece a incapacidade do sujeito para a prática dos atos da vida civil e nomeia-se-lhe curador. E, neste ponto, convém destacar, que o Estatuto põe fim à interdição total do indivíduo, como ensina Flávio Tartuce:

[...] não existe mais, no sistema privado brasileiro, pessoa absolutamente incapaz que seja maior de idade. Como consequência, não há que se falar mais em ação de interdição absoluta no nosso sistema civil, pois os menores não são interditados. Todas as pessoas com deficiência, das quais tratava o comando anterior, passam a ser, em regra, plenamente capazes para o Direito Civil, o que visa a sua plena inclusão social, em prol de sua dignidade. (TARTUCE, 2015)

Dentro da análise dos avanços obtidos com a publicação da Lei Inclusiva da Pessoa com Deficiência, pertinente se mostra avaliar como se dará o proceder, na prática, diante da necessidade de se submeter o indivíduo ao instituto da curatela.

Aqui, apesar da escassez de ensinamentos doutrinários sobre o tema, podemos colacionar o entendimento do Professor Flávio Tartuce, para quem há evidente conflito normativo entre o Estatuto da Inclusão e o Novo Código de Processo Civil, no que se refere ao processo de interdição⁹.

⁸ Informações obtidas no seminário realizado em 24/06/16 pelos Ministérios Públicos Federal (MPF) e do Estado do Rio de Janeiro (MP-RJ) para debater o novo marco legal em prol das pessoas com deficiência no Brasil. Entre os temas, foi discutido o que a sociedade brasileira pode esperar da entrada em vigor, no início deste ano, da Lei nº 13.146/2015, também conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência. Debatedores Daniel Sarmiento (Prof. titular de Dir. Constitucional/UERJ e advogado), Stella Reicher (Advogada e mestre em Dir. Humanos), Eugênia Gonzaga (Procuradora Regional na PRR3 e mestre em Dir. Constitucional), Luiz Cláudio Carvalho de Almeida (Promotor de Justiça/MP/RJ); Mediadora: Marcia Morgado (Procuradora Regional na PRR2) < <http://www.tvmpf.mpf.mp.br/videos/1532>>

⁹ Demanda que visa providência constitutiva, através da qual o Juiz reconhece a incapacidade de alguém para promover, por si só, os atos da vida civil e nomear-lhe curador, de maneira definitiva ou temporária, conforme preleciona o Código de Processo Civil.

O Código de Processo Civil, em vigor, dispõe sobre o processo de interdição em seus artigos 747 a 758¹⁰. Contudo, a Lei nº 13.046/2015 modificou o artigo 1.768 do Código Civil e passou a enunciar que “o processo que define os termos da curatela deve ser promovido”, em substituição à “interdição será promovida”. Sendo que este último dispositivo foi revogado expressamente pelo artigo 1.072, inciso II, do Código de Processo Civil em vigor.

¹⁰ Art. 747. A interdição pode ser promovida: I – pelo cônjuge ou companheiro; II – pelos parentes ou tutores; III – pelo representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando; IV – pelo Ministério Público. Parágrafo único. A legitimidade deverá ser comprovada por documentação que acompanhe a petição inicial. Art. 748. O Ministério Público só promoverá interdição em caso de doença mental grave: I – se as pessoas designadas nos incisos I, II e III do art. 747 não existirem ou não promoverem a interdição; II – se, existindo, forem incapazes as pessoas mencionadas nos incisos I e II do art. 747. Art. 749. Incumbe ao autor, na petição inicial, especificar os fatos que demonstram a incapacidade do interditando para administrar seus bens e, se for o caso, para praticar atos da vida civil, bem como o momento em que a incapacidade se revelou. Parágrafo único. Justificada a urgência, o juiz pode nomear curador provisório ao interditando para a prática de determinados atos. Art. 750. O requerente deverá juntar laudo médico para fazer prova de suas alegações ou informar a impossibilidade de fazê-lo. Art. 751. O interditando será citado para, em dia designado, comparecer perante o juiz, que o entrevistará minuciosamente acerca de sua vida, negócios, bens, vontades, preferências e laços familiares e afetivos e sobre o que mais lhe parecer necessário para convencimento quanto à sua capacidade para praticar atos da vida civil, devendo ser reduzidas a termo as perguntas e respostas. §1º Não podendo o interditando deslocar-se, o juiz o ouvirá no local onde estiver. §2º A entrevista poderá ser acompanhada por especialista. §3º Durante a entrevista, é assegurado o emprego de recursos tecnológicos capazes de permitir ou de auxiliar o interditando a expressar suas vontades e preferências e a responder às perguntas formuladas. §4º A critério do juiz, poderá ser requisitada a oitiva de parentes e de pessoas próximas. Art. 752. Dentro do prazo de 15 (quinze) dias contado da entrevista, o interditando poderá impugnar o pedido. §1º O Ministério Público intervirá como fiscal da ordem jurídica. §2º O interditando poderá constituir advogado, e, caso não o faça, deverá ser nomeado curador especial. §3º Caso o interditando não constitua advogado, o seu cônjuge, companheiro ou qualquer parente sucessível poderá intervir como assistente. Art. 753. Decorrido o prazo previsto no art. 752, o juiz determinará a produção de prova pericial para avaliação da capacidade do interditando para praticar atos da vida civil. §1º A perícia pode ser realizada por equipe composta por peritos com formação multidisciplinar. §2º O laudo pericial indicará especificadamente, se for o caso, os atos para os quais haverá necessidade de curatela. Art. 754. Apresentado o laudo, produzidas as demais provas e ouvidos os interessados, o juiz proferirá sentença. Art. 755. Na sentença que decretar a interdição, o juiz: I – nomeará curador, que poderá ser o requerente da interdição, e fixará os limites da curatela, segundo o estado e o desenvolvimento mental do interditado; II – considerará as características pessoais do interditado, observando suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências. §1º A curatela deve ser atribuída a quem melhor possa atender aos interesses do curatelado. §2º Havendo, ao tempo da interdição, pessoa incapaz sob a guarda e a responsabilidade do interditado, o juiz atribuirá a curatela a quem melhor puder atender aos interesses do interditado e do incapaz. §3º A sentença de interdição será inscrita no registro de pessoas naturais e imediatamente publicada na rede mundial de computadores, no sítio do tribunal a que estiver vinculado o juiz e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça, onde permanecerá por 6 (seis) meses, na imprensa local, 1 (uma) vez, e no órgão oficial, por 3 (três) vezes, com intervalo de 10 (dez) dias, constando do edital os nomes do interditado e do curador, a causa da interdição, os limites da curatela e, não sendo total a interdição, os atos que o interditado poderá praticar autonomamente. Art. 756. Levantar-se-á a curatela quando cessar a causa que a determinou. §1º O pedido de levantamento da curatela poderá ser feito pelo interditado, pelo curador ou pelo Ministério Público e será apensado aos autos da interdição. §2º O juiz nomeará perito ou equipe multidisciplinar para proceder ao exame do interditado e designará audiência de instrução e julgamento após a apresentação do laudo. §3º Acolhido o pedido, o juiz decretará o levantamento da interdição e determinará a publicação da sentença, após o trânsito em julgado, na forma do art. 755, §3º, ou, não sendo possível, na imprensa local e no órgão oficial, por 3 (três) vezes, com intervalo de 10 (dez) dias, seguindo-se a averbação no registro de pessoas naturais. §4º A interdição poderá ser levantada parcialmente quando demonstrada a capacidade do interditado para praticar alguns atos da vida civil. Art. 757. A autoridade do curador estende-se à pessoa e aos bens do incapaz que se encontrar sob a guarda e a responsabilidade do curatelado ao tempo da interdição, salvo se o juiz considerar outra solução como mais conveniente aos interesses do incapaz. Art. 758. O curador deverá buscar tratamento e apoio apropriados à conquista da autonomia pelo interditado.

Neste contexto, para Flávio Tartuce, a melhor solução para a celeuma seria reformar o Código de Processo Civil de 2015 e, assim, harmonizá-lo ao Estatuto da Inclusão.¹¹ No lugar de se reconhecer o impedimento total e definitivo do sujeito para o desempenho dos atos da vida civil (patrimoniais e pessoais), seria estabelecida curatela específica para alguns atos.

Sobre o tema, o Promotor de Justiça Luiz Cláudio Carvalho de Almeida, na palestra proferida durante o Simpósio sobre a nova curatela definida no Código de Processo Civil, destaca que o Supremo Tribunal Federal, ao analisar conflito semelhante entre a Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e a Lei nº 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos), no que se refere à redação dada ao tipo penal do crime do art. 213 do Código Penal, consagrou o entendimento da possibilidade de revogação tácita por incompatibilidade sucessiva, cuja solução seria a prevalência do diploma legal editado em segundo lugar, mesmo que no curso da *vacatio legis* da primeira lei¹².

Logo, dentro desta linha de raciocínio, prevaleceria o Estatuto da Inclusão, com sua normatização específica sobre o assunto. Sendo este, aparentemente, o melhor caminho a seguir, eis que preserva, com maior eficiência, os direitos que se pretende tutelar.

Para o doutrinador Flávio Tartuce, constata-se que, entre os motivos de revogação de dispositivos do Código Civil que tratam da curatela pelo Novo CPC, está o fim de concentrar os legitimados para a ação de interdição no Estatuto Processual. (TARTUCE, 2015)

Com destaque que a lei processual passa a tratar a interdição como uma possibilidade e não mais como procedimento peremptório, como fazia o Código Civil. Traz como legitimados ativos o cônjuge ou companheiro, parentes ou tutores, representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando e Ministério Público¹³.

Aqui, verifica-se que o Estatuto da Inclusão, ao alterar o Código Civil, legitimou o próprio interditando para promover o avertado processo. Medida que causou estranheza da doutrina, mas que, na prática, pode solucionar casos em que o sujeito não tenha pessoas próximas e não esteja institucionalizado.

De fato, não se pode olvidar que a curatela de pessoa com deficiência, pela diretriz de dignidade humana ratificada pela Lei de Inclusão, constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, ou seja, parte-se da necessidade de se analisar a situação de maneira específica, única.

Assim, o foco deve ser distinto da antiga limitação do exercício de direitos, que sempre acompanhou o argumento de necessidade de proteção do patrimônio ou da pessoa interditada. Hoje, o processo de interdição deve ser visto como ferramenta

¹¹ A edição de uma terceira norma apontando qual das duas deve prevalecer não basta, pois o Novo Código de Processo Civil é inteiramente estruturado no processo de interdição, como se nota do tratamento constante entre os seus artigos. Sendo assim, parece-nos que será imperiosa uma reforma considerável do CPC/2015, deixando-se de lado a antiga possibilidade da interdição (TARTUCE, 2015).

¹² HC nº 72.435-3/SP

¹³ O que se percebe é que a legitimidade do MP é somente subsidiária e extraordinária, funcionando como substituto processual, seja por uma ou por outra norma. De toda sorte, o texto alterado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência é mais amplo, ao mencionar a sua legitimidade em caso de deficiência mental ou intelectual, o que não consta do Novo CPC (*Idem*).

de promoção das garantias do cidadão, buscando respeitar a dignidade da pessoa humana. Objetiva-se aproximar o sujeito da sociedade, valorizando suas habilidades e capacidades pessoais, buscando seu bem estar e socialização. Portanto, dentro desta órbita de ideias, existem direitos pessoais que devem ser preservados e garantidos, evitando-se que a interdição promova a morte civil do indivíduo¹⁴.

Fala-se, neste sentido, do fim da interdição total, uma vez que o Código Civil, alterado pelo Estatuto da Inclusão, passa a estabelecer que o juiz determinará, segundo as potencialidades da pessoa, os limites da curatela, circunscritos às restrições constantes do art. 1.782¹⁵ e indicará curador.

Aqui, merece destaque ponto relevante da Lei processual consolidado no artigo 751 do CPC, que determina a citação do interditando, não para que apresente resposta, mas sim para que compareça em dia determinado para ser entrevistado pelo juiz.

Percebe-se, com clareza, a imposição de uma postura mais humanizada do Magistrado, que deverá privilegiar contato pessoal com o interditando, indagando-o sobre sua vida, patrimônio, negócios, vontades, preferências, laços de afeto, amizades, relações familiares e tudo mais que lhe parecer imprescindível para a constituição de seu convencimento, que também deverá ser subsidiado pelo parecer dos diversos profissionais da equipe multidisciplinar de apoio.

As respostas ofertadas aos questionamentos judiciais devem ser reduzidas a termo, merecendo destaque a imprescindibilidade de se questionar o interditando a respeito da sua preferência no que se refere à pessoa que será seu curador. Questão que reforça a modificação de paradigma no que tange a privilegiar os laços de afetividade e confiança no estabelecimento da curatela.

Esta entrevista tem caráter obrigatório, não pode ser dispensada pelo juiz, por constituir elemento imprescindível na formação de seu convencimento sobre as limitações ostentadas pela pessoa que será interditada e, por conseguinte, os limites em que a curatela será estabelecida.

Apesar de o Código de Processo Civil ter revogado expressamente o artigo 1771 do Código Civil, que determinava a obrigatoriedade da participação da equipe multidisciplinar no processo, temos que, dentro dos princípios da reforma psiquiátrica e do Estatuto da Inclusão, inviável que esta decisão seja efetivada de maneira solitária pelo juiz, profissional do Direito, sem formação técnica em áreas fundamentais para análise da capacidade de autonomia do interditando.

Nos casos em que o interditando não consiga responder de maneira satisfatória às perguntas do juiz, é assegurado o emprego de recursos tecnológicos capazes de permitir ou de auxiliar a fazê-lo. Ainda será possível, com o desiderato de complementar o seu entendimento, requisitar a oitiva de familiares e de pessoas próximas.

¹⁴ [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Civel_Geral/LBI%20-%20Novos%20apontamentos%20-%2011%20revisada%20\(2\).docx](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Civel_Geral/LBI%20-%20Novos%20apontamentos%20-%2011%20revisada%20(2).docx).

¹⁵ Art. 1.782. A interdição do pródigo só o privará de, sem curador, emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, e praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração.

O interditando poderá impugnar o pedido no prazo de 15 dias, contado da entrevista, intervindo o Ministério Público como fiscal da ordem jurídica. Se o interditando não constituir advogado, deverá ser nomeado curador especial e seu cônjuge, companheiro ou qualquer parente sucessível poderá intervir como assistente. (artigo 752 do CPC)

Decorrido o referido prazo, inicia-se a fase pericial para análise da autonomia e capacidades da pessoa com deficiência. Perícia que deve ser realizada por equipe formada de profissionais de diversas áreas (psiquiatras, psicólogos, fisioterapeutas, assistentes sociais, terapeutas ocupacionais etc.). De fato, imprescindível que se analise a situação do interditando dentro de seu meio social e familiar, para que se possa manter uma estrutura de autonomia e liberdade, avaliando-se o grau da deficiência dentro de critérios psicossociais.

A perícia, formalizada por profissionais de diversas áreas, passa a ser considerada o principal ato do processo de interdição, pois a partir da conclusão dos expertos serão definidos, de maneira específica, os atos da vida civil para que o interditando está apto sem a necessidade da intervenção do curador, pois, *a priori*, não há que se falar em interdição total.

Dentro deste contexto, a partir dos elementos coligidos durante a entrevista pessoal, no pronunciamento da equipe multidisciplinar, oitiva de familiares e demais pessoas que ostentem laços de afetividade com o interditando, a sentença indicará os atos que deverão ser praticados pela pessoa com deficiência por intermédio do curador. Tais atos deverão ser, primordialmente, os atos negociais e de cunho patrimonial, preservando-se a autonomia de vontade para o exercício dos direitos ligados à convivência familiar, matrimônio, trabalho, entre outros.

A sentença que decretar a interdição (artigo 755 do novo CPC) nomeará curador, que poderá ser o requerente da interdição, e fixará os limites da curatela, segundo o estado e o desenvolvimento mental do interdito, bem como considerará as características pessoais do interdito, observando suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências. Se a sentença se omitir em discriminar os limites da curatela, sugere-se a oposição de embargos de declaração para garantia da aplicação da lei protetiva do interditando¹⁶.

A curatela deve ser atribuída a quem melhor possa atender aos interesses do curatelado, pode, inclusive, ser compartilhada. (artigo 1775 do CC)

Para efeito de segurança jurídica, concedeu-se mais publicidade à sentença de interdição, que deve ser inscrita no registro de pessoas naturais e veiculada na internet e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça, onde permanecerá por 6 (seis) meses, na imprensa local, 1 (uma) vez, e no órgão oficial, por 3 (três) vezes, com intervalo de 10 (dez) dias, constando do edital os nomes do interdito e do curador, a causa da interdição, os limites da curatela e, não sendo total a interdição, os atos que o interdito poderá praticar sozinho, sem a intervenção do curador.

¹⁶ (MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO, 2016.)

Cessada a causa que determinou a interdição, esta deve ser levantada, conforme artigo 756 do Código de Processo Civil. Neste caso, o próprio interditado, o curador, o Ministério Público poderá formular o pedido. Nova perícia pela equipe multidisciplinar será realizada, elaborando-se laudo, designada audiência de instrução e julgamento. Provido o pedido, a interdição será levantada, de forma total ou parcial; neste último caso, será reconhecida a capacidade da pessoa com deficiência para praticar alguns atos da vida civil. Progresso louvável do legislador, que passa a reconhecer a possibilidade de evolução do quadro biopsicológico do indivíduo.

De regra, os bens do interditado serão administrados pelo curador, mas o julgador, de forma fundamentada, pode encontrar outra solução mais conveniente para o caso, conforme permite o artigo 757 do Código de Processo Civil.

Ao curador cabe não apenas zelar pelo patrimônio do curatelado, mas também buscar tratamento e apoio profissional para que seu quadro clínico evolua, tendo por meta aumentar o grau de autonomia do mesmo.

De toda sorte, as mudanças legislativas ainda são recentes, necessário se faz aguardar como a doutrina e a jurisprudência caminharão. Importante, por certo, que os profissionais envolvidos atuem adotando como meta o melhor interesse do ser humano, dentro do seu nível de autonomia, conferindo-lhe oportunidade de manifestação, dentro, é lógico, de sua capacidade de manifestação de volitiva.

2.2. Exercício de Direitos Existenciais

Doravante, a prática de direitos existenciais de forma autônoma, independente, será realizada pela pessoa com deficiência de acordo com sua vontade, sem qualquer interferência externa.

Assim, deixa claro a lei que não há necessidade de intervenção do curador ou qualquer outro empecilho para a constituição de família, podendo o sujeito se manifestar livremente sobre ter ou não filhos (esterilização), exercer seu poder familiar etc. Nos próximos tópicos, passa-se a discorrer sobre as peculiaridades do exercício desses direitos.

2.2.1. Casamento e União Estável

Um dos principais avanços do Estatuto da Inclusão é reconhecer à pessoa com deficiência intelectual a possibilidade plena de exercer direitos de cunho existencial, entre eles o direito a constituir família, seja através do casamento ou de união estável¹⁷.

A partir de agora, a pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbia poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador. Até então, o casamento da pessoa com deficiência era nulo de pleno de direito, conforme o artigo 1548 do Código Civil. Conforme ensina José Fernando Simão:

¹⁷ Artigo 226 da Constituição da República – A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. §3º – Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

O Estatuto revoga o inciso I do artigo 1.548 do Código Civil, que prevê ser nulo o casamento do “enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil”. Para fins de casamento, portanto, há um avanço. Não podem os deficientes ser alijados da formação de família por meio do casamento ou mesmo união estável. (SIMÃO, 2015)

Flávio Tartuce também comentou a inovação legislativa, considerando louváveis as modificações promovidas na Lei Brasileira de Inclusão na seara do Direito de Família:

Em matéria de casamento, também podem ser notadas alterações importantes engendradas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. De início, o art. 1.518 do Código Civil teve sua redação modificada, passando a prever que, até a celebração do casamento, podem os pais ou tutores revogar a autorização para o matrimônio. Não há mais menção aos curadores, pois não se decreta mais a nulidade do casamento das pessoas que estavam mencionadas no antigo art. 1.548, inciso I, ora revogado. Enunciava o último diploma que seria nulo o casamento do enfermo mental, sem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil, o que equivalia ao antigo art. 3º, inciso II, do Código Civil, que também foi revogado, como visto. Desse modo, perdeu sustentáculo legal a possibilidade de se decretar a nulidade do casamento em situação tal. Em resumo, o casamento do enfermo mental, sem discernimento, passa a ser válido. Filia-se totalmente à alteração, pois o sistema anterior presumia que o casamento seria ruim para o então incapaz, vedando-o com a mais dura das invalidades. Em verdade, muito ao contrário, o casamento é, via de regra, salutar à pessoa que apresente alguma deficiência, visando a sua plena inclusão social. Seguindo no estudo das modificações do sistema de incapacidades, o art. 1.550 do Código Civil, que trata da nulidade relativa do casamento, ganhou um novo parágrafo, preceituando que a pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbil poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador. (§2º) Trata-se de um complemento ao inciso IV da norma, que prevê a anulação do casamento do incapaz de consentir e de manifestar de forma inequívoca a sua vontade. Advirta-se, contudo, que este último diploma somente gerará a anulação do casamento dos ébrios habituais, dos viciados em tóxicos e das pessoas que, por causa transitória ou definitiva, não puderem exprimir sua vontade, na linha das novas redações dos incisos II e III do art. 4º da codificação material. (TARTUCE, 2015.)

O processo de habilitação se dará, normalmente, perante o Registro Civil, com audiência do Ministério Público, podendo ser impugnado pelo próprio *Parquet* ou por terceiro, submetida, então, à apreciação judicial.

O regime de bens será obrigatoriamente o da separação, conforme estabelece o artigo 1641 do Código Civil, como ocorre com todos os que dependem de autorização judicial para casar.

Desta forma, foram removidos todos os obstáculos legais para que a pessoa com deficiência pudesse constituir família, dignamente, sem qualquer diferenciação desarrazoada, capaz de ferir a lógica constitucional de prevalência da isonomia.

2.2.2. Procriação

Também no que se refere à inserção no programa de planejamento familiar¹⁸ e ao livre exercício do direito de esterilização, a Lei Brasileira de Inclusão operou consideráveis alterações no que tange à matéria veiculada na Lei nº 9.263/96.

A esterilização é um tema controverso, a ser debatido e justificado por muitos governos, profissionais e pela própria bioética, sobretudo quando se trata da esterilização de pessoas com deficiências. De fato, as preocupações do Poder Público, como regra, não estão focadas no indivíduo, os argumentos são mormente direcionados à minimização de problemas sociais, tais como: a evitação de transtornos para o cuidador; a criação de medidas de proteção contra estupro e exploração sexual de pessoas nesta situação de vulnerabilidade; ou mesmo a sanção de carências nos serviços de saúde que apoiam a pessoa com deficiência em sua decisão de paternidade ou maternidade. (MARTÍNEZ *et al.*, 2015)

Até então, o artigo 10, §6º, determinava que a esterilização cirúrgica em pessoas absolutamente incapazes somente poderia ocorrer mediante autorização judicial, regulamentada na forma da lei, logo, este ato drástico caberia mesmo contra a vontade do sujeito afetado.

Com efeito, a esterilização pode ser definida como uma intervenção médica que elimina a capacidade de reprodução ou como a ação de privar de forma permanente ou duradoura a capacidade de gerar uma pessoa, pressupõe a utilização de qualquer procedimento não natural para sua consecução que impeça a união do espermatozoide com o óvulo, consistindo na perda de uma função corporal. (ALBUQUERQUE, 2013)

No Brasil, a lei admite a esterilização voluntária apenas quando se trata de pessoas com capacidade civil plena e maiores de 25 anos, com pelo menos dois filhos

¹⁸ O Planejamento Familiar deve ser um elemento essencial na prevenção primária de saúde, auxiliando as pessoas que procuram os serviços, oferecendo-lhes informações necessárias para a escolha e o uso efetivo dos métodos anticoncepcionais (MAC) que melhor se adaptam às condições atuais de saúde. De acordo com o Ministério da Saúde, planejamento familiar é o direito que toda pessoa tem à informação e ao acesso aos recursos que permitam optar livre e conscientemente por ter ou não ter filhos. O número, o espaçamento entre eles e a escolha do método anticoncepcional mais adequado são opções que toda pessoa deve ter em relação ao direito de escolher de forma livre e por meio da informação, sem discriminação, coerção ou violência.

vivos, desde que observado o prazo mínimo de 60 dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico, período no qual será propiciado à pessoa interessada acesso ao serviço de regulação da fecundidade, incluindo aconselhamento por equipe multidisciplinar, visando a desencorajar a esterilização precoce. Podendo ocorrer, também, quando houver risco à vida ou à saúde da mulher ou do futuro conceito, testemunhado em relatório escrito e assinado por dois médicos. (artigo 10 da Lei nº 9.263 de 1996)

Este ponto recebeu especial atenção do Comitê dos Direitos da Pessoa com Deficiência, que determinou que o Brasil procedesse à imediata revisão da Lei nº 9263/1996, a fim de que passasse de forma explícita e incondicional proibir a esterilização de pessoas com deficiência na ausência de seu consentimento prévio, informado e livre. Dentro desta órbita de pensamento, a lei da inclusão deixou claro que vedada está a esterilização compulsória¹⁹ em nosso país (artigo 6º, inciso IV).²⁰

Isto porque, o artigo 10, §6º, da Lei nº 9263/1996 dizia que era permitida a esterilização de pessoas absolutamente incapazes, desde que precedida de autorização judicial, remetendo a regulamentação do caso a outra norma, ainda não expedida. Assim, para alguns bastava que o pedido de esterilização fosse analisado judicialmente, dispensando-se, para sua concessão, o consentimento da pessoa com deficiência.²¹

¹⁹ Para Aline Albuquerque, dentro da sistemática da Lei nº 9.263 de 1996, não havia possibilidade de esterilização compulsória de incapazes, cuja submissão a tal procedimento dependia de autorização do Poder Judiciário: [...] ressalte-se que a Lei emprega o termo “autorização” judicial, que significa “permissão, consentimento expresso”, isto é, no caso da esterilização, o procedimento estabelecido legalmente é o pedido por parte de familiares ou de representante legal ao juiz de permissão para a realização da esterilização quando estiverem presentes os requisitos da Lei. *A contrario sensu*, caso tais requisitos não estejam presentes e não pedido de familiar ou representante legal do absolutamente incapaz descabe o deferimento judicial do pedido. Portanto, a esterilização compulsória é legalmente proibida, cabendo a esterilização de absolutamente incapaz quando houver pedido formulado por familiar ou responsável legal [...] (ALBUQUERQUE, 2013).

²⁰ [...] a literatura anticontrolista vê o crescimento da esterilização como parte de uma campanha imperialista para reduzir o crescimento demográfico dos países do Terceiro Mundo, combinada com os interesses das elites nacionais em reduzir o volume de desemprego pela redução do número de trabalhadores potenciais, para possibilitar a manutenção de um modelo de desenvolvimento intensivo de capital. A intenção de órgãos, como a USAID (*United States Agency for International Development*) em reduzir a taxa da natalidade nos países em desenvolvimento parece inegável e igualmente inegável é que setores das elites nacionais têm procurado apresentar o planejamento familiar como solução para problemas sociais e econômicos do país (Rocha:18, 1979). No entanto, os que veem o crescimento da esterilização como decorrente unicamente de uma conspiração antinatalista, ignoram elementos culturais e sociais que mediatizam a experiência de cada mulher e, assim fazendo, obscurecem as contradições reais e não explicam o fenômeno da esterilização em sua totalidade. Quando as mulheres do Terceiro Mundo são vistas como vítimas indefesas dos controlistas, omite-se que as limitações sociais, políticas e econômicas às opções disponíveis para as mulheres das diferentes classes sociais influenciam e são influenciadas por condições culturais tais como a consciência das mulheres em relação às suas necessidades, os tipos de relações sexuais e familiares nos quais as mulheres têm de se envolver e as estratégias que elas adotam para negociar os conflitos acerca do número de filhos e o modo de evitá-los. É provável que grande parte das esterilizações realizadas no país tenham sido ardentemente solicitadas pelas clientes. Claramente, não foi o resultado de coerção ou manipulação diretas, mas é também provável que a grande maioria dessas solicitações sejam determinadas por fatores integrantes da estrutura da própria sociedade capitalista. Na maioria das vezes, as mulheres individualmente decidem “livremente”, isto é, como agentes morais conscientes, mas o fazem dentro de um conjunto de alternativas cujos limites foram socialmente estabelecidos e que elas, individualmente, são impotentes para alterar. (BARROSO, 1984)

²¹ Cabe registrar que aproximadamente 300 mil deficientes foram vítimas de esterilização obrigatória na Alemanha nazista. Nesse sentido, nota-se que medidas de esterilização de pessoas com deficiência já foram adotadas na história da humanidade, afigurando-se violações flagrantes da dignidade da pessoa humana. (ALBUQUERQUE, 2013)

2.2.3. Intervenções Médicas

Na mesma esteira de valorização da vontade do indivíduo, também está proibido obrigar qualquer pessoa com deficiência a se submeter à intervenção clínica ou cirúrgica, a tratamento ou à institucionalização forçada (o que inclui a internação compulsória²²). (Artigo 11 do Estatuto da Inclusão)

O consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa com deficiência é indispensável para a realização de tratamento, procedimento, hospitalização e pesquisa científica. Postura derivada do princípio da dignidade humana:

O princípio da dignidade humana, especificamente associado ao respeito à autonomia, implica o emprego do consentimento informado para qualquer intervenção médica, salvo em situações excepcionais legalmente estabelecidas. O consentimento informado é uma autorização autônoma que expressa concordância ou anuência do indivíduo com determinada intervenção médica. Em casos em que a pessoa humana não é capaz de consentir, os modelos de decisão substituta devem ser empregados. Registre-se que o exercício da autonomia do paciente não se confunde com as hipóteses de incapacidade previstas no Código Civil brasileiro, porquanto a incapacidade para exercer por si só os atos da vida civil não deve ser o norte para a tomada de decisão concernente a intervenções médicas no próprio corpo [...]. (ALBUQUERQUE, 2013, p.20)

Consentimento que deve ser ofertado após o profissional esclarecer o paciente de todos os riscos e benefícios que o procedimento poderá lhe trazer, estabelecendo, preferencialmente, relação de confiança com o mesmo.

Na prática assistencial, é no respeito ao princípio de Autonomia que se baseiam a aliança terapêutica entre o profissional de saúde e seu paciente e o consentimento para a realização de diagnósticos, procedimentos e tratamentos. Este princípio obriga o profissional de saúde a dar ao paciente a mais completa informação possível, com o intuito de promover uma compreensão adequada do problema, condição essencial para que o paciente possa tomar uma decisão. Respeitar a autonomia significa, ainda, ajudar o paciente a superar seus sentimentos de dependência, equipando-o para hierarquizar

²² Lei nº 10.216/01, artigo 6º A internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos. Parágrafo único. São considerados os seguintes tipos de internação psiquiátrica: I – internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do usuário; II – internação involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro; e III – internação compulsória: aquela determinada pela Justiça.

seus valores e preferências legítimas para que possa discutir as opções diagnósticas e terapêuticas. Esta é, de maneira muito resumida, a essência do consentimento informado, resultado desta interação profissional/paciente. O consentimento informado é uma decisão voluntária, verbal ou escrita, protagonizada por uma pessoa autônoma e capaz, tomada após um processo informativo, para a aceitação de um tratamento específico ou experimentação, consciente de seus riscos, benefícios e possíveis consequências. Não deve ser entendido, portanto, como um documento firmado por ambas as partes – o qual contempla muito mais o aspecto legalista do problema –, mas sim como um processo de relacionamento onde o papel do profissional de saúde é o de indicar as opções, seus benefícios, seus riscos e custos, discuti-las com o paciente e ajudá-lo a escolher aquela que lhe é mais benéfica. (LOCH, 2002)

Nesta linha de raciocínio, em caso de pessoa com deficiência em situação de curatela, deve ser assegurada sua participação, no maior grau possível, para a obtenção de consentimento.

Da mesma forma, a pesquisa científica envolvendo pessoa com deficiência em situação de tutela ou de curatela deve ser realizada, em caráter excepcional, apenas quando houver indícios de benefício direto para sua saúde ou para a saúde de outras pessoas com deficiência e desde que não haja outra opção de pesquisa de eficácia comparável com participantes não tutelados ou curatelados. (artigo 12 do Estatuto da Inclusão)

2.2.4. Eleição do Domicílio

A Convenção Sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, em seu artigo 19, trata do direito do indivíduo de escolher o local de sua residência, garantindo-lhe a liberdade de optar onde e com quem quer morar, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, e que não sejam obrigadas a viver em determinado tipo de moradia.

Assim, mesmo que a lei brasileira não tenha tratado do assunto de forma expressa, em decorrência da sistemática constitucional de receptividade de normas derivadas de acordos e tratados, esta medida tem encontrado perfeita efetividade no país. Ademais, dentro da lógica do princípio da dignidade da pessoa humana, em suas vertentes de empoderamento e liberdade, não há motivo para não permitir que, dentro da autonomia da vontade da pessoa com deficiência, esta possa escolher com liberdade o local em que fixará domicílio.

2.2.5. Direitos Políticos

Os direitos políticos são, para o cidadão, o reconhecimento legal quanto à sua capacidade de participação na formação do governo e na tomada de decisões

estatais (princípio democrático), forma de atuação da soberania popular. Autoriza o cidadão a participar de maneira ativa na formação ou no exercício da autoridade nacional. (CASTRO, 2016, p.83)

Pode ser dividido em capacidade eleitoral ativa, que consiste no direito de escolher pelo voto os seus representantes no governo, e passiva, que equivale à prerrogativa de ser votado e ocupar cargo eletivo.

Na atual sistemática implantada pelo Estatuto da Inclusão, apenas são consideradas absolutamente incapazes as pessoas menores de 16 anos. Logo, nos termos do artigo 15 da Constituição, não há motivos para negar o exercício do direito de votar às pessoas com deficiência, sobretudo quando se conclui que não há mais interdição total no direito pátrio.

Destaque-se que a aludida vedação foi contestada pelo Comitê Internacional dos Direitos das pessoas com Deficiência, que determinou ao Estado que removesse as restrições legais e imediatamente restaurasse o direito de voto para as pessoas privadas de capacidade jurídica através de interdição.

O Comitê também recomendou que o Estado incrementasse os seus esforços para assegurar que a votação, os procedimentos, as instalações e os materiais sejam totalmente acessíveis para pessoas com deficiência.

3. Conclusão

O presente estudo discutiu, em linhas gerais, o processo de inserção social das pessoas com deficiências mentais a partir das contribuições jurídicas trazidas pelo Estatuto da Inclusão.

Verificou-se que o aventado instrumento tem por mérito extirpar do ordenamento jurídico pátrio o instituto da incapacidade absoluta, na medida em que determina a análise *per si* do caso concreto, permitindo que o aplicador do direito apure, de maneira individualizada, a necessidade de proteção do indivíduo e, assim, com apoio de uma equipe multidisciplinar, capaz de avaliar diferentes nuances da situação, estabeleça os parâmetros da eventual curatela.

A opção legislativa não é indene de críticas; para muitos, a postura adotada pelo Legislador, na realidade, não protege de forma adequada a pessoa portadora de deficiência mental.

De fato, somente a prática será capaz de esclarecer se a opção legislativa possibilita proteger sem anular o exercício da vontade ou, simplesmente, nega adequada acolhida aos direitos dessas pessoas.

Por certo, ao menos ao facultar à pessoa com deficiência o direito de voto (capacidade eleitoral ativa) o Estatuto tornou a causa desses potenciais eleitorais mais atrativas à classe política que, doravante, passam a ter evidente “contrapartida” do emprego de recursos na seara da saúde mental.

Condição relevante, sobretudo em um momento em que os ventos que sopram não trazem boas perspectivas. Eis que apontam para contingência dos investimentos

em políticas públicas inclusivas, circunstância que gera grande apreensão em face da tangível possibilidade de retrocesso na inserção social do portador de transtorno mental.

Referências

ALBUQUERQUE, Aline. Esterilização compulsória de pessoa com deficiência intelectual: análise sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana e do respeito à autonomia do paciente. *Revista Bio e Think*. São Paulo, vol. 7, nº 1, p. 18-26, 2013.

ARBEX, Daniela. *Holocausto brasileiro*. São Paulo: Geração Editorial, 2013.

BARROSO, Carmen. Esterilização feminina: liberdade e opressão. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, vol. 18, nº 2, p. 170-180, abr. 1984.

BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_dignidade_da_pessoa_humana_no_direito_constitucional.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2016.

BRASIL. *Lei nº 13.146*, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 18 ago. 2016.

_____. Ministério da Saúde. *Portaria nº 148*, de 31 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2012/prt0148_31_01_2012.html>. Acesso em: 15 jun. 2016.

_____. *Lei Complementar nº 141*, de 13 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp141.htm>. Acesso em: 1 mar. 2017.

_____. Ministério da Saúde. *Portaria nº 3.090*, de 2011. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt3090_23_12_2011.html>. Acesso em: 27 fev. 2017.

_____. Ministério da Saúde. *Portaria nº 3.088*, de 2011. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt3088_23_12_2011_rep.html>. Acesso em: 14 jul. 2016.

_____. *Resolução nº 23*, de 2007. Conselho Nacional do Ministério Público. Disponível em: <http://www.cnmp.gov.br/portal_legado/resolucoes/2814-resolucao-23>. Acesso em: 27 jun. 2016.

_____. Ministério da Saúde. *Portaria GM nº 2391*, de 2002. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/saude-mental/portarias/portaria-gm-ms-2391-2002>>. Acesso em: 1 mar. 2017.

_____. Ministério da Saúde. *Portaria nº 251*, de 2002. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/infancia/legislacao/id2170.htm?impressao=1>>. Acesso em: 29 jun. 2016.

_____. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil Brasileiro.

_____. *Lei nº 9.263*, de 12 de janeiro de 1996. Regula o §7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9263.htm>. Acesso em: 27 ago. 2016.

BRZOZOWSKI, Fabíola Stolf; CAPONI, Sandra Noemi Cucurullo de. Medicalização dos desvios de comportamento na infância: aspectos positivos e negativos. *Psicologia: Ciência e Profissão*. Brasília. vol 33, nº 1, p. 208-221, 2013.

CANESQUI, Ana Maria. A Medicalização da Vida como estratégia de biopolítica. *Ciência e Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro. vol. 20, nº 6, p. 1961-1962, jun. 2015.

CASTRO, Edson Resende. *Curso de Direito Eleitoral*. 8ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

FONTES, Virgínia. Sobre a exclusão: alguns desafios contemporâneos. *Cad. CRH*. Salvador, nº 23, p. 98-119, jul./dez. 1995.

GODOI, Alcinda Maria Machado; GARRAFA, Volnei. Leitura bioética do princípio de não discriminação e não estigmatização. *Saúde e Sociedade*. São Paulo. vol. 23, nº 1, p. 157-166, mar. 2014.

KÜMPPEL, Vitor Frederico; Borgarelli, Bruno de Ávila. As aberrações da lei nº 13.146/2015. *Migalhas*. São Paulo, 21 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI224905,61044-As+aberracoes+da+lei+131462015>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

LOCH, Jussara de Azambuja. *Princípios da bioética*. Uma Introdução à Bioética. *Temas de Pediatria Nestlé*, nº 73, 2002. p. 12-19. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/bioetica/cont/joao/principiosdebioetica.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2016.

MARINONI, Guilherme. *O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15441-15442-1-PB.pdf>>. Acesso em: 08 maio 2016.

MARTÍNEZ, Gabriela Rueda *et al.* Análise bioética da esterilização em pessoas com deficiência intelectual. *Saúde Debate*. Rio de Janeiro. vol.39, nº 106, p. 855-868, jul./set. 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Anotações sobre a Lei Brasileira de Inclusão – Interdições*. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Civel_Geral/LBI%20-%20Novos%20apontamentos%20-%2011%20revisada%20\(2\).docx](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Civel_Geral/LBI%20-%20Novos%20apontamentos%20-%2011%20revisada%20(2).docx)>. Acesso em: 24 ago. 2016.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Ministério Público e Tutela à Saúde Mental*. 2ª ed. Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <<https://seguro.mprj.mp.br>>

documents/10227/629173/cartilha_saude_mental_protecao_de_pessoas_com_transtornos_psiquiatricos_usuarios_drogas_alcool.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2017.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA – UNESCO. *Declaração universal sobre bioética e direitos humanos*. Paris, 2006. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>>. Acesso em: 2 set. 2016.

SALLES, Anna Carolina Rozante Rodrigues. *Modos de vida de pessoas com transtornos mentais: avanços e desafios da desinstitucionalização psiquiátrica na contemporaneidade*. 2014. 72 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, Seropédica, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. Proibição do retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de constitucionalismo dirigente possível. *Revista eletrônica sobre a reforma do Estado*. Salvador, 2008.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SIMÃO, José Fernando. *Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte 2)*. São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas>>. Acesso em: 26 ago. 2016.

STOLZE, Pablo. Deficiência não é causa de incapacidade relativa: a brecha autofágica. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, 2016. vol. 21, nº 4794.

TARTUCE, Flávio. *Alterações do código civil pela lei nº 13.146/2015 (estatuto da pessoa com deficiência)*. Repercussões para o direito de família e confrontações com o novo CPC. Primeira parte. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:reZA1maCsJlJ:www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/artigos/201507291440430.artigo_pessoasdef1.docx+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br> Acessado em: 28 fev. 2017.

TELLES, Vera da Silva. Direitos Sociais: Afinal, de Que se Trata? *Revista USP*. São Paulo, nº 37, p. 34-45, mar./maio 1998.

WEBER, Thadeu. *A ideia de um "mínimo existencial" de J. Rawls*. *Kriterion*. Belo Horizonte, jun. 2013. vol. 54, nº 127. p. 197-210.

O Alcance do Ato Administrativo de Autorização no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Rita Tourinho*

Sumário

1. Introdução: Delimitação do Ato Administrativo de Autorização. 2. Autorização para Uso Privativo de Bens Públicos. 3. Autorização de Serviços. 4. Autorização para o Exercício de Atividades Privadas de Interesse Público. 5. Conclusão.

1. Introdução: Delimitação do Ato Administrativo de Autorização

Ao tratar da autorização, enquanto ato administrativo, a primeira observação a ser feita é a variedade terminológica com que normas positivadas manejam distintos termos para classificar situações semelhantes. Assim, há ordenamentos jurídicos que utilizam o termo “autorização” para situações tratadas por outros como “licença” ou “permissão”.

Inicialmente, a autorização foi concebida por Otto Mayer como ato administrativo que retira a proibição preventivamente estabelecida pela norma de polícia. Assim, a autorização reestabelece a liberdade inicial do sujeito, garantindo que a atividade não causará perturbação para a ordem pública¹.

Uma segunda construção salienta a preexistência do direito titularizado pelo autorizatário, cujo ato de autorização apenas remove os limites ao exercício de tal direito. Na mesma linha, Vignocchi² afirma que a autorização não possui função constitutiva de um novo direito, mas na remoção de limites ao exercício de um direito preexistente. Enterría e Fernandez³ afirmam que, diante da intensidade dos poderes discricionários que a Administração se reserva, com a consequente liberdade de outorgar ou negar as autorizações, torna-se cada vez mais ilusória a imagem de um direito preexistente à autorização. No entanto, sustentam os autores a ideia tradicional de um direito preexistente, o que leva a afirmar o caráter vinculado das autorizações, muitas vezes denominadas de “licenças” por eles.

Percebe-se, então, a utilização do termo “autorização” em sentido amplo consistindo na retirada de um obstáculo ao exercício de um direito que, a princípio,

* Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Membro do Ministério Público do Estado da Bahia. Professora de Direito Administrativo da UFBA.

¹ ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo II*. Madrid: Civitas, 2000. p.134.

² VIGNOCCHI, Gustavo. *La Natura Giuridica Dell'autorizzazione Amministrativa*. Pádua: Cedam 1944. p.13.

³ ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo II*. Madrid: Civitas, 2000. p.135.

pode não ser próprio do beneficiário. Ugo Forti⁴ afirma que as autorizações podem ser vinculadas ou discricionárias, considerando as licenças subespécie de autorização.

Abordando a matéria, Roberto Dromi⁵ afirma que a *autorização* tem um duplo alcance jurídico. Pode ser ato de habilitação ou permissão no sentido restrito ou ato de fiscalização e controle. Na primeira hipótese, a autorização se traduz nas licenças que a autoridade administrativa defere aos administrados no exercício de poder de polícia, como, por exemplo, a autorização para construção de um edifício. Na segunda acepção, seria um ato de controle através do qual um órgão faculta a outro emitir um determinado ato. Pela autorização, um órgão administrativo inferior pode deflagrar certa atividade ou comportamento.

No ordenamento jurídico brasileiro, prevalece a *autorização* como ato administrativo discricionário, através do qual a Administração faculta o exercício de atividade material, de caráter precário⁶. Logo, distancia-se de algumas das noções expostas pelos autores antes elencados, uma vez que não reconhece um “direito preexistente” ao deferimento da autorização, pois, se assim fosse, caberia à autoridade competente para outorgar a autorização apenas verificar o preenchimento dos requisitos legais exigidos, ficando afastada a possibilidade da análise da conveniência e oportunidade para a prática do ato. Cretella Júnior⁷ esclarece que a autorização derroga uma proibição legal, possibilitando ao particular o desempenho, em concreto, de uma potencialidade.

Assim, a autorização é concebida pela doutrina tradicional como ato administrativo discricionário através do qual se faculta ao particular o desempenho de atividade material ou a prática de ato que, sem tal consentimento, seriam legalmente proibidos⁸. No entanto, verifica-se que o legislador, por vezes, adota a autorização administrativa como ato vinculado.

Assim, a Lei nº 9.472/97, Lei de Telecomunicações, estabelece a autorização de serviço de telecomunicações como “ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias”⁹. Por certo que a tratativa conferida ao instituto da autorização pela LGT afasta-se da noção que prevalece na doutrina brasileira, no entanto, conforme já abordado, não existe um modelo único de autorização, tampouco uma rígida disciplina conceitual em torno do instituto.

A Constituição Federal de 1988 utiliza o termo “autorização” no sentido tradicional ao atribuir à União competência para autorizar a comercialização de material

⁴ FORTI, Ugo. *Il Controlli Dell'amministrazione Comunale*. In: *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano*. Milano: Società Editrice Libreria, 1915. p.757.

⁵ DROMI, Roberto. *Acto Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2008. p.226.

⁶ Neste sentido, manifestam-se Celso Antônio Bandeira de Mello (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015. p.448), Maria Sylvania Zanella Di Pietro (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella, *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.270), entre tantos outros.

⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. Definição da Autorização Administrativa. In: *RPGE*. Revista Forense 256/81. RT 486/11. p.25.

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012. p.226.

⁹ Art. 131, §1º.

bélico (art. 21, VI), bem como para autorizar a pesquisa e lavra de recursos minerais (art. 176, parágrafos 1º, 3º e 4º). Ainda, no art. 21, trata da autorização para exploração de determinados serviços, a exemplo dos de telecomunicações e de energia elétrica (incisos XI e XII). O parágrafo único do art. 170, por sua vez, assegura a todos o livre exercício de atividade econômica, independente de autorização de órgãos públicos.

2. Autorização para Uso Privativo de Bens Públicos

O nosso ordenamento jurídico reporta-se também à *autorização para o uso privativo de bem público*, a título precário.

No direito estrangeiro, a autorização não costuma ser elencada entre os títulos jurídicos voltados ao deferimento da utilização com exclusividade de bens públicos por particulares. Já no direito positivo, a doutrina costuma elencar como formas de uso privativo de bens públicos a autorização, a permissão e a concessão.

De acordo com Maria Sylvia Zanella di Pietro, a *autorização de uso* “é o ato administrativo unilateral e discricionário pelo qual a Administração Pública consente, a título precário, que o particular se utilize de bem público com exclusividade”¹⁰. Segundo a autora, a utilização pode ser gratuita ou onerosa e visa a atender a um interesse privado do autorizatário, que não poderá utilizar o bem para fim diverso daquele que motivou a outorga, além de gerar apenas uma faculdade de uso e não uma obrigação, diante da ausência de interesse público na utilização do bem. A ausência de interesse público, no entanto, não permite que o bem seja utilizado para finalidade contrária ao interesse geral ou de maneira incompatível com o uso para o qual o bem está consagrado, conforme salienta Floriano de Azevedo Marques Neto¹¹.

Fala-se, ainda, da autorização para uso comum extraordinário, quando será um típico instrumento de poder de polícia, voltado a remover obstáculo legal proibitivo de determinada atividade ou ato.

No que se refere à precariedade do ato, nada impede que seja outorgada autorização de uso com prazo de vigência. Neste caso, fala-se em autorização qualificada. Ademais, a precariedade não faz pressupor a possibilidade de revogação do ato, a qualquer tempo, desprovida de motivação. O princípio da segurança jurídica requer que havendo revogação do ato, a mesma seja acompanhada de fundamentação, demonstrando os prejuízos decorrentes da sua manutenção.

A autorização de uso também prescinde de licitação e autorização legislativa, desde que, inexistindo interesse público na utilização do bem, a iniciativa do uso deve partir do particular interessado e não da Administração Pública, pressupondo a inexistência de outros interessados. No entanto, caso se esteja diante de situação na qual haja mais de um pretendente à utilização do bem, a Administração deverá garantir a existência de critérios objetivos de escolha.

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Uso Privativo de Bem Público por Particular*. Atlas: São Paulo, 2010. p.89.

¹¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens Públicos: Função Social e Exploração Econômica – O Regime Jurídico das Utilidades Públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p.337.

Destaque-se a Medida Provisória nº 2.220/01¹², expedida em consonância com o parágrafo 1º, do art. 183, da CF, que, no seu art. 9º, aborda a autorização de uso a ser expedida, de forma gratuita, pelo poder público “àquele que, até 22 de dezembro de 2016, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área com características e finalidade urbanas para fins comerciais”.

Nos municípios, são vastas as autorizações conferidas para a utilização de bens públicos. Assim, tem-se a autorização para realização de eventos em parques públicos, autorização para colocação de mesas e cadeiras nas calçadas em frente a bares, autorização para utilização de bens dominiais para instalação provisória de equipamentos privados (circos, por exemplo) ou mesmo para utilização da área como estacionamento. No município de São Paulo, a autorização de uso será deferida para atividades ou usos específicos e transitórios, pelo prazo máximo de 90 (noventa) dias, exceto quando se tratar de canteiro de obra pública, caso em que o prazo corresponderá à duração da obra (art. 114, parágrafo 5º, da Lei Orgânica).

3. Autorização de Serviços

Apesar da construção doutrinária desenvolvida diante do instituto da autorização, inexistem características previamente delimitadoras no âmbito da Constituição Federal de 1988, apesar de o texto reportar-se a tal instituto em algumas passagens, como já abordado.

Assim, fala-se na *autorização de serviço*, conforme consta dos incisos XI e XII, do art. 21, da Constituição Federal. Tais dispositivos referem-se à possibilidade de a União explorar diretamente alguns dos serviços neles enumerados, mediante concessão, permissão ou autorização.

A doutrina tradicional costuma confrontar referidos incisos do art. 21 com o disposto no art. 175¹³, também da Constituição Federal, para afirmar que a utilização do termo “autorização” no art. 21 não se reporta à delegação de execução de serviço público, uma vez que este somente pode ser delegado pelo regime de concessão ou permissão, conforme expresso no art. 175.

De acordo com Alexandre Santos de Aragão:

De fato, malgrado a letra da Constituição afirmar que a União prestará o serviço mediante autorização, não se trata de delegação de serviço público, o que levaria a uma indevida e forçada aproximação com a técnica concessional, pois na concessão (e na permissão) temos uma atividade reservada com exclusividade ao Poder Público

¹² Alterada pela Lei nº 13.465/17.

¹³ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

delegante, ao passo que, mediante autorização, não há transpasso de atividade pública aos particulares, mas sim o condicionamento de uma atividade privada¹⁴.

Cabe razão ao mencionado autor quando afirma que o texto constitucional conferiu margem de discricionariedade ao legislador com o propósito de, entre as atividades constantes do art. 21, estabelecer quais devem ser enquadradas como serviços públicos ou como atividade privada de relevância pública. Assim, no primeiro caso, submeter-se-á à exploração direta da Administração Pública ou à transferência da sua execução através da concessão ou permissão. Na segunda situação, a atividade estará submetida à autorização operacional.

Por certo que atualmente no Brasil, como em diversos outros países, há uma tendência à redução da abrangência conceitual do serviço público, refletindo-se na sua aplicação prática. A crise do Estado Social revela-se cada dia mais intensa. Estado gigantesco, acumulando inúmeras dívidas, incapaz de cumprir compromissos ideológicos assumidos perante a sociedade, alimenta uma forte reação chamada de corrente neoliberal. Inicia-se, assim, debate mundial sobre o tamanho do Estado e as medidas necessárias para reduzi-lo. Com efeito, a privatização, a desregulamentação, a quebra de monopólios estatais de serviços públicos e a abertura da concorrência entre particulares, que passam a prestar serviço público pelo regime da concessão, são algumas das medidas adotadas.

Nesse contexto, cabe ao Estado fixar de modo mais razoável, alinhado com a Constituição Federal, quais as atividades que efetivamente são qualificadas como serviços públicos, que somente poderão ser prestadas diretamente ou sob regime de concessão ou permissão. Desta forma, pode-se afirmar que, entre os serviços de telecomunicações constantes do inciso XI, do artigo 21 da Constituição, por exemplo, existem aqueles qualificados como serviços públicos e outros serviços cujo substrato consiste em atividade econômica de interesse coletivo, sujeito apenas à autorização do Poder Público.

Por outro lado, ao tratar do transporte coletivo, no art. 30, inciso V, a Carta Constitucional o classifica expressamente como serviço público, prestado diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão. O mesmo ocorre com o serviço público de gás canalizado, abordado no art. 25, parágrafo 2º.

Segundo afirma René Chapus, serviço público é *“une activité d'intérêt general assurée ou assumée par l'administration”*¹⁵. Tal ideia sustenta-se na posição de Gaston Jéze, para quem o serviço público seria mero processo técnico de satisfazer interesses gerais e que existiria sempre que a lei permitisse a aplicação de um regime de

¹⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Autorizações Administrativas. In: *Doutrinas Essências: Direito Administrativo*. Org.: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. vol. II. p.1333.

¹⁵ CHAPUS, René. *Service Publique et la puissance publique*. RDP 1968.239 apud FRIER, Pierre -Laurent. *Droit Administratif*. Paris: LGDJ, 2017. p.238

subordinação dos interesses privados ao interesse geral¹⁶. Logo, a caracterização de certa atividade como serviço público pressupõe a vontade estatal neste sentido. O Poder Público elege quais as necessidades coletivas que serão atendidas na qualidade de serviço público, submetendo-as a um regime jurídico diferenciado.

É importante ressaltar, no entanto, que a insuficiência ou inadequação dos serviços prestados sob regime de serviço público tem levado à despublicização parcial da atividade como tal, conforme aponta Marçal Justen Filho¹⁷. Como exemplo de tal situação, tem-se o transporte coletivo, em muitos locais admitidos a sua prestação sob regime de direito privado, em condições limitadas, mediante observância de requisitos de segurança.

Retornando às autorizações constantes do art. 21, da Constituição Federal, conforme já afirmado, caberá à União definir legalmente as atividades que serão submetidas ao regime jurídico de serviço público e aquelas a serem tratadas como atividade econômica de interesse público, portanto sujeitas à autorização.

4. Autorização para o Exercício de Atividades Privadas de Interesse Público

Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁸ reporta-se às atividades privadas, entre os serviços elencados no art. 21, que estariam sujeitas à manifestação administrativa no exercício de poder de polícia, através de autorizações, no sentido de verificar se com elas não haverá gravame ao interesse público. Seria o caso da atividade de radioamador, hipótese de serviço de telecomunicação.

Nesta mesma situação, estaria o art. 7º, da Lei nº 9.074/95, segundo o qual:

Art. 7º São objeto de autorização:

I – A implantação de usina termelétrica, de potência superior a 5.000 KW, destinada a uso exclusivo do autoprodutor;

II – o aproveitamento de potenciais hidráulicos, de potência superior a 1.000 KW e igual ou inferior a 10.000KW, destinados a uso exclusivo do autoprodutor.

Excepcionalmente, o autoprodutor pode comercializar o excedente de energia por ele produzida, conforme consta do art. 26, IV, da Lei nº 9.074/95:

Art. 26. Cabe ao Poder Concedente, diretamente ou mediante delegação à ANEEL, autorizar: (...)

¹⁶ CAETANO, Marcelo. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003. p.221.

¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Serviços de Interesse Econômico Geral no Brasil: Os Invasores. In: *O Direito Administrativo na Atualidade*. Estudos em Homenagem ao Centenário de Hely Lopes Meirelles. Org. Arnaldo Wald e outros. São Paulo: Malheiros, 2017. p.802.

¹⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015. p.714.

IV – a comercialização, eventual e temporária, pelos autoprodutores, de seus excedentes de energia elétrica.

Entende-se que, neste caso, a comercialização eventual e temporária de energia elétrica não se perfaz como serviço público, pois desprovida da obrigação de “continuidade”, imposta pelo princípio da continuidade do serviço público. Seria, assim, atividade econômica de interesse público.

Neste momento, convém distinguir as autorizações conferidas para o atendimento de interesses privados daquelas que visam a atender a interesses públicos. As primeiras visam a remover obstáculos ao exercício de certas atividades no sentido de garantir a organização social. Já as segundas comportam atendimento da coletividade, porém desprovida das características básicas dos serviços públicos, quais sejam, continuidade, universalidade e modicidade.

A Lei de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97), por exemplo, estabelece serviços de telecomunicações em regime público e em regime privado. Da leitura dos dispositivos legais (arts. 62 a 68), observa-se que será serviço público, na concepção tradicional, aquele prestado sob regime público, de interesse coletivo, quando, então, sujeita-se às obrigações de universalidade e continuidade (art. 63, parágrafo único), delegado mediante concessão ou permissão. Por outro lado, não comportarão prestação no regime público os serviços de telecomunicações de interesse restrito (art. 67).

Recentemente, a Lei nº 10.233/01, alterada pela Lei nº 12.996/14, estabeleceu a outorga sob a forma de *autorização, independentemente de licitação*, quando se tratar de *serviços de transporte terrestre coletivo regular interestadual e internacional de passageiros desvinculados da exploração de infraestrutura*. Assim, a lei alterou as formas de delegação do serviço de transporte rodoviário coletivo de passageiros interestadual e internacional, admitindo a autorização, quando, então, não será precedida de processo licitatório. Percebe-se, então, que houve a opção de prestação conjugada da atividade como serviço público e como atividade econômica. Como serviço público, a atividade estará sujeita a regime menos flexível, em razão das exigências de universalidade e de isonomia, generalizando o atendimento equivalente para todos os potenciais interessados. Como atividade econômica, permitirá a prestação seletiva da atividade.

Argumenta-se a inconstitucionalidade do art. 3º da Lei nº 12.996/2014, por violação aos artigos 37, *caput*, e inciso XXI e 175, *caput*, da Constituição Federal. Tal alegação parte do pressuposto que é serviço público o *serviço de transporte terrestre coletivo interestadual e internacional de passageiros desvinculados da exploração de infraestrutura*. Logo, na qualidade de serviço público, segundo estabelece o referido dispositivo, somente deveria ser outorgado através do regime da concessão ou permissão, precedida de licitação.

A controvérsia quanto à constitucionalidade do referido dispositivo foi submetida ao Supremo Tribunal Federal, através da ADI nº 5.549, proposta pelo Procurador-Geral da República.

Conforme já se estabeleceu neste trabalho, a interpretação sistemática da Constituição Federal direciona a não considerar o instituto da *autorização*, estabelecido no seu artigo 21, como instrumento ordinário de delegação de serviço público, e sim como consentimento administrativo à exploração de atividade econômica de interesse público. Excepcionalmente, admite-se a utilização do referido instrumento para a delegação da prestação de serviço público em caráter precário, para atender à emergência transitória ou aos interesses coletivos instáveis, conforme preconiza Hely Lopes Meirelles¹⁹. Neste caso, a Administração autorizante poderá, a qualquer momento, determinar a suspensão da prestação do serviço. Apesar da não exigência de licitação, havendo mais de um interessado, deverá ser efetivado processo seletivo capaz de garantir a observância do princípio da impessoalidade. Assim, no Município de Salvador, após a expiração do prazo de todos os termos de permissão para a prestação do serviço público de transporte coletivo, estabelecidos antes da Constituição de 1988, no ano de 2013, foram deferidas autorizações de serviço público, para a manutenção da atividade, até a conclusão do processo licitatório, quando, então, adotou-se a forma contratual da concessão de serviço público.

Por certo que ao atribuir à União a exploração de certas atividades, a Constituição Federal, no art. 21, não especificou se tal exploração ocorrerá sob regime de serviço público. No entanto, caso assim decida o ente federado, o art. 175 deixa claro que a delegação da exploração a terceiro ocorrerá sob regime de concessão ou permissão, precedida de licitação.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal admitiu, no setor de telecomunicações, a existência de atividades desempenhadas sob regime de serviço público – telefonia fixa e outras sob regime de atividade privada de interesse público – serviço de telefonia móvel²⁰. Com efeito, reconheceu constitucional a submissão legal ao regime de direito privado de certos serviços atribuídos à União no art. 21.

Voltando à abordagem do art. 3º, da Lei nº 12.996/2014, entende-se que ao estabelecer o regime de autorização para a prestação do *serviço de transporte terrestre coletivo interestadual e internacional de passageiros desvinculados da exploração de infraestrutura*, optou-se por estabelecer a possibilidade de a atividade ser prestada em regime de direito privado, mantendo-se, em certas situações, o regime de serviço público. Assim, será serviço público, delegado através de concessão, caso haja a prestação do serviço de transporte associado à exploração de infraestrutura (art. 13, I da Lei nº 10.233/01). Ora, quais as implicações dessa decisão?

Por certo que, não se tratando de serviço público, desvincula-se dos princípios a este aplicados, tais como: continuidade do serviço, modicidade tarifária, universalidade, entre outros. Nesse sentido, a atividade será prestada em ambiente de competição, com todos os riscos suportados pela autorizatária, sem possibilidade de imposição das chamadas “linhas deficitárias”, não ocorrendo limitação à paralisação, em caso de greve.

¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2008. p.411.

²⁰ STF, Tribunal Pleno, ADI/MC nº 1.668, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 16.04.2004.

Por outro lado, sendo uma atividade econômica de interesse público, poderão ser impostos requisitos ao deferimento da autorização, bem como à sua manutenção, com a efetiva fiscalização.

No que concerne à ausência de licitação precedendo a autorização para a prestação do *serviço de transporte terrestre coletivo interestadual e internacional de passageiros desvinculados da exploração de infraestrutura*, deve-se também conferir interpretação conforme a Constituição Federal.

Ora, sabe-se que o art. 37, *caput*, submete a Administração Direta e Indireta de todos os poderes à observância dos princípios administrativos, entre os quais o da impessoalidade. Caio Tácito afirma que “o princípio da impessoalidade repele atos discriminatórios que importam favorecimento ou desprezo a membros da sociedade em detrimento da finalidade objetiva da norma de direito a ser aplicada”²¹. Tal princípio se traduz no tratamento dos administrados sem favoritismos ou perseguições.

No caso das autorizações deferidas para a prestação do serviço citado, deverão ser estabelecidos critérios pessoais para escolha dos beneficiários. Em outras palavras, o fato de a lei ter estabelecido a ausência de processo licitatório precedendo as autorizações não exclui a necessidade de formalização de processo pessoal para tal deferimento, com utilização de critérios objetivos, sob pena de macular o princípio da impessoalidade.

Por certo que não ocorrerá processo seletivo, caso a Administração decida por deferir autorizações a todos que preencham os requisitos legais estabelecidos para o deferimento do ato administrativo em questão. A princípio, parece ser essa a intenção do legislador quando, no art. 47-B, da Lei nº 12.996/14, determina que “*não haverá limite para o número de autorizações para o serviço regular de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, salvo no caso de inviabilidade operacional*”.

Percebe-se que em certos casos a prestação da atividade de transporte como serviço público é a mais satisfatória para assegurar a universalidade, em situação de isonomia, com modicidade tarifária, atendendo as populações mais carentes, estabelecidas em locais mais distantes. Por outro lado, em certas situações, a exploração do transporte coletivo por particulares, em regime de direito privado, com ampla competitividade, apresenta-se como alternativa mais eficiente. Desta forma, pertence ao Estado conceber a solução mais vantajosa e eficiente dentro do cenário existente.

5. Conclusão

Conforme demonstrado, a autorização, como espécie de ato administrativo, não é passível de rotulação estanque, existindo posições díspares, inclusive quanto à liberdade de sua expedição – se vinculada ou discricionária.

²¹ TÁCITO, Caio. Princípio da Legalidade e Poder de Polícia. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar e Fundação Getúlio Vargas, jan./mar./2002. p.45.

Para doutrina italiana, por exemplo, a autorização consiste na remoção de obstáculo, imposto por lei, para o exercício de um poder individual²². No direito administrativo brasileiro, consolidou-se como ato administrativo discricionário, ou seja, sua expedição perpassa pela análise da conveniência e oportunidade.

Por certo que o conceito atribuído a um instituto jurídico, antes de ser privativo do mundo jurídico ele é, de fato, do mundo, surgindo aos olhos do observador a partir das transformações ocorridas no ambiente social.

Assim, ocorreu com o instituto da autorização que se adaptou a sua previsão constitucional e a modificação do cenário social que levou à adoção do conceito mais atrofiado do serviço público, expandindo a autorização para abranger o deferimento do exercício de atividade econômica de interesse público.

Desta forma, o Direito Administrativo e seus conceitos não sobrevivem a ambiente fechado, impermeável às modificações sociais. Possui o papel de viabilizar, organizar e condicionar a atuação administrativa. Os conceitos, em consequência, são aplicados de modo incremental, amoldados às práticas jurídicas. Uma sociedade plural, cujo progresso gera necessidades acompanhadas, muitas vezes, de alta complexidade, requer soluções heterodoxas. Tem-se que conciliar o modelo à experiência, a construção de teses a opções programáticas, enfim devem-se abandonar pretensões de unificações conceituais em prol da busca de acomodação do jurídico ao fático.

²² ZANOBINI, Guido. *Corso di Diritto Amministrativo*, 1950. Vol. I. p.212.

A Nova Interpretação do Supremo Tribunal Federal sobre a Prerrogativa de Foro

Tulio Caiban Bruno*

Sumário

1. Aspectos Introdutórios. 2. O Alcance da Nova Interpretação. 3. A *Ratio Decidendi*. 4. A Questão do Foro em Constituições Estaduais. 5. O Conceito Jurisprudencial de “Crimes Funcionais”. 6. Juízes e Promotores: a Prerrogativa de Atribuição. 7. Conclusões. Referências Bibliográficas.

1. Aspectos Introdutórios

Como amplamente divulgado, na Ação Penal nº 937, o Supremo Tribunal Federal redesenhou as margens da competência originária ao fixar, como teses jurídicas, que:

(i) o foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo.

Nas ensanchas do novo paradigma jurisprudencial, porém, acendeu-se intenso debate na comunidade jurídica referente à aplicação das teses fixadas aos diversos cargos contemplados pela Constituição com igual prerrogativa – que não o de Parlamentar federal em relação ao qual a decisão foi tomada –, como os de Chefe do Poder Executivo (federal, estadual e municipal), Ministros de Estado, Magistrados, Membros do Ministério Público, entre outros.

Daí porque, na sequência, foi proposta a deliberação de verbetes vinculantes, em Súmula, dispondo que “a competência por prerrogativa de foro, prevista na Constituição Federal para agentes públicos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e do Ministério Público compreende, exclusivamente, os crimes praticados no exercício e em razão do cargo ou da função pública” e que “são inconstitucionais

* Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro - MPRJ.

normas das Constituições estaduais e da Lei Orgânica do Distrito Federal que contemplem hipóteses de prerrogativa de foro não previstas expressamente na Constituição Federal, vedada a invocação da simetria”.¹

Por seu turno, escorado na nova linha hermenêutica, o Superior Tribunal de Justiça aplicou, por simetria, o mesmo entendimento em relação ao Governador de Estado (na Ação Penal nº 866/DF, Min. Rel. Luis Felipe Salomão), declinando da competência em favor do juízo de 1ª instância, porque os fatos objeto da ação penal ajuizada perante aquela Corte Superior não guardavam relação de atualidade com o mandato exercido pelo Chefe do Executivo estadual.

Outras dificuldades interpretativas, de fato, têm emergido das teses assentadas no julgado, tais como:

[...] o que vem a ser “crimes cometidos em razão do ofício e que digam respeito estritamente ao desempenho daquele cargo”? Seriam enquadrados em crimes praticados antes do exercício da função, buscando a ascensão ao cargo, como os delitos eleitorais? Ou a corrupção, anterior à função, mas em razão dela? Apenas delitos praticados por funcionário público contra a administração pública estariam enquadrados ou qualquer delito ligado à função? O assassinato de um inimigo político seria enquadrado? O tráfico de drogas usando o gabinete funcional? Uma investigação de lavagem de dinheiro, iniciada pela constatação de movimentação de patrimônio incompatível com a renda pelo agente público, seria conduzida em qual instância?²

Nesse contexto, o artigo pretende discutir as principais questões oriundas da nova concepção sobre a prerrogativa de foro externada pelo Supremo Tribunal Federal para traçar algumas diretrizes capazes de auxiliar o operador do direito na solução de casos futuros.

O desenvolvimento inicial do tema, portanto, deve partir do exame sobre a viabilidade da extensão daquelas teses, restritivas da competência originária, para os demais cargos agraciados pela Constituição com tal prerrogativa e, se for o caso, investigar qual o fundamento de direito capaz de apoiar essa proposta. Seria o argumento da simetria *tout court*?

De outra perspectiva sobre o mesmo problema, caberá responder a questão sobre a superação, pelo novo posicionamento jurisprudencial, dos precedentes que reputam válidas as normas concessivas de foro especial por Constituições estaduais,

¹ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-09/toffoli-propoe-sumulas-vinculantes-restringir-foro-especial>.

² Trecho extraído do voto vencido, na própria Ação Penal nº 937/RJ, da lavra do Min. Gilmar Mendes, antecipando problemas dos quais a prática não tem, de fato, escapado com boa margem de segurança jurídica. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-gilmar-foro.pdf>.

tanto em relação às funções simétricas às previstas na Constituição da República, quanto em relação àquelas que, com elas, não guardam qualquer equivalência, como sói acontecer com as Defensorias e Advocacias Públicas ou, ainda, em alguns casos excepcionais, com a Vereança.

Na sequência, será necessário enveredar sobre o conceito de “crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas”, revolvendo as categorias dogmáticas pertinentes, bem como os seus reflexos processuais penais, contexto no qual a exploração de situações concretas pode lançar alguma luz sobre a nova interpretação jurisprudencial, tratada no presente estudo.

Vale antecipar que tal conceito carrega, em si, as noções conjugadas de *atualidade* do fato delituoso em relação ao cargo ou mandato e da sua *pertinência* com o exercício das funções, o que redireciona a análise para hipóteses, muito comuns, como a do agente detentor de foro reinvestido ou reeleito na função que justifica a prerrogativa, com ou sem solução de continuidade, ou como a de movimentação pelo agente entre cargos que ostentem, ou não, aquele privilégio.

Aqui, o problema também diz respeito à prorrogação da competência e, por isso, entrelaça-se com a segunda tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal alusiva ao marco processual específico após o qual a competência não poderá ser mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo.

Por fim, caberá verificar se a nova visão sobre a competência originária abarcou correlativamente, de forma indiscriminada, a atribuição dos órgãos do *Parquet* responsáveis pela persecução penal, abordagem que parece tangenciar o desenho das instituições precipuamente engajadas na respectiva atividade estatal – Polícia, Ministério Público e Poder Judiciário –, bem como de suas relações, nos termos da Constituição da República.

2. O Alcance da Nova Interpretação

Nesse percurso metodológico, inicialmente, buscaremos analisar a possibilidade de aplicação do novo paradigma judicial, restritivo da competência originária, aos demais cargos contemplados pela Constituição com a prerrogativa de foro para, se for o caso, perquirir qual o fundamento jurídico capaz de sustentar tal posicionamento.

Lembre-se que o Superior Tribunal de Justiça estendeu, sob o pálio da *simetria*, a supracitada tese restritiva para o cargo executivo de Governador de Estado, revelando, portanto, a inclinação jurisprudencial quanto aos demais agentes públicos dentro da sua esfera de competência, como o são os membros dos Tribunais Regionais Federais ou do Trabalho, dos Tribunais Eleitorais, dos Tribunais de Justiça, dos Tribunais de Contas e do Ministério Público da União.

Mas é possível dizer que o cargo de Governador de Estado guarda relação de simetria com o de Deputado Federal ou Senador da República? E os cargos de Desembargador ou membro do Ministério Público podem ser concebidos como equivalentes funcionais ao dos Parlamentares?

A ideia de simetria, tradicionalmente, tem o seu sentido associado ao caráter unitário da federação, significando que os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios devem observar, em suas respectivas Constituições e Leis Orgânicas, os princípios fundamentais e as regras de organização juspolíticas previstas na Constituição da República quanto ao sistema de governo, à forma de aquisição e exercício do poder, ao regime democrático representativo, à estruturação básica de seus órgãos e aos limites de sua própria atuação.

Portanto, em rigor, de simetria não se trata na acepção própria do termo, porque os diversos cargos que ostentam a prerrogativa de foro no cenário jurídico nacional – como os de Presidente da República, Ministro de Estado, Governador, Membros de Tribunais ou Ministério Público, entre outros – não se ocupam de funções legislativas tais como as exercidas pelos Congressistas, alicerce primeiro sobre o qual a decisão do Supremo Tribunal Federal foi prolatada. Daí porque Lenio Streck criticou severamente o argumento da simetria tal como aplicado pelo Superior Tribunal de Justiça ao sustentar que a Corte “[...] não interpretou autenticamente a decisão do STF, mas a reescreveu. Para disfarçar o exercício do poder decisório, tenta dar-lhe o verniz da interpretação jurídica dos princípios”.³

Por outro lado, o tratamento desigual em relação à prerrogativa de foro, cuja finalidade é a proteção do cargo – e não das pessoas nele investidas – para garantir o exercício livre e independente das funções que lhe são afetas, não se coaduna com a ordem jurídica, já que tais atributos, por escolha política, inscrevem-se no âmago de todas as funções contempladas. Isto é, não há justificativa para que os parlamentares tenham a competência originária circunscrita aos crimes funcionais e os demais agentes conservem toda gama de condutas típicas, ainda que em nada se relacionem com o cargo, nos domínios do foro especial, de sorte que, não se amoldando bem à ideia de simetria, o fundamento pode ser outro, qual seja, *a norma que pode ser extraída das razões subjacentes ao precedente, aplicável às situações semelhantes*.

A literatura jurídica de países onde o Direito se desenvolveu segundo a tradição da *Common Law* é pródiga quanto a esse tipo de investigação em torno do sistema de precedentes, cujos avanços teóricos contemporâneos podem contribuir para melhor explicar o raciocínio jurídico envolvido no seu funcionamento hodierno, inclusive, perante as famílias legais romano-germânicas.

Do ponto de vista da Ciência do Direito, sem nos ocuparmos das diversas formas e distinções pertinentes ao alcance da autoridade das decisões judiciais, convém atentar, com Ronald Dworkin, para a ideia de que “a força gravitacional de um precedente pode ser explicada pelo apelo, não à sabedoria da implementação de leis promulgadas, mas à equidade que está em tratar os casos semelhantes do mesmo modo” e, entre as conclusões sobre a responsabilidade judicial, “a mais importante delas determina que ele [o juiz] deve limitar a força gravitacional das decisões anteriores à extensão dos argumentos de princípio necessários para justificar tais decisões”.⁴

³ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-10/senso-incomum-juiz-julgara-desembargador-promotor-denunciara-ministro>.

⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.177.

Essa reflexão que enlaça a filosofia e a teoria do Direito nos impele a conferir peso às decisões judiciais tomadas no passado, por equidade e justiça, a despeito dos ritos legalmente previstos para fins de vinculatividade obrigatória, outorgando autoridade persuasiva aos julgados, em especial, aos promanados de Tribunais superiores.⁵

Sob o prisma interno do sistema, uma abordagem atual sobre a temática foi realizada por Frederick Schauer no direito estadunidense quando, ao incursionar sobre a prática do precedente, enfrentou o problema alusivo à identificação de *similaridades relevantes* entre a decisão pretérita e o caso futuro sobre o qual as partes confiam que seja solucionado, da mesma forma, pelos tribunais.

O autor nos mostra que a noção de similaridade para definir o que consubstancia o precedente tanto pode provir do mundo natural como pode resultar de ficção jurídica em vista dos objetivos do Direito, tornando difícil a determinação apriorística das semelhanças a partir da mera subsunção de fatos e consequências que orientam as decisões judiciárias em testilha.⁶

Pode parecer curioso que, nos dias de hoje, a solução preconizada pelo autor repouse na perspectiva da *ratio decidendi* enquanto base ou justificativa para a decisão anterior proferida pelo tribunal, pretendendo dizer, com isso, que:

[...] precisamos saber *não apenas o que* o tribunal decidiu, *mas por que* assim decidiu. Então, uma visão comum na Inglaterra e em outros lugares é que, como as regras, os precedentes têm razões ou justificativas por trás de suas soluções e, portanto, tornam-se obrigatórios para todos os casos subseqüentes que se enquadrem na *ratio decidendi* do caso anterior.⁷

Mas a proposta é válida quando, atualmente, se percebe um fenômeno de aproximação entre sistemas jurídicos de origem diversa na cultura ocidental, em que

⁵ Para uma explanação sobre essa questão, vide artigo de Roscoe Pound, intitulado *What of stare decisis?*, disponível em: <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1220&context=flr>, onde o autor se refere à distinção entre precedentes com autoridade vinculante (*binding authority*) e precedentes com autoridade persuasiva (*persuasive authority*).

⁶ SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. A new introduction to legal reasoning. Harvard University Press, 2012, p. 50. A ideia pode ser extraída da seguinte passagem: “Thus, it is possible that determinations of similarity for the purpose of assessing what is to be a precedent will in some contexts reflect law’s sense of similarity for law’s purposes only, and will in other contexts reflect those judgments of similarity that come from the outside world. But as long as both of these possibilities exist, and as long as even prelegal determinations of similarity and difference are based on context and purpose, then it seems impossible to conclude that a legal determination of similarity is just a matter of seeing whether the facts in the instant case really are similar to the facts of the precedent case”.

⁷ *Idem*, p. 50. Preleciona o autor: “With the path of natural similarity being a false one, we must look for something else that will tell us whether and when an earlier case claimed to be a precedent is actually a precedent for the instant case. And this something else is often thought to be what is called, especially in common-law jurisdictions outside the United States, the ratio decidendi of the precedent case — the basis or rationale for the court’s decision. We need to know not only what the precedent court decided, but why it decided it. So a common view in England and elsewhere is that, like rules, precedent cases have justifications or rationales lying behind their outcomes, and a precedent case is a good precedent, and thus binding, for all subsequent cases falling within the ratio decidendi of the precedent case”.

cada vez mais modelos da família de direito romano-germânica conferem, ao lado da lei positiva, relevância ao precedente jurisprudencial como fonte vinculante, e cada vez mais sistemas originários da *Common Law* socorrem-se de regras positivas e estatutos legais para fins de organização político-jurídica do Estado e da sociedade, a par do precedente judiciário.

Assim, apelar ao sobredito referencial teórico do pensamento jurídico contemporâneo – dos últimos autores que, de perspectivas diferentes, procuraram conferir tratamento sistemático aos fundamentos, à prática e aos problemas do precedente – tem a utilidade de evidenciar que, apesar de outros tipos de raciocínio para fins de generalização do precedente, as razões que lhes são subjacentes ainda constituem elemento fundamental na determinação da norma a ser aplicada aos casos similares, inclusive, na tradição anglo-saxônica onde a fonte do direito se abebera da jurisprudência.

Daí porque “se temos a expectativa de que as Cortes em geral ofereçam as razões para as suas decisões tomadas, pois esta é a chave para o bom funcionamento de um sistema de precedentes”,⁸ aos propósitos do presente estudo sobre a prerrogativa de foro, a nossa Suprema Corte, ao exprimi-las claramente, facilitou sobretudo a empreitada investigativa.

3. A *Ratio Decidendi*

São basicamente duas as razões substantivas explícitas que orientam a decisão tomada, a primeira, consubstanciada em um *argumento de princípio*, quer dizer que a prática atual não realiza adequadamente princípios constitucionais estruturantes, como igualdade e república, por impedir, em grande número de casos, a responsabilização de agentes públicos por crimes de naturezas diversas; e a segunda relaciona-se à concepção *pragmática* no sentido de que a nova interpretação representa solução para desafogar os tribunais, trazendo a perspectiva de uma melhora no sistema judiciário em geral ou na persecução penal em particular.

É a partir delas que, a nosso ver, deve ser examinada a extensão do precedente aos demais cargos agraciados com a prerrogativa de foro não expressamente decididos no *caso fonte*. E, nesse sentido, não é possível dizer, no que lhes concerne, que a prática atual realiza os citados princípios – com exceção dos congressistas – ou que as consequências de sua aplicação – juntamente com os congressistas – não trarão perspectiva de melhora quanto ao desafogo dos tribunais.

Em outras palavras, de acordo com a *ratio decidendi* – e isso é o que importa –, podemos afirmar que a aplicação da decisão aos outros agentes detentores de foro privativo – *v.g.*, chefes do Poder Executivo, Ministros, Juízes ou membros do Ministério Público –, para cingi-lo aos crimes praticados no cargo e em razão dele, *otimiza* os princípios da igualdade e da república, porque, como princípios que são, “ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”.⁹

⁸ *Ibidem*, p. 56. Tradução livre.

⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 91-92.

A inclusão dos demais agentes no campo de fundamentação da decisão *potencializa* aqueles princípios, na visão do Supremo Tribunal Federal, pois lhes concede a máxima eficácia possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Significa dizer que, paulatinamente, a cada categoria de agentes inserida na restrição imposta nas diversas esferas jurisdicionais, mais a realidade se aproxima dos princípios da igualdade e da república na busca incessante de suas máximas configurações. Na via oposta, quanto menos grupamentos funcionais detentores de foro adentrem no plano racional do julgado, menos se pode dizer que são concretizados os aventados princípios e seus consectários.

Da segunda ótica, não resta dúvida de que a redução da competência originária para todos os cargos contemplados com a prerrogativa logicamente acarreta um fluxo menor de trabalho nos tribunais do que a limitação à parte deles, confluindo com a razão pragmática de aliviar a carga de órgãos colegiados não vocacionados à instrução e julgamento de grande quantidade de processos penais cognitivos.

Na verdade, esta razão de ordem pragmática funciona, complementarmente à violação dos precitados princípios, como espécie de mola propulsora da disfuncionalidade do sistema de justiça penal, consignando-se no voto-condutor que “o Supremo Tribunal Federal não tem sido capaz de julgar de maneira adequada e com a devida celeridade os casos abarcados pela prerrogativa. O foro especial, na sua extensão atual, contribui para o congestionamento dos tribunais e para tornar ainda mais morosa a tramitação dos processos e mais raros os julgamentos e as condenações”.¹⁰

Eis o motivo, talvez, por que a tese afinal enunciada pela Corte Suprema, apesar dos debates, antevendo a generalidade dos fundamentos invocados, não tenha formulado qualquer distinção, prescrevendo apenas que “o foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas”, verdadeira *regra jurídica*, objetivamente declarada, extraível das razões subjacentes à decisão tomada, aplicável, pois, para todos.

Aliás, uma ideia cardeal quanto à produção de decisões consentâneas com o precedente – não é ocioso lembrá-la – é a de que os tribunais devem oferecer a mesma resposta do caso passado ao caso semelhante por vir, havendo a expectativa da comunidade política no sentido de que os trabalhos jurisdicionais em geral se desenvolvam de forma coerente, ainda que a composição da Corte tenha se modificado ou, a princípio, até mesmo que seus membros tenham alterado o seu pensamento.

Acaso fossem recolhidos do antigo Direito, teriam lugar os velhos brocardos da hermenêutica jurídica, segundo os quais *ubi eadem ratio ibi idem jus* (onde houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito) e *ubi eadem legis ratio ibi eadem dispositio* (onde há a mesma razão de ser, deve prevalecer a mesma razão de decidir), pois, na voz de Carlos Maximiliano, cânones como tais “constituem pequenas sínteses, fruto da experiência de séculos, conglomerado de ideias, fórmulas gerais” e “desempenham

¹⁰ Nesse sentido, o voto proferido pelo Min. Relator Roberto Barroso, no caso, contém estudo empírico acompanhado de estatísticas sobre a produtividade da Suprema Corte quanto aos crimes da competência originária, concluindo-se que o atual desenho sobre a prerrogativa tem levado, em grande escala, à prescrição e impunidade.

relativamente o papel de bússola em relação ao polo: apenas indicam o rumo em que pode ser encontrado. Não é pouco: uma direção orientada constitui uma preciosidade para quem estuda, investiga e almeja concluir com acerto”.¹¹

Nessa inteligência, não há qualquer sentido na distinção das razões constitucionais que fundamentam a prerrogativa inerente aos diversos cargos previstos, para estreitá-la tão somente em face dos Parlamentares federais, mantendo-a em toda amplitude e extensão em favor dos demais agentes políticos.

Sendo assim, é possível concluir que a nova interpretação do Supremo Tribunal Federal sobre o foro por prerrogativa de função tem validade jurídica, à luz da *ratio decidendi*, não somente em relação ao Parlamento, mas a todos os demais cargos contemplados pela Constituição com igual garantia.

4. A Questão do Foro em Constituições Estaduais

Visto que o precedente pode ser generalizado para todos os agentes detentores de foro privativo, torna-se oportuno analisar a repercussão sobre tal prerrogativa concedida por Constituições estaduais, tanto em relação às funções simétricas às previstas na Constituição da República quanto em relação àquelas que, com elas, não guardam qualquer equivalência.

No plano dos Estados federados, não é demais lembrar que o Governador responde por infrações penais comuns perante o Superior Tribunal de Justiça (art. 105, inc. I, *a*, CRFB/88). E, mais, que a prerrogativa de foro assegurada aos Deputados estaduais, apesar de prevista nas Constituições dos estados-membros, deflui diretamente do próprio texto da Lei Maior (art. 27, §1º, CRFB/88).¹² Também não pairam dúvidas sobre “o julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça” (art. 29, inc. X, CRFB/88).

Em relação aos Secretários de Estado, várias, se não todas, Constituições de estados brasileiros contêm disposições atribuindo-lhes o foro especial perante os Tribunais locais. São exemplos as Cartas de Alagoas (art. 114, p. único), Amazonas (art. 72, inc. I, *a*), Espírito Santo (art. 109, inc. I, *a*), Minas Gerais (art. 103, inc. I, *b*), Pará (art. 142), Paraná (art. 92), Rio Grande do Norte (art. 71, inc. I, *c*), Rio Grande do Sul (art. 95, inc. XI), Rio de Janeiro (art. 161, inc. IV, *d*), Rondônia (art. 87, inc. IV, *b*), Santa Catarina (art. 75) São Paulo (art. 74, inc. I), Sergipe (art. 91) etc.

¹¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.197.

¹² Assim sendo, não parece aplicável a Súmula Vinculante nº 45 do STF ao dispor que “a competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela Constituição Estadual”, porque a jurisprudência orienta a ideia de que a prerrogativa de foro concedida aos Deputados Estaduais, por princípio extensivo de observância obrigatória aos entes federados, resulta do próprio texto da Lei Maior. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, resolvendo conflito de competência, decidiu que “apesar de não constar do artigo 27, §1º da Carta Magna, expressamente, a extensão do foro por prerrogativa de função aos Deputados estaduais, tem-se que as Constituições locais, ao estabelecerem para os parlamentares do estado idêntica garantia prevista para os Congressistas, refletem a própria Constituição Federal, não se podendo, portanto, afirmar que a referida prerrogativa encontra-se prevista, exclusivamente, na Constituição Estadual. A adoção de um critério fundado na aplicação de regras simétricas, conforme preceitua a própria Carta Magna, em seu artigo 25, reforça a relevância da função pública protegida pela norma do foro privativo”. (STJ, Terceira Seção, CC nº 105207, DJ 25/03/2011)

Não parece haver maior discussão acerca da validade da prerrogativa de foro deferida aos Secretários de Estado pelas respectivas Constituições estaduais, justamente em função da posição análoga a de Ministros de Estado na organização federativa brasileira. No entanto, porque somente previsto nas Cartas estaduais, alguma controvérsia surgiu em torno da subsistência do foro privativo no âmbito da Justiça Federal, por condutas delituosas ofensivas a bens e interesses da União quando praticadas por tais agentes, sendo que a Jurisprudência se consolidou favoravelmente àquela garantia em razão do cargo, de modo que, nessa hipótese, a competência originária recai sobre o respectivo Tribunal Regional Federal.¹³

Os Juízes e membros do Ministério Público nos estados, por seu turno, têm o foro por prerrogativa de função assegurado diretamente pela Constituição da República (art. 96, inc. III, CRFB/88), medida que não foi estendida aos agentes das demais instituições essenciais à Justiça. Porém, diversas Constituições locais conferiram aos Defensores Públicos, Procuradores de Estado, Procuradores de Assembleias Legislativas e Delegados de Polícia tal garantia, cuja validade foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, com exceção das Autoridades Policiais, porquanto “funcionalmente subordinadas aos Governadores estaduais e submetidas ao controle externo pelo Ministério Público”.¹⁴

Por fim, não podemos deixar de registrar que, em alguns poucos estados da federação, ainda os Vereadores foram favorecidos pelas Constituições estaduais com a prerrogativa de foro originário perante os Tribunais locais, tal como nos estados do Rio de Janeiro (art. 161, inc. IV, 3), Roraima (art. 77, inc. X, a) e Piauí (art. 21, inc. VIII) por cláusulas constitucionais igualmente canceladas pela Suprema Corte.¹⁵

¹³ STJ, RHC nº 82698/MT, 5ª Turma, Min. Rel. Felix Fischer, julgado em 08/02/2018, DJe 21/02/2018; e STJ, 6ª Turma, HC nº 200701537761, Min. Rel. Paulo Gallotti, DJ 19/11/2007.

¹⁴ Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, no exercício de controle de constitucionalidade concentrado referente à norma da Constituição do Estado de Goiás concessiva da prerrogativa de foro aos Defensores Públicos, aos Procuradores do Estado e da Assembleia Legislativa e aos Delegados de Polícia (art. 46, inc. VIII) – reproduzida na maioria das Constituições estaduais –, já entendeu que o interesse público quanto ao adequado e independente exercício das funções estatais elencadas no dispositivo justifica a previsão constitucional derivada, com exceção das Autoridades Policiais, uma vez funcionalmente subordinados aos Governadores estaduais e submetidos ao controle externo pelo Ministério Público. (STF, ADI nº 2.587-2/GO, Rel. originário Min. Maurício Corrêa, Rel. para o Acórdão Min. Carlos Ayres Britto, julgado em 1º/12/2004) Assim, a Suprema Corte reconheceu a inconstitucionalidade tão somente da expressão “e os Delegados de Polícia” contida naquele preceito constitucional e, diante da natureza ambivalente do controle concentrado de leis, ratificou a compatibilidade da prerrogativa de foro estatuída por Constituições estaduais em favor dos membros das sobreditas instituições. No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça entendeu ser legítima a previsão de foro privativo em relação aos membros da Defensoria Pública, pela Constituição do Estado do Rio de Janeiro, *in verbis*: “foro por prerrogativa de função (Defensor Público do Rio de Janeiro). Ação Penal (competência do Tribunal de Justiça). 1. Compete ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro processar e julgar, originariamente, nos crimes comuns e de responsabilidade, os membros da Defensoria Pública daquele Estado (art. 161, IV, d, 2, da Constituição Estadual). 2. No regime federativo, os Estados-Membros desfrutam de autonomia política e administrativa, sendo-lhes próprios os denominados poderes implícitos (podem tudo que não lhes esteja explicitamente proibido). 3. No caso, ao proclamar a prerrogativa de foro dos membros da Defensoria Pública, o constituinte estadual assegurou a simetria funcional entre os diversos agentes políticos do Estado. 4. *Habeas corpus* deferido com o intuito de se preservar a competência do Tribunal de Justiça para, originariamente, processar e julgar o paciente – Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro”. (STJ, 6ª Turma, HC nº 45.604/RJ, Rel. Min. Nilson Naves, julgado em 10/10/2006).

¹⁵ Um repositório da jurisprudência do STF sobre a matéria pode ser encontrado no Acórdão proferido no RE nº 464.935-7, reputando válido o foro especial concedido por Cartas estaduais aos Vereadores, da

Feito esse breve esboço, podemos avançar no fluxo argumentativo proposto sobre a possível *superação* dos mencionados precedentes do Supremo Tribunal Federal, que reconheceram a validade das normas constitucionais estaduais, pelo novo paradigma jurisprudencial, que exige a correlação da prática criminosa com o exercício das funções.

De modo mais específico, a questão se refere à preservação da competência originária para os agentes detentores da prerrogativa consagrada exclusivamente por Constituições estaduais, tanto investidos em cargos simétricos (como por exemplo, o de Secretário de Estado) quanto em cargos sem equivalência funcional (geralmente, Defensores e Advogados Públicos e, especialmente, Vereadores municipais).¹⁶

Vislumbrar o alcance da decisão restritiva nas razões subjacentes – e não no argumento da simetria – retira o sentido jurídico da citada distinção, pois as consequências e os princípios mobilizados são *comuns* a todas as situações funcionais que envolvem a prerrogativa de foro, prestando-se, ademais, a confirmação da *ratio decidendi* como fundamentação mais apropriada para a extensão do precedente a todos os agentes detentores de foro privativo, conforme procuramos demonstrar no tópico anterior.

De volta, assim, à teoria dos precedentes, quando a vinculatividade jurisprudencial introduz-se na cultura jurídica brasileira por meio de diversos mecanismos previstos na legislação, podemos absorver a experiência estrangeira de que, apesar da carga obrigatória, “ao contrário do que ocorre com tribunais inferiores perante decisões judiciais superiores, as Cortes em geral, mesmo reconhecendo que o caso sob julgamento apresenta uma questão já decidida no passado, podem, contudo, decidir por rejeitar a própria decisão anterior”.¹⁷

Para permitir a evolução do Direito, nos Estados Unidos e na Inglaterra, ao longo dos anos, juízes e juristas passaram a desenvolver critérios para a revogação de precedentes judiciais, sendo certo que o desenvolvimento desses critérios sempre teve por objetivo impedir a fossilização do Direito, no entanto, sem descuidar de vetores que garantissem a segurança, a igualdade, a coerência, enfim, a racionalidade do sistema jurídico.

Assim, pode-se afirmar que, embora os tribunais possam ocasionalmente rever suas próprias decisões anteriores, tal medida “exige mais do que apenas a crença de que a decisão anterior estava errada”, o que, se assim não fosse, comprometeria a funcionalidade do sistema de precedentes, hoje, também em voga no Brasil. Por exemplo, nos Estados Unidos, um precedente da Suprema Corte está sujeito a *overruling*, tradicionalmente:

Relatoria do Min. Cezar Peluso, julgado em 03/06/2008. E, mais recentemente, no HC nº 110.496, da Relatoria do Min. Gilmar Mendes, julgado em 09/04/2013, ambos procedentes do Rio de Janeiro.

¹⁶ Optamos por incluir os Vereadores na categoria de cargos sem equivalência funcional, porque, embora exerçam funções parlamentares municipais, na federação brasileira, somente três estados-membros os contemplam com a prerrogativa de foro, consubstanciando, de certo modo, *aporia* no Direito. Veja-se que a prerrogativa de foro assegurada aos Deputados estaduais, apesar de prevista nas Constituições dos estados-membros, deflui diretamente do próprio texto da Lei Maior (art. 27, §1º, CRFB/88), assim como a previsão de “julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça” (art. 29, inc. X, CRFB/88), silenciando a Constituição Federal, no entanto, quanto aos Vereadores.

¹⁷ SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. A new introduction to legal reasoning. Harvard University Press, 2012, p.59-60

Quando há uma (1) intervenção no desenvolvimento do direito, ou seja, quando é tomada uma decisão posterior tornando o precedente inconsistente; (2) quando a regra estabelecida no precedente revela-se impraticável ou; (3) quando o raciocínio subjacente ao precedente está desatualizado ou mostra-se inconsistente com os valores atualmente compartilhados na sociedade.¹⁸

Além disso, a Suprema Corte norte-americana descreveu esse pesado ônus antes de revogar suas decisões “[...] em termos da exigência de uma *justificativa especial*” e, na mesma linha, “[...] o padrão na Inglaterra é que a decisão anterior seja *manifestamente errada*”.¹⁹

Portanto, a revisão de precedentes do Supremo Tribunal Federal, que validaram normas constitucionais concessivas da prerrogativa de foro, nos estados-membros, exigiria a ocorrência de algum desses fenômenos, circundando a ideia de que, se tivessem sido decididos no presente – isto é, juntamente com o caso em que se restringiu a competência originária aos crimes ditos funcionais –, teriam sido julgados de outra forma.

Mas essa concepção não pode ser simplesmente deduzida do caso julgado, já que a superação de precedentes não se compadece com presunções, exigindo justificativa especial, sob pena de ultraje à desejável estabilidade da ordem jurídica e à *previsibilidade* que se almeja conferir às pessoas que, na sociedade política, vivem sob a égide dos princípios e das regras do Direito.

Prova maior de que a discussão judicial não promoveu a superação total do foro privativo outorgado por Constituições estaduais, para revogá-lo por completo, foi a proposta de edição de Súmula Vinculante, a ser deliberada pelo Supremo Tribunal Federal, logo após, dispondo que “são inconstitucionais normas das Constituições estaduais e da Lei Orgânica do Distrito Federal que contemplem hipóteses de prerrogativa de foro não previstas expressamente na Constituição Federal, vedada a invocação da simetria”.²⁰

Embora substancie sinalização veemente de que o precedente não cancelou o foro originário inscrito tão somente nas Cartas estaduais – ou não faria qualquer sentido uma proposição dessa natureza –, não parece ainda maturada a discussão do tema, tecnicamente, “após reiteradas decisões sobre matéria constitucional” (art. 103-A, CRFB/88) para discipliná-lo ao abrigo da súmula vinculante.

A vinculatividade, nesses termos, somente se torna legítima diante de um conjunto de decisões não díspares e harmônicas sobre determinada matéria, ideia que a própria legislação, inspirada na linguagem técnico-jurídica, entronizou no

¹⁸ PADDEN, Amy I. *Overruling decisions in the Supreme Court*. The Georgetown Law Review. vol. 82, 1994, p.1689-1732.

¹⁹ SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. A new introduction to legal reasoning. Harvard University Press, 2012, p.59-60.

²⁰ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-09/toffoli-propoe-sumulas-vinculantes-restringir-foro-especial>.

Direito positivo como “jurisprudência dominante”,²¹ sem a qual a súmula judiciária obrigatória se traduz perigosamente em pura legislação. De outra forma, a prolação de verbete judiciário cogente fora dos ecos da jurisprudência dominante representa indevido exercício de funções legislativas, o que não se confunde com a autoridade persuasiva de precedentes singulares, como o ora tratado.²²

Assim, preservado o núcleo essencial da prerrogativa concedida pelas Constituições locais às autoridades estaduais ou municipais, não parece estar a salvo, porém, de uma releitura constitucional, agora, sob as lentes da *atualidade* e *pertinência* da infração penal com o exercício das funções nos marcos contemporâneos restritivos da competência originária.

Se as decisões anteriores sobre o foro estadual não se revelaram *impraticáveis* a partir da nova interpretação que o adstringe aos crimes funcionais, tampouco se mostraram *desatualizadas* em relação ao núcleo essencial da garantia, não parece haver dúvida de que se tornaram *parcialmente inconsistentes* diante do novo paradigma jurisprudencial. Se pudéssemos empregar uma linguagem comum ao direito legislado, para explicar fenômeno análogo, poderia *sê-lo* compreendido como espécie de *revogação tácita e parcial* da regra jurídica anterior.

Nesse caso, caberia interrogar sobre a falta de justificativa expressa a respeito da revisão dos precedentes, no que tange ao foro originário estadual, para circunscrevê-lo igualmente aos crimes funcionais. Trata-se, porém, de um falso problema, pois, enquanto a *ratio* da tese fixada – de que “o foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas” – alcança, claramente, a todos os detentores da referida garantia no cenário nacional, nada indica a revogação do foro privativo previsto nas Constituições estaduais, o que demandaria, aí sim, uma carga de argumentação específica e explícita para derrubá-lo em face da remansosa orientação jurisprudencial sobre o tema.

Desse modo, pode-se rematar que as normas inscritas em Constituições estaduais, assecuratórias do foro por prerrogativa de função, tenham ou não relação de equivalência com as previsões da Constituição Federal, permanecem *válidas, porém, foram abarcadas pela* hermenêutica emprestada pela Suprema Corte para aferrá-las aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas.

5. O Conceito Jurisprudencial de “Crimes Funcionais”

Nos tópicos anteriores, verificamos que a restrição da competência originária deve vigorar não somente quanto ao Parlamento federal, mas em relação a todos os demais cargos contemplados pela Constituição com igual garantia e, ainda, que as

²¹ Vide, por exemplo, os arts. 120, p. único, 544, inc. II e 557, *caput*, do Código de Processo Civil em vigor.

²² Quanto a esse ponto, vale nova remissão ao artigo de Roscoe Pound, intitulado *What of stare decisis?*, disponível em: <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1220&context=fll>, onde o autor, conforme vimos na nota 5, se refere à distinção entre precedentes com autoridade vinculante (*binding authority*) e precedentes com autoridade persuasiva (*persuasive authority*).

prerrogativas de foro concedidas por Constituições locais remanescem válidas em seu núcleo essencial, porém, circunscritas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas.

Nesse compasso, torna-se imperioso perscrutar o *conceito* de “crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas”, revolvendo as categorias dogmáticas pertinentes, bem como os seus reflexos processuais penais. Na sequência, abordaremos situações concretas que podem lançar luz sobre a nova interpretação jurisprudencial.

A doutrina penal clássica define como *crimes funcionais* aqueles que só podem ser praticados por pessoas que exercem funções públicas. Dividem-se em crimes funcionais próprios e impróprios ou mistos. Nos primeiros, a ausência da qualidade referente ao exercício da função pública por parte do agente causa uma atipicidade absoluta, como, por exemplo, o crime de prevaricação; nos segundos, tal ausência opera uma atipicidade relativa, *i. e.*, a conduta é atípica em face do crime funcional, mas se amolda a um tipo de crime comum, como o delito de peculato, cuja falta do elemento funcional passa a constituir apropriação indébita.²³ Cabe registrar, também, que “são crimes funcionais típicos não os descritos no Título XI, Capítulo I, do Código Penal (arts. 312 e s.), como também todos em que a qualidade de funcionário público intervém como elementar ou circunstância qualificadora (p. ex., arts. 150, §2º, 300, 301 etc.)”.²⁴

A pergunta que pode aqui ser formulada é se o conceito de “crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas” adotado pelo Supremo Tribunal Federal confunde-se com a definição de crimes funcionais sedimentada pela doutrina.

Como assinalamos, tal conceito jurisprudencial carrega, em si, as noções conjugadas de *atualidade* do fato delituoso em relação ao cargo (ou mandato) e da sua *pertinência* com o exercício das funções, mas não parece exigir a intervenção da qualidade especial de funcionário público, como elementar ou circunstância, para sua configuração.

O elemento temporal da definição encampada pelo Supremo Tribunal Federal se incumbe do trabalho de desemparelhar os precitados conceitos, porque, em tese, pode ocorrer a prática do crime funcional propriamente dito, embora não necessariamente *durante* o exercício do cargo. Por exemplo, o tipo penal da corrupção passiva configura-se como um crime *propter officium*, mas pode ser praticado “fora da função”,²⁵ isto é, sem o traço imediato da simultaneidade em relação ao desempenho do ofício, portanto, fora daquele espectro conceitual.

Além disso, se o agente comete o crime funcional durante o exercício do cargo que justifica a prerrogativa, mas, por qualquer razão, perde-lhe a investidura, esvai-se

²³ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1998, vol. I. p.215

²⁴ *Idem*.

²⁵ CP, art. 317 – Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem.

igualmente o foro originário. Em outras palavras, “depois de cessado o exercício da função, não deve manter-se o foro por prerrogativa de função, porque cessada a investidura a que essa prerrogativa é inerente, deve esta cessar por não tê-la estendido mais além a própria Constituição” (AP nº 315/QO, Min. Rel. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgamento em 25.8.1999, DJ de 31.10.2001).

Por outro lado, o significado de “crimes relacionados às funções desempenhadas” afigura-se mais amplo do que a ideia clássica de crimes praticados *propter officium*, i. e., estritamente em razão do cargo, de modo que nem sempre os fatos investigados, a par da relação com o exercício da função, caracterizam delitos praticados por funcionário público contra a Administração Pública. Dito de forma mais geral, dois objetos podem estar relacionados, mas isso não significa dizer que um exista em razão do outro.

A relação de pertinência com o cargo, no fundo, diz respeito ao aproveitamento das relações funcionais, do poder ou autoridade, do prestígio ou influência que o cargo ou mandato pode conferir ao agente ou se refere a alguma situação de fato correlata às atribuições do cargo.

À guisa de ilustração, o crime de constituição de milícia privada, capitulado no art. 288-A do Código Penal, não depende da qualidade especial do agente, podendo ser praticado por qualquer pessoa, e tem por objetividade jurídica a paz pública e não a Administração. A princípio, pode não ter qualquer relação com o exercício da função que justifica a prerrogativa de foro. Não obstante, as circunstâncias do caso podem apontar que o agente – por exemplo, Deputado estadual ou Vereador – se utilize da autoridade ou influência conferida pelo mandato para interferir em nomeações na área da segurança pública, arregimentar militares, determinar ações que, mesmo fora do seu campo de atribuições, fomentem a associação delitiva e a consecução de crimes correlatos etc. Nessa hipótese, embora não constitua crime funcional tipicamente em razão do cargo, relaciona-se com o desempenho das funções, de modo a atrair a competência jurisdicional originária.

Imaginemos, agora, um Defensor Público que, em vista de entevado criado por parte assistida, durante atendimento no órgão de atuação, interfira em discussão iniciada por aquela com servidor público que exercia sua atividade regular e, por isso, acabe injustamente figurando como autor da contravenção penal de vias de fato (art. 21 DL nº 3.688/41). Tal infração, em geral, nada tem a ver com qualquer função pública. Porém, a Lei Orgânica da Defensoria Pública não deixa margem a outra interpretação quando prescreve que, aos Defensores Públicos, “incumbe o desempenho das funções de orientação, postulação e defesa dos direitos e interesses dos necessitados, cabendo-lhes, especialmente, *atender às partes e aos interessados*” (art. 18, LC nº 80/94), sendo forçoso concluir que tais fatos, apesar de não caracterizarem crime contra a Administração Pública, em tese, guardariam relação direta com as funções desempenhadas pelo Defensor Público.

Podemos aventar outra situação em que o agente incorra, por exemplo, no crime de usura pecuniária, previsto no art. 4º da Lei nº 1.521/50, cobrando juros sobre dívidas em dinheiro superiores à taxa permitida por lei. Teoricamente, tais fatos não

se referem à atividade funcional do agente. Mas, se os ofendidos forem servidores da Assembleia Legislativa ou Câmara Municipal e o político fizer do gabinete parlamentar seu escritório de agiotagem, valendo-se da estrutura pública, parece utilizar a máquina em malversação do cargo, desafiando, por consequência, o foro especial.

Portanto, considerando que muitas das figuras penais, não tipicamente funcionais, podem enfeixar-se no conceito de crimes relacionados ao desempenho das funções, não parece haver outra solução que não seja a apreciação, caso a caso, dos fatos oriundos da vida funcional de cada agente detentor de foro por prerrogativa para, na perspectiva construtiva do direito, escoimar as situações que possam constituí-la daquelas aferradas à esfera privada do agente.

As noções de atualidade e pertinência com o exercício do cargo também se projetam em outras categorias penais e processuais, algumas das quais merecem referência expressa pela recorrência na experiência prática hodierna nos quadrantes do país, como as figuras do crime permanente, do concurso de crimes e, ainda, da conexão e continência.

Se a conduta delituosa, como a associação em forma de organização criminosa, por exemplo, tenha se iniciado antes da investidura ou diplomação do agente na função que justifica a prerrogativa de foro, mas a consumação tenha lhe atravessado os umbrais, protraindo-se no tempo, parece claro que, em concurso com os demais fatores que a ensejam, os fatos estarão sob a égide do tribunal competente.

O mesmo raciocínio pode ser aplicado à hipótese de concurso material de crimes ou de crime continuado em que se iniciando a cadeia delituosa em momento anterior, ao avançar para dentro dos marcos que determinam o foro especial, correlatos às funções, o agente que lhe é detentor estará sujeito à jurisdição hierárquica superior.

Não é diferente a solução quando há vínculo de conexão ou continência entre as infrações penais que não tenham relação com as funções ou que sejam praticadas anteriormente ao cargo ou mandato com aquelas revestidas de tais atributos, de tal modo que, impondo-se o *simultaneus processus*, as investigações ou ações penais haverão de ser reunidas no tribunal de hierarquia prevacente.

Por fim, de acordo com a rota traçada, pendem de análise algumas situações muito comuns em que o agente detentor de foro acaba por ser reinvestido ou reeleito na função que justifica a prerrogativa, com ou sem solução de continuidade, ou quando se movimentam entre cargos que ostentem, ou não, aquele privilégio. A resolução de problemas não poderá deturpar aquela premissa conceitual, legitimadora da garantia de foro especial, abrigada na atualidade e pertinência dos fatos delituosos praticados em relação ao desempenho das funções. Deve considerar, ainda, como sempre, a *ratio decidendi* que suporta o enunciado jurídico fixado no precedente.

Assim, se determinado Prefeito Municipal pratica um crime durante o exercício do cargo, relacionado às funções, uma vez reeleito, parece conservar o foro privativo, justamente pela nota de atualidade – e, portanto, de continuidade – da relação administrativa governamental que a ideia de reeleição pressupõe; ao contrário,

expirando-se o mandato, ainda que o agente seja eleito, no futuro, para a chefia do Executivo local, a prerrogativa não mais subsiste.

Com base nas mesmas ideias, se um Deputado Federal comete um crime durante o exercício do mandato, em virtude da função parlamentar, mas acaba por licenciar-se do Legislativo para exercer o cargo de Ministro de Estado, ainda que este cargo conte com a garantia, não lhe socorrem os atributos da concomitância e pertinência em face do cargo no qual os fatos ocorreram, dissolvendo-se a prerrogativa de foro. Pode-se aventar, ainda, a hipótese de um Deputado Estadual que, praticando o delito nas mesmas circunstâncias parlamentares, tenha posteriormente se movimentado para o cargo de Secretário Municipal, desprovido, pois, da prerrogativa, a competência parece desembocar na jurisdição de 1º grau.

De outra perspectiva, tais questões desaguam na segunda tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal, pela qual, “após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo, qualquer que seja o motivo”.

Com efeito, de um lado, a fixação de um marco para a estabilização da demanda penal reforça a possibilidade de modificação da competência *antes* “da publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais” e, de outro, sobrevivendo a sua ocorrência na dinâmica procedimental, ainda que surjam situações modificativas, a competência não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo, qualquer que seja o motivo.

Em outras palavras, a competência *ratione personae* propõe-se em face do cargo em que os fatos delituosos ocorreram e as suas causas de modificação podem e devem ser examinadas à luz da nova interpretação dada pela Suprema Corte, desde que o estágio processual não tenha ultrapassado as balizas de prorrogação, colhendo os feitos em curso.

Nesse viés, é preciso ter em mente que a decisão tem por escopo evitar que os frequentes deslocamentos de competência provoquem embaraço e retardamento na marcha de inquéritos e ações penais, prejudicando a eficácia, a racionalidade e a credibilidade do sistema penal. Procura-se desestimular “a tentação permanente de manipulação da jurisdição pelos réus”, pois:

Há os que procuram se eleger para mudar o órgão jurisdicional competente, passando do primeiro grau para o STF; há os que deixam de se candidatar à reeleição, com o mesmo propósito, só que invertido: passar a competência do STF para o órgão de primeiro grau. E há os que renunciam para produzir o efeito de baixa do processo, no momento que mais lhes convêm.²⁶

²⁶ Reprodução textual do voto do Min. Roberto Barroso, na Ação Penal nº 937.

Parece claro que a definição de um marco específico – a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais –, após o qual a competência não poderá ser mais afetada, não pode surtir o efeito oposto, isto é, a manipulação do foro por abuso da prerrogativa. Ou seja, mesmo antes daquele termo, na hipótese de fraude à lei, o Judiciário poderá obstar eventuais manobras praticadas pelo agente com tal desiderato, negando eficácia às modificações de fato que importem reflexos de manipulação no sistema do foro especial.

O cerne da questão é a necessidade de preservar a efetividade e a racionalidade da prestação jurisdicional, criando impeditivo para que o agente manipule, ao seu alvedrio, a competência judiciária, abusando da prerrogativa de foro, com o fito de tumultuar o processo penal e alcançar a impunidade ou mesmo que, ao sabor da vontade pessoal, produza consequências sucessivas no sistema de competências, capazes de transgredir os valores previstos na Constituição.²⁷

6. Juízes e Promotores: a Prerrogativa de Atribuição

Nessa derradeira seção, caberá verificar se a nova visão sobre a competência originária abarcou correlativamente a atribuição dos órgãos do *Parquet* responsáveis pela persecução penal, abordagem que congloba o desenho das instituições precipuamente engajadas na respectiva atividade estatal – Polícia, Ministério Público e Poder Judiciário –, bem como de suas relações nos termos da Constituição da República. Devemos salientar, porém, que tal problema se coloca em face dos delitos não pertinentes às respectivas funções públicas, porque, quanto a esses, vigora igualmente o foro privativo com os influxos já analisados decorrentes da interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Cabe registrar, a esse propósito, que a atribuição do Ministério Público não se confunde com a competência jurisdicional, tampouco se estabelece necessariamente em razão dela, cabendo à legislação criar e prover os diversos órgãos do *Parquet* com as respectivas atribuições visando à consecução dos seus objetivos institucionais comuns, porém, autônomos em relação aos fins do Poder Judiciário.

Inúmeras atividades cometidas por Lei ao Ministério Público se desenvolvem de forma independente ao processo jurisdicional, exaurindo-se fora dos domínios judiciários, o que revela, de certo modo, a tendência substitutiva da litigiosidade por formas consensuais de resolução de conflitos. Tal fato expõe a dessincronia possível entre as atribuições do *Parquet* e as competências do Poder Judiciário, pois, no arranjo das instituições que compõem o sistema de Justiça, a diversidade de formas legais e de instrumentos de ação, à luz do perfil constitucional, termina por concorrer para a prossecução do bem comum.

²⁷ Como se pode observar no referido voto, há um sem número de casos em que a Jurisprudência, ao reconhecer o abuso de direito relativo ao foro especial, à luz de circunstâncias concretas diversas, nega-lhe os efeitos com o fito de manter ou prorrogar a competência anteriormente fixada, em vista da racionalidade e efetividade da prestação jurisdicional.

Portanto, o primeiro aspecto que pode ser enfatizado diz respeito à viabilidade jurídica de conformação de órgãos do Ministério Público desvinculados de órgãos do Poder Judiciário, reflexo da autonomia constitucional quanto à disciplina de sua própria estrutura orgânica com vistas ao atendimento do interesse público e das suas finalidades institucionais.

Nesse contexto, é preciso consignar que a legislação cometeu a atribuição penal persecutória relativa à prática de infração penal por parte de membro do Ministério Público ou de magistrado à Chefia do *Parquet* – ou a quem lhe faça as vezes por delegação – dentro de cada esfera federativa, sem qualquer distinção concernente à natureza da infração, *i. e.*, esteja ou não relacionada ao exercício do cargo.

A Lei Complementar nº 75/93 dispõe que “quando, no curso de investigação, houver indício da prática de infração penal por membro do Ministério Público da União, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá imediatamente os autos ao Procurador-Geral da República, que designará membro do Ministério Público para prosseguimento da apuração do fato”. (art. 18, p. único) Igual disposição se encontra na Lei nº 8.625/93 ao prever que “quando, no curso de investigação, houver indício da prática de infração penal por parte de membro do Ministério Público, a autoridade policial, civil ou militar remeterá, imediatamente, sob pena de responsabilidade, os respectivos autos ao Procurador-Geral de Justiça, a quem competirá dar prosseguimento à apuração”. (art. 41, p. único) E, ainda, a Lei Complementar nº 35/79 estabelece que “quando, no curso de investigação, houver indício da prática de crime por parte do magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao Tribunal ou órgão especial competente para o julgamento, a fim de que prossiga na investigação”. (art. 33, p. único)

Esse conjunto de disposições legais refere-se ao órgão do *Parquet* com atribuição para conduzir a *persecutio criminis* quando a prática delituosa envolver membros do Ministério Público ou magistrados, pouco ou nada se relacionando com a competência jurisdicional penal. No que concerne aos magistrados, parece oportuno acrescentar que, diante do sistema acusatório vigente a partir da Constituição de 1988, a respectiva investigação por infração penal se encontra na esfera de atribuições do Ministério Público, a cargo da respectiva Procuradoria-Geral, a quem compete conduzi-la precipuamente como *dominus litis*, ainda que se possa cogitar da supervisão formal pelo Tribunal competente, por versar sobre integrante da carreira da Magistratura.

A questão que pode ser debatida, aqui, se refere à possibilidade de invalidação dos citados preceitos legais por incompatibilidade com o precedente que reduziu a competência por prerrogativa de foro aos delitos cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas.

Nesse caso, devemos considerar que o eixo de fundamentação que culminou com tal restrição gira integralmente sobre categoria diversa da atribuição do Ministério Público, cuja autonomia institucional, para o cumprimento dos fins que lhes são cometidos pela ordem jurídica, movimenta suas estruturas orgânicas, como observado, sem a sincronia mecânica em relação à competência jurisdicional.

Porém, mais importante do que isso é perceber que a matéria pode afetar o desenho constitucional originário, isto é, a concepção fundamental de distribuição de poder entre instituições autônomas, com possível subversão do sistema erigido pela Constituição da República. E, dessa ótica, parece haver outras razões sequer tangenciadas pelo precedente que, talvez, justifiquem o que podemos impropriamente denominar de “prerrogativa de atribuição”.

Com efeito, a ordem constitucional devotou ao Ministério Público brasileiro o controle externo da atividade policial (art. 129, inc. VII, CRFB/88), concedendo-lhe garantias, em especial, para o exercício livre e independente da função criminal persecutória (art. 127, §1º e §5º, CRFB/88), sem qualquer interferência ou subserviência ao governante.

Nesse desiderato, cumpre ao órgão do Ministério Público, entre outras medidas, i) realizar visitas ordinárias e extraordinárias em repartições policiais, civis e militares, inclusive, de perícia técnica; ii) examinar, em quaisquer dos órgãos referidos no inciso anterior, autos de inquérito policial, inquérito policial militar, autos de prisão em flagrante ou qualquer outro expediente ou documento de natureza persecutória penal, ainda que conclusos à autoridade; iii) verificar as cópias dos boletins de ocorrência ou sindicâncias que não geraram instauração de inquérito policial e a motivação do despacho da autoridade policial, podendo requisitar a instauração do inquérito se julgar necessário; iv) comunicar à autoridade responsável pela repartição ou unidade militar, bem como à respectiva corregedoria ou autoridade superior, para as devidas providências, no caso de constatação de irregularidades no trato de questões relativas à atividade de investigação penal que importem em falta funcional ou disciplinar; v) expedir recomendações, visando à melhoria dos serviços policiais, bem como o respeito aos interesses, direitos e bens cuja defesa seja de responsabilidade do Ministério Público, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis etc.²⁸

Portanto, a capacidade investigatória atribuída à Polícia em face de membros do Ministério Público, em geral, pode convulsionar a divisão funcional de poderes estatais, tal como delineada pela Constituição, transformando o órgão controlador das atividades policiais em órgão controlado pela Polícia, interpretação que não parece compatível com a ordem jurídica. Em outros termos, a densificação desse controle institucional por mecanismos legalmente atribuídos ao Ministério Público contrasta, pela própria natureza, com a faculdade de instauração de inquéritos conduzidos pela Polícia em relação aos membros da Instituição que o exerce.

Note-se que o Supremo Tribunal Federal invalidou a prerrogativa de foro concedida por Constituições estaduais às Autoridades Policiais, porque “funcionalmente subordinadas aos Governadores estaduais e submetidas ao controle externo pelo Ministério Público”.²⁹

²⁸ Vide arts. 3º e 9º da LC nº 75/93 e Resolução nº 20/07 do CNMP.

²⁹ STF, ADI nº 2.587-2/GO, Rel. originário Min. Maurício Corrêa, Rel. para o Acórdão Min. Carlos Ayres Britto, julgado em 1º/12/2004.

Como as Autoridades Policiais se encontram subordinadas ao Poder Executivo, a autorização generalizada para promoverem investigações criminais contra membros do Ministério Público pode acabar animada por espírito de emulação, vingança ou retaliação em virtude de ações contrárias aos interesses do governante – que podem se relacionar à malversação do cargo ou a negócios corporativos com o empresariado –, corroendo os pilares da Instituição a qual se destinou a tarefa constitucional de proteger o patrimônio público e a probidade administrativa com isenção e neutralidade político-partidária.

Portanto, uma vez que o membro do Ministério Público possa sujeitar-se a investigações penais por ordem de potenciais investigados – no mais das vezes, dotados de poder político e econômico –, não se pode mais dizer que a Instituição tem liberdade e independência para defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis.

Os desgastes institucionais oriundos do exercício do controle externo da atividade policial e o frequente curso de ações possivelmente adversas aos interesses do governante, tarefas que a Constituição, na distribuição do poder estatal, confiou ao Ministério Público, podem expô-lo a toda sorte de investigações parciais e injustas levadas a efeito pelas agências de segurança do Governo, fazendo esboroar o edifício constitucional originário por rematada subversão das funções do Estado.

Historicamente, o Ministério Público buscou o reconhecimento da isonomia de prerrogativas e de regime jurídico com a Magistratura, sendo a Constituição de 1988 o ponto culminante dessa trajetória, estabelecendo paridade quase integral de garantias entre os magistrados e os membros do Ministério Público (arts. 95 e 128, §5º, I). Além disso, a Instituição deixou de exercer a função de advocacia de Estado para atuar na defesa da sociedade, da ordem jurídica e do regime democrático. Para tanto, destacou-se da estrutura do Poder Executivo, sem subordinar-se quer ao Legislativo quer ao Judiciário, consagrando-se como um órgão uno, de caráter nacional, indivisível e – mais importante – dotado de independência funcional.

Diferenças pontuais foram, ademais, superadas com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004. Com efeito, esse Diploma (i) suprimiu a autorização excepcional para a atividade político-partidária dos membros do *Parquet*; e (ii) mandou aplicar ao Ministério Público o regime jurídico da Magistratura, previsto no art. 93 da Constituição. A Emenda, portanto, coroou o processo de aproximação do Ministério Público em relação à Magistratura, determinando que ambos seguissem um mesmo regime jurídico. Dessa forma, o Ministério Público e a Magistratura, que já compartilhavam inúmeros traços institucionais comuns, passaram a ser equiparados também no que se refere ao regime aplicável às suas carreiras.

De outro turno, muitos já discorreram com letras de ouro sobre a independência funcional da Magistratura, tão ínsita a ideia de democracia que o constituinte sequer houve por necessário inscrevê-la em seu Magno Texto, como o fez quanto ao Ministério Público. Não pode haver democracia sem um Poder Judiciário livre e independente, garantia da cidadania contra violações de direitos, em especial, perpetradas pelo *Príncipe*, tal como o reconhecem diversas Convenções Internacionais.

Altissonante princípio na conformação do Estado de Direito, porque não se pode conceber a aplicação imparcial de normas jurídicas quando o medo toma de assalto o espírito do julgador, à consagrada advertência de Eduardo Couture, pois, “no dia em que os juízes têm medo, nenhum cidadão pode dormir tranquilo”. Daí porque o juiz é *livre* para exercer o seu ofício, prestando obediência tão somente ao Direito, às normas positivas e à sua consciência; *independente*, não pode ser acuado, nas instâncias da responsabilidade, eventualmente por confrontar os estamentos políticos governamentais, dos quais depende a dignidade do Judiciário enquanto Poder de Estado.

Portanto, as regras legais que versam sobre a “prerrogativa de atribuição” para a persecução penal contra magistrados e membros do Ministério Público, a cargo das Procuradorias-Gerais de Justiça ou da República, justificam-se por razões fundamentais na configuração juspolítica do Estado brasileiro, ao largo da discussão sobre a competência travada pelo Supremo Tribunal Federal, motivo pelo qual tais dispositivos não se expungiram da ordem jurídica.

Repise-se, todavia, que a competência para conhecer de processo-crime “não funcional”, naquele sentido, contra juízes e membros do Ministério Público, igualmente, remete-se às instâncias jurisdicionais ordinárias, pois tão somente a atividade investigatória é que deve conservar-se no âmbito das Procuradorias-Gerais e, na hipótese de incidir sobre magistrados, com a supervisão do respectivo Tribunal.

Ao abrigo de tais considerações teóricas e normativas, conclui-se o seguinte: quando houver indício da prática de infração penal *de qualquer espécie* por parte de membro do Ministério Público, a Autoridade Policial deverá remeter, imediatamente, sob pena de responsabilidade, os respectivos autos ao Procurador-Geral com atribuição; quando houver indício da prática de infração penal *de qualquer espécie* por parte de magistrado, a Autoridade Policial deverá remeter, imediatamente, sob pena de responsabilidade, os respectivos autos ao Tribunal, ao qual competirá a supervisão das investigações; em ambas as hipóteses, porém, compete ao Chefe do Ministério Público dar prosseguimento às investigações e, se for o caso, oferecer a denúncia perante o Juízo competente de 1ª instância, oficiando nos ulteriores atos da persecução penal.

7. Conclusões

Ao cabo do presente estudo, no empenho de contribuir com as discussões atuais sobre a competência por prerrogativa de função, esperamos ter reduzido as incertezas, ao invés de fomentá-las, com a proposição de diretrizes capazes de auxiliar o operador jurídico na solução de casos futuros, a seguir reunidas:

- i) a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que “o foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas”, à luz da *ratio decidendi*, alcança todos os cargos ou mandatos contemplados com igual garantia pela Constituição da República;

ii) a prerrogativa de foro concedida por Constituições estaduais remanesçam válidas em seu núcleo essencial, porém, circunscritas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas;

iii) o conceito de crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas carrega, em si, as noções conjugadas de *atualidade* do fato delituoso em relação ao cargo (ou mandato) e da sua *pertinência* com o exercício das funções, mas não exige a intervenção da qualidade especial de funcionário público, como elementar ou circunstância, para sua configuração;

iv) o significado de “crimes relacionados às funções desempenhadas” é mais amplo do que a definição clássica de crimes funcionais *propter officium*, por condutas voltadas contra a Administração Pública, compreendendo qualquer figura penal típica;

v) a subsunção conceitual depende da apreciação, caso a caso, dos fatos oriundos da vida funcional de cada agente detentor da prerrogativa para, na perspectiva construtiva do direito, escoimar as situações que possam constituir-la daquelas aferradas à esfera privada do agente, com base nas noções conjugadas de *atualidade* do fato delituoso em relação ao cargo (ou mandato) e da sua *pertinência* com o exercício das funções;

vi) se o agente detentor da prerrogativa pratica um crime durante o exercício do mandato e ainda relacionado às funções, uma vez reeleito, conserva consigo o foro privativo; ao contrário, expirando-se o mandato, ainda que o agente seja eleito, no futuro, a prerrogativa não mais subsiste;

vii) se o agente detentor da prerrogativa pratica um crime durante o exercício do cargo (ou mandato) e ainda relacionado às funções, porém se movimenta para outro cargo (ou mandato), que ostente ou não o foro especial, não lhe socorrendo os atributos da concomitância e pertinência em face do cargo no qual os fatos ocorreram, a garantia se dissolve;

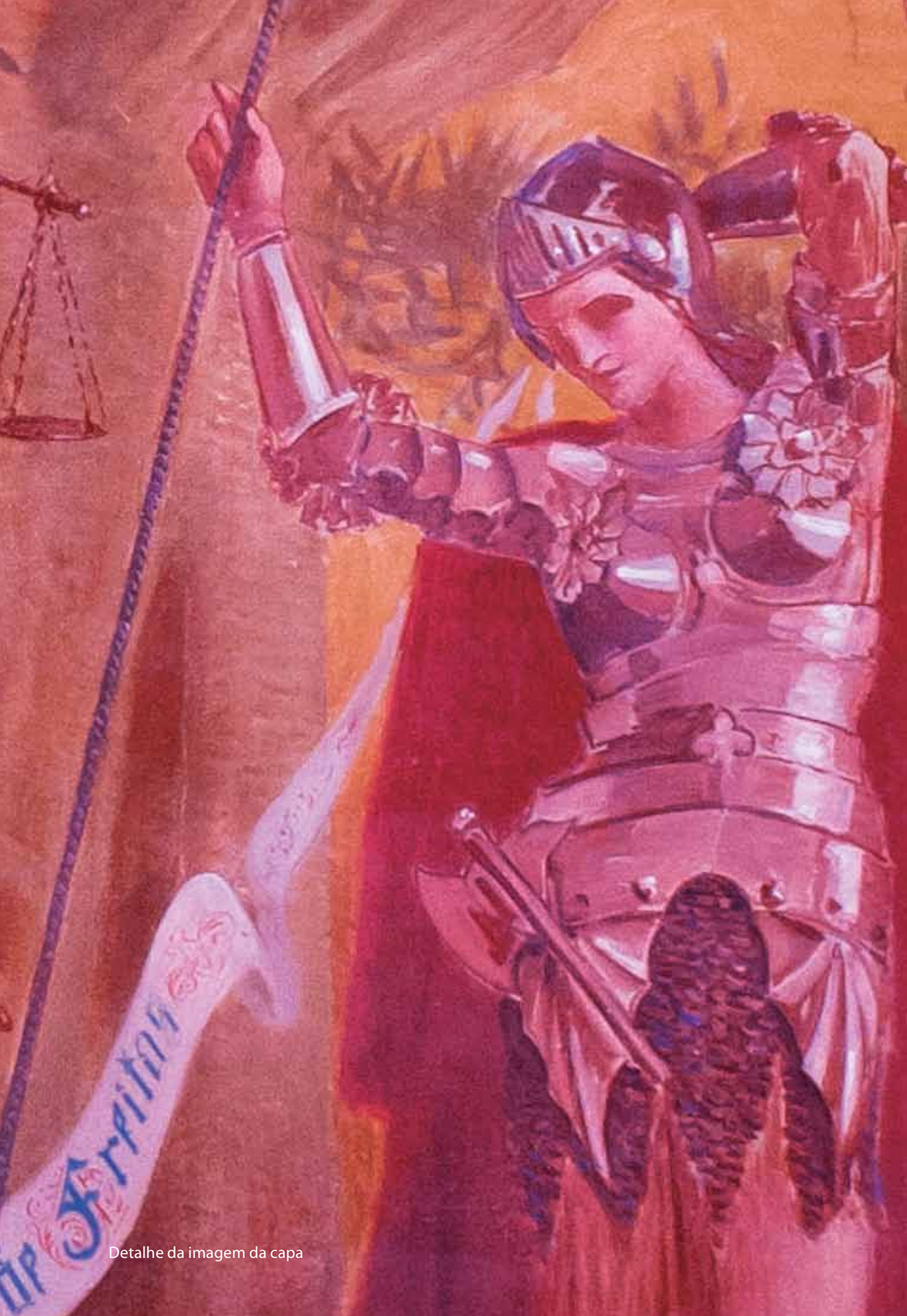
viii) após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo, qualquer que seja o motivo;

ix) antes do sobredito marco, na hipótese de abuso de direito ou fraude à lei, o Judiciário poderá obstar eventuais manobras praticadas pelo agente, negando eficácia às modificações de fato que importem reflexos de manipulação no sistema do foro especial, para preservar a efetividade e a racionalidade da prestação jurisdicional;

- x) as regras legais que versam sobre a “prerrogativa de atribuição” para a persecução penal contra magistrados e membros do Ministério Público, a cargo das Procuradorias-Gerais de Justiça ou da República, justificam-se por razões fundamentais na configuração juspolítica do Estado brasileiro, ao largo da discussão sobre a competência travada pelo Supremo Tribunal Federal, motivo pelo qual subsistem na ordem jurídica;
- xi) havendo indício da prática de infração penal *de qualquer espécie* por parte de membro do Ministério Público, a Autoridade Policial deverá remeter, imediatamente, sob pena de responsabilidade, os respectivos autos ao Procurador-Geral com atribuição;
- xii) havendo indício da prática de infração penal *de qualquer espécie* por parte de magistrado, a Autoridade Policial deverá remeter, imediatamente, sob pena de responsabilidade, os respectivos autos ao Tribunal;
- xiii) em ambas as hipóteses acima, compete ao Chefe do Ministério Público dar prosseguimento às investigações e, se for o caso, oferecer a denúncia perante o Juízo competente de 1ª instância, oficiando nos ulteriores atos da persecução penal.

Referências Bibliográficas

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1998. vol. I.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- PADDEN, Amy I. *Overruling decisions in the Supreme Court*. The Georgetown Law Review. 1994, vol. 82. p.1689-1732.
- POUND, Roscoe. *What of stare decisis?* Disponível em: <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1220&context=flr>.
- SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. A new introduction to legal reasoning. Harvard University Press, 2012.
- STRECK, Lenio. *CONJUR. Juiz julgará Desembargador e Promotor denunciará Ministro*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-10/senso-incomum-juiz-julgara-desembargador-promotor-denunciara-ministro>.



Detalhe da imagem da capa



Observatório Jurídico

A Lei da Anistia Deve Ser Revista após as Novas Revelações sobre a Ditadura Militar?¹

Ives Gandra*

Não. A Lei da Anistia é irrevogável. Reabertura do tema não tem chance de êxito no STF.

Em 31 de março de 1964, as Forças Armadas brasileiras derrubaram o governo Jango com apoio de inúmeros partidos. A manifestação dos sargentos instigada pelo presidente da República contra os oficiais superiores, em 13 de março, e o risco de não ser realizada a eleição de 1965, com dois candidatos já declarados (Juscelino e Lacerda), gerou apreensão, desaguando na multidão que, em 19 de março na Praça da Sé, repudiou o ato de seis dias antes.

Diversos partidos apoiaram a intervenção militar e os mais importantes jornais brasileiros (*Folha*, *O Estado de S. Paulo*, *O Globo* e outros) aplaudiram o movimento, considerando-o necessário para preservar as instituições, nos dias subsequentes.

O Ato Institucional nº 2/65, extinguindo os partidos e suprimindo as eleições de 65, fez com que muitos dos que aderiram ao movimento, dele se desligassem. Surgiu, à época, prolongando-se até 1971, uma ação guerrilheira contra o regime militar. Muitos de seus participantes pretendiam instalar uma ditadura semelhante à cubana no país. Houve violência, de lado a lado, com torturas e mortes por parte das autoridades e atos terroristas por parte dos opositores, inocentes civis tendo sido sacrificados nesse embate.

Quando a rebelião armada perdeu força e os jornais foram censurados, as vozes que passaram a ser ouvidas, na luta pela redemocratização brasileira, foram as dos advogados. Liderados pela figura maiúscula de Raymundo Faoro (1925-2003), não só conseguiram gradativamente pavimentar o caminho para a redemocratização sem sangue, como trazer para a vida pública aqueles opositores à mão armada – que mataram, segundo dados oficiais, 129 civis e militares no período.

A Lei da Anistia, de nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, redigida por Raymundo Faoro, colocou uma pá de cal naquelas lutas fratricidas, anistiando guerrilheiros e autoridades. Permitiu que o Brasil, de 1979 a 1985, caminhasse para a democracia, finalmente alicerçada, primeiramente com a vitória de Tancredo Neves (1910-1985) e confirmada pela Lei Suprema, de 1988, onde constitucionalizadas foram suas disposições (art. 8º do ADCT).

¹ Texto publicado no Caderno “Tendências” da Folha de São Paulo em 19 de maio de 2018.

* Professor Emérito da Universidade Mackenzie, da Escola de Comando e Estado-Maior do Exército e da Escola Superior de Guerra. Advogado.

Ao ser levantada a tese de que teria a lei que ser revista – no momento em que os antigos opositores assumiram o poder com a eleição do presidente Lula –, o Supremo Tribunal Federal decidiu, com parecer favorável do então advogado-geral da União, o ex-advogado do PT, Dias Toffoli, que era irrevogável, até porque cláusula pétrea da Constituição proibia a revogação com efeitos retroativos de lei penal (artigo 50, inciso XXXVI).

O governo de então, em que grande parte dos opositores ao regime militar assumiu cargos de relevância, estabeleceu uma Comissão, denominada “da Verdade”, para apuração dos crimes do período. Da verdade parcial, pois os crimes dos guerrilheiros não foram apurados. Pretenderam seus membros a revogação da lei da anistia sob o argumento de ser imprescritível o crime de tortura. Não o era à época dos fatos. Novamente, a tese não foi hospedada pelo Pretório Excelso.

Parece-me que a pretendida reabertura do tema à luz de um relatório da CIA – é de se lembrar que foi a CIA que, num relatório, declarou que havia armas de destruição em massa no Iraque de Saddam Hussein, jamais encontradas – continua, do ponto de vista jurídico, a não ter a menor possibilidade de êxito junto ao Supremo, em face da clareza da Carta sobre a matéria e das decisões daquela Corte, que continua respeitando o disposto na Constituição, em seu artigo 5º, inciso XXXVI, cuja dicção é a seguinte: “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”

Sobre o Financiamento dos Partidos Políticos¹

Jorge Miranda*

No limite, até poderia, porventura, aventar-se a hipótese de inconstitucionalidade formal.

1. Não é tanto ou não é apenas em nome da separação de poderes que, nas democracias modernas, o Parlamento surge, senão como o órgão legislativo exclusivo, pelo menos como o órgão com primado de competência legiferante. Assim sucede entre nós (arts. 136º, 154º, 165º e 169º da Constituição).

Isso por quatro razões: 1ª) pela ideia pluralista de que uma assembleia representativa de orientações políticas diversas se revela mais apta para tomar as grandes deliberações do que um órgão que funciona à porta fechada; 2ª) pela ideia, com ela conexas, do confronto e de debate suscetível de conduzir ao compromisso; 3ª) pela ideia de que, assim, se propicia a participação dos cidadãos em geral e dos diretamente interessados em especial, em moldes de legitimidade pelo procedimento (na conhecida fórmula de Niklas Luhmann); 4ª) pela publicidade de que se revestem todos os atos, desde a propositura de projetos ou propostas à votação final.

A publicidade decorrente das três primeiras razões e que se liga, ela própria, ao direito de todos os cidadãos de serem esclarecidos objetivamente sobre os atos do Estado e de serem informados acerca da gestão dos assuntos públicos (direito fundamental consignado no art. 48º, nº 2 da Constituição). A publicidade que implica difusão pelos meios de comunicação social dos projetos, propostas, fundamentações, sentido dos votos. A publicidade própria da democracia aberta de uma sociedade aberta.

Ora, estes pressupostos (que deveriam ter-se por evidentes) não foram observados pela Assembleia da República ao aprovar, há dias, um diploma de alteração de várias leis, designadamente da lei de financiamento dos partidos políticos (pela Assembleia ou pelos cinco, entre sete, partidos nela com assentos). A demonstração tem sido feita, com nitidez, por quantos se têm debruçado sobre o assunto. No limite, até poderia, porventura, aventar-se a hipótese de inconstitucionalidade formal.

2. Os partidos desempenham um papel insubstituível na dinâmica democrática. Um papel insubstituível e fundamental (arts. 10º, nº 2, 114º, nº 2, 157º). Não um papel exclusivo ou excludente, porque, a par deles, existem associações políticas (art. 51º, nº 1), iniciativas e grupos de cidadãos (arts. 115º, nº 2, 124º, 239, nº 4). E entre os princípios que regem as campanhas eleitorais avulta o de igualdade de todas as candidaturas [art. 113º, nº 3, alínea b)].

¹ Artigo publicado no Jornal Público, Caderno “Atualidade”, seção “Opinião” em 3/jan./2018. Disponível em: <<https://www.publico.pt/jornal?date=20180103>>

* Professor Catedrático da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa.

Há mesmo um artigo específico sobre os partidos (art. 51º), no qual se obriga a lei a estabelecer os requisitos e os limites do seu financiamento público e as exigências de publicidade do seu património e das suas contas (nº 8). A chamada liberdade de conformação do legislador tem de se mover dentro destes parâmetros com a adequada inserção sistemática no ordenamento e sem impedir o saudável arejamento ou renovação do sistema de partidos. Ora, não é isso que, em alguns pontos fulcrais, se verifica no recente diploma.

3. Poderia duvidar-se, à partida, da atribuição aos partidos de benefícios fiscais, por estes benefícios poderem contender com o princípio da igualdade perante a lei (art. 13º da Constituição) e por ser muito mais transparente e favorável aos contribuintes o financiamento direto mediante subvenções públicas. Todavia, eles acham-se há muito consignados e conhecem-se outras instituições, além dos partidos, que, semelhantemente, deles gozam.

4. O problema que tem sido discutido diz respeito ao IVA. No regime atual [art. 10º, nº 1, alínea c) da Lei nº 19/2009, de 20 de junho], a isenção refere-se à aquisição e à transmissão de bens e serviços que visem difundir a mensagem política e a identidade própria dos partidos, através de quaisquer suportes, impressos, audiovisuais ou multimédia, incluindo os usados como material de propaganda e meios de comunicação e transporte.

Agora se pretende abranger, em termos genéricos, a aquisição de bens e serviços para a atividade dos partidos. É uma norma de excessiva latitude e que pode ser entendida como afetando a atrás referida norma constitucional sobre limites ao financiamento público.

5. Muito mais grave vem a ser, enquanto norma transitória do conjunto de diplomas, dispor-se a sua aplicação tanto aos processos novos como aos processos pendentes à data da sua entrada em vigor que se encontrem a aguardar julgamento, sem prejuízo da validade dos atos praticados na vigência da lei anterior (art. 7º). Eis uma norma de carácter retrospectivo e que colide com o regular funcionamento das instituições, por atingir processos pendentes de decisão do Tribunal Constitucional.

6. A propósito, merece ser qualificada como muito positiva a divisão de competências que, entretanto, se consagra quanto à aplicação de coimas por infração à lei. Esta passa a ser, e bem, da competência da Entidade das Contas e dos Financiamentos Políticos, órgão independente de Administração Pública (art. 266º, nº 3 da Constituição) e das decisões desta cabe recurso para o Tribunal Constitucional, órgão jurisdicional [novos arts. 9º, alínea e), 103º, nº 1 e 103º-B da respetiva lei orgânica]. Simplesmente, essas regras devem valer para o futuro, para outros processos.

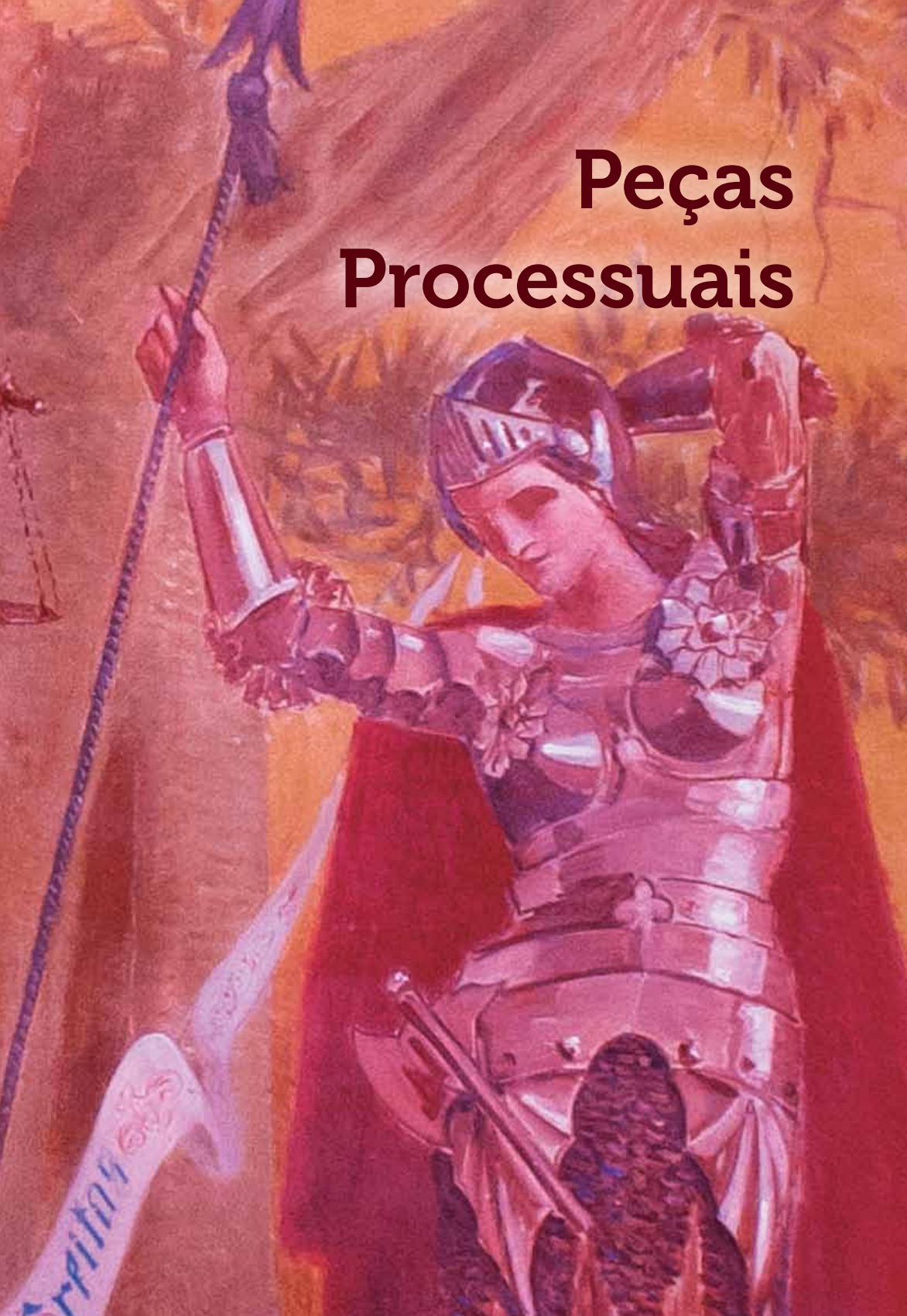
7. Por último, não pode deixar de se entender inconstitucional a segunda parte do aditado art. 8º-A à lei de financiamento. Nenhuma objeção suscita, antes pelo contrário, não se considerar receita partidária ou de campanha a cedência gratuita de espaços geridos ou de propriedade do Estado, de outras pessoas coletivas públicas, incluindo autarquias locais, e de entidades do sector público empresarial. E dessa cedência não pode resultar a discriminação entre partidos políticos ou candidaturas (nº 2).

Ao invés, a extensão da regra às entidades de economia social, tais como as definidas no art. 4º da Lei nº 30/2013, de 8 de maio, infringe os arts. 82º e 85º da Constituição, por não atender à distinção entre sector público e sector cooperativo e social, e viola a autonomia dessas entidades, impondo-lhes sobrecargas desviantes dos seus fins. Essas entidades são as adegas cooperativas, as associações mutualistas, as misericórdias, as fundações, as instituições privadas de solidariedade social, as instituições de fins altruístas de âmbito cultural recreativo, de desporto e de desenvolvimento social e as entidades abrangidas pelo subsistema social e comunitário.



Detalhe da imagem da capa

Peças Processuais



Pareceres

• • •

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

3º Procuradoria de Justiça da Infância e da Juventude Infracional

4ª Câmara Criminal do TJRJ

Agravo de Instrumento nº 0064049-55.2017.8.19.0000

AGRAVANTE: O Ministério Público Fluminense

AGRAVADO: J.L.C.S.

RELATORIA: Des. Gizelda Leitão Teixeira

PARECER

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO MINISTERIAL. REPRESENTAÇÃO POR ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO ARTIGO 157, PARÁGRAFO 2º, II, DO CP. SUBMISSÃO DO ADOLESCENTE À MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. PROGRESSÃO *PER SALTUM*. BUSCA MINISTERIAL PELA REFORMA DA DECISÃO. TESE DEFENSIVA PELA REFORMA DA DECISÃO. LIMINAR CONCEDIDA, FAZENDO SUBMETER O ADOLESCENTE À SITUAÇÃO PROCESSUAL DE SEMILIBERDADE, DECISÃO QUE LEVA EM CONTA O QUADRO PESSOAL DO ADOLESCENTE. PAIS EM CONDIÇÕES DE OFERECER REFERENCIAIS AO AGRAVADO. GRAVIDADE DO FATO QUE, ISOLADAMENTE, NÃO IMPEDE A PROGRESSÃO, AINDA QUE VINDO A SE SUBTRAIR ALGUMA ETAPA DO PROCESSO, LEVANDO O ADOLESCENTE DA INTERNAÇÃO À LIBERDADE ASSISTIDA. POSSIBILIDADE DE O JUIZ, AVALIANDO O CASO CONCRETO, AUTORIZAR A PROGRESSÃO PARA “REGIME” MAIS BRANDO, AINDA QUE *PER SALTUM*. PARECER PELO DESPROVIMENTO DO AGRAVO.

Sra. Relatora,

Trata-se de agravo de instrumento, aqui manejado pelo Ministério Público Fluminense, contra a decisão proferida no juízo da execução das medidas socioeducativas da capital, em razão da qual o adolescente J.L.C.S. restou favorecido com a progressão de medida socioeducativa (MSE) *per saltum*, já que, inicialmente submetido à MSE de internação, se viu “beneficiado” com a sua conversão liberdade assistida.

O recurso ministerial, em verdade, se prende a uma sorte de açodamento da decisão, que não encontraria suficiente ou razoável motivação (doc. 002), tese com a qual, evidentemente, a defesa do adolescente não concorda (doc. 041).

A liminar, para que se suspendessem os efeitos da decisão de conversão, restou deferida (doc. 023).

É o relatório. Passo a opinar.

De fato, o recurso ministerial atende aos pressupostos de admissibilidade, razão pela qual merece ser conhecido.

No mérito, penso que a decisão combatida não esteja a merecer reparo, nada obstante os argumentos constantes das razões da combativa Promotora de Justiça Michelle Bruno Ribeiro.

Explico.

Realmente, os fatos atribuídos ao adolescente J.L., como consta da representação oferecida em seu desfavor, são graves e, certamente, não poderiam passar sem que o seu autor sofresse qualquer tipo de intervenção estatal, o que, até agora, vem ocorrendo (a polícia de investigação fez o seu papel de identificar a autoria das infrações e colher material mínimo a seu respeito, o *Parquet* estadual deflagrou ação socioeducativa e o Poder Judiciário determinou a inicial internação do adolescente, que vem sendo acompanhado por equipe técnica especializada).

Pois bem.

Fulcrado em relatório da equipe técnica (ao qual, é sabido, não está o juiz adstrito), Sua Excelência, o julgador, entendeu que a simples remoção do adolescente do âmbito da internação para a semiliberdade em nada auxiliaria no processo de ressocialização do adolescente J.L. Optou, portanto, em, ainda que saltando uma certa etapa, deixá-lo em situação de liberdade assistida, iniciativa que importou no combate ministerial.

Penso, como destacado em sede contrarrazões, nada obstante a gravidade dos fatos, que o adolescente conta com algum apoio familiar (quase sempre inexistente), sendo certo que os seus pais são pessoas com razoável capacidade de intervenção e de mudança dos referenciais do adolescente (a mãe é professora municipal e o pai é empresário), o que, em última análise, é o que se pretende com essa ação socioeducativa.

Consta ainda (vale destacar) que os pais do adolescente teriam se separado, o que teria provocado algum descontrole de sua parte – que até pode ser compreendido –, sendo que tal descontrole o fez protagonista de um infeliz e nada recomendável episódio.

Considerando o quadro de uma certa estabilidade familiar, forçoso questionar que, se tal quadro não autoriza uma simples iniciativa de permitir que o adolescente saia para o regime de semiliberdade (que não significa dizer que estará cabalmente liberado!), não é possível saber exatamente qual a necessidade de ter um julgador para avaliar as condições pessoais de adolescentes em situação de conflito com a lei. Bastaria uma máquina, dispensando-se o ser humano.

Observe-se que aqui não se está a afirmar que os fatos não revelaram qualquer gravidade nem que o adolescente seja um pobre coitado, que mereça a nossa complacência. Todo o oposto!

Reitero. O adolescente deve ser rigorosamente repreendido e sofrer consequências pelos atos que praticou, os quais, aliás, já, de alguma forma, devem tê-lo levado a exame de consciência (quem não o faria, tendo que viver em ambiente conhecidamente assombroso).

Penso seja necessário admitir que as pessoas cometem erros e que cada caso é um caso, ou seja, normalmente a progressão deve ocorrer sem eventuais saltos, mas, eventualmente, da análise da situação em concreto, pode e deve o julgador considerar aspectos da individualidade do adolescente e a sua situação familiar, permitindo, assim, possa vir a ocorrer a combatida progressão *per saltum*.

Em um país em que grande parte dos adolescentes está jogada à própria sorte, o adolescente J.L. tem pai, mãe, uma irmã, que é universitária. Seus genitores têm emprego, sendo que a mãe é funcionária pública.

Vê-se que o principal trabalho aqui – se o que se busca é a proteção e o bem-estar do adolescente – é o de convocar os seus familiares e deles exigir uma maior participação e responsabilidade no caso e não deixar para o estado, já sucateado e sem forças, a tarefa de reeducar o menor, algo que, em contexto de reclusão, certamente não irá acontecer.

Reconheço que todas as personagens deste processo (julgador, promotor de justiça, desembargador, advogado etc.) certamente têm a sua convicção galgada na mais absoluta honestidade de propósito e, por tal razão, os respeito, mas, no caso *sub examen*, entendo que a medida guerreada deva ser mantida, autorizando-se o adolescente a submeter-se ao que resta da execução em liberdade assistida.

Nestas condições, o parecer desta Procuradoria de Justiça é pelo desprovinamento do agravo ministerial, mantendo-se o integral conteúdo da decisão combatida.

Rio de Janeiro, 06 de fevereiro de 2018.

DENNIS ACETI B. FERREIRA

Procurador de Justiça

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Consultoria Jurídica da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Processo Administrativo

MPRJ nº 2017.00484501

Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça,

I

Trata-se de processo administrativo instaurado no âmbito da Assessoria Executiva, a partir de cópia da Resolução nº 155/2016, do Conselho Nacional do Ministério Público, que fixa as diretrizes para a organização e funcionamento do regime de plantão ministerial nas unidades do Ministério Público da União e dos Estados (fl.2).

Juntamente com o ato normativo indicado, foi acostada cópia da Resolução TJRJ nº 33/2014, que consolida as normas de prestação jurisdicional ininterrupta por meio do plantão judiciário (fls. 4-10).

Manifestação da Coordenadoria de Planejamento Estratégico às fls. 13-14, indicando possível necessidade de designação de Procurador de Justiça para atuar no período de recesso forense, em razão da superveniência do ato normativo publicado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, fazendo juntar aos autos, ainda, cópias das resoluções internas que tratam dos “plantões” (fls. 15-57).

Empós, o feito foi encaminhado à Coordenação do Centro de Apoio Operacional das Procuradorias de Justiça, que solicitou informações à Corregedoria-Geral do Ministério Público acerca da existência de registro de atividades desenvolvidas pelos Procuradores de Justiça durante o recesso (fl. 75).

Em resposta, o Núcleo de Estatística da Corregedoria declarou que “durante o regime de plantão, não há relatório eletrônico de atividades atinentes à atuação de Procuradores de Justiça” (fl. 77).

Ato contínuo, a Gerência de Suporte Logístico às Procuradorias de Justiça declarou que “durante os períodos de Plantão do Recesso Forense, compreendido entre os anos de 2007 a 2015, a Gerência sempre se manteve em funcionamento, não constando o recebimento de nenhum processo do Tribunal de Justiça relativo ao plantão” (fl. 78).

Manifestação da Exma. Sr^a. Coordenadora do Centro de Apoio Operacional, às fls. 79-87, informando, em síntese, que, nos últimos oito anos, nos plantões perante o TJRJ, foram realizadas aproximadamente 140 designações de Procuradores de Justiça, sendo que jamais foi necessária, solicitada ou, ainda, recomendada a intervenção do Ministério Público em segundo grau de jurisdição. Inobstante tal constatação, a edição

da Resolução CNMP nº 155/2016 evidencia a necessidade de medidas administrativas e político-institucionais com vista à eficiência e efetividade da atuação ministerial nos plantões judiciais.

Às fls. 88-202, a Coordenação do Centro de Apoio das Procuradorias fez juntada dos atos normativos consultados que tratam dos plantões judiciais em outras unidades federativas.

Manifestação da Coordenadora de Movimentação dos Procuradores de Justiça à fl. 204, em que requereu fosse solicitada ao Tribunal de Justiça “a remessa de cópias das atas circunstanciadas dos plantões realizados nos últimos seis meses”.

Ofício expedido à Presidência do Tribunal de Justiça à fl. 207.

E-mail resposta do Tribunal de Justiça, quando foi encaminhada cópia do Ato Executivo nº 263/2017, que regulamenta o plantão judiciário de 2º Grau de Jurisdição durante o período de recesso, compreendido entre os dias 20 de dezembro de 2017 e 6 de janeiro de 2018 (fls. 209-213).

Manifestação da Exma. Sr^a. Coordenadora de Movimentação dos Procuradores de Justiça às fls. 215-2016, informando, em síntese, que: (i) nos anos de 2007 a 2015, para cada dia do recesso forense, foi designado um Procurador de Justiça; (ii) conforme informado, jamais foi solicitada a intervenção do Ministério Público em segundo grau de jurisdição, bem como não se constatou o recebimento de nenhum processo do Tribunal de Justiça relativo ao plantão; e (iii) por esses motivos, manifestou-se pela desnecessidade de designação de Procurador de Justiça para o período de plantão de final de ano. No entanto, ressaltou que a Administração Superior melhor poderá avaliar a necessidade designação para o próximo recesso.

Por força do despacho de fl. 218, os autos vieram a esta Consultoria Jurídica para manifestação.

II

A problemática a ser resolvida nestes autos diz respeito à necessidade, ou não, de designação de Procurador de Justiça para o recesso de final de ano, tendo em vista a Resolução CNMP nº 155/2016, que fixa diretrizes para a organização e funcionamento do regime de plantão ministerial nas unidades do Ministério Público da União e dos Estados.

É certo que os Procuradores de Justiça, no período de 20 de dezembro a 6 de janeiro, têm suas atribuições esvaziadas. Nos termos das certidões acostadas pela Corregedoria-Geral à fl. 77 e pela Gerência de Suporte Logístico às Procuradorias de Justiça à fl. 78, inexistiu atuação funcional dos Procuradores de Justiça durante o recesso de final de ano, bem como que inexistiu no período de 2007 a 2015. Apesar de a Gerência ter sempre se mantido em funcionamento, nenhum processo do Tribunal de Justiça foi recebido durante o plantão.

Observa-se, assim, que, em relação aos Procuradores de Justiça, inexistiu distribuição de processos por parte do Tribunal. Não obstante tal constatação, vale

lembrar que a Resolução CNMP nº 155/2016, em seu art. 2º, II, faz menção aos serviços do plantão ministerial que “funcionarão perante todas as instâncias jurisdicionais nas quais exerçam suas atribuições ordinárias, inclusive tribunais”.

Considerando a disciplina acima, duas alternativas podem ser utilizadas: a designação de Procurador de Justiça para atuar durante o recesso ou o próprio Procurador-Geral avocar tal atribuição, quando então poderá delegar a qualquer Procurador de Justiça o *munus* de atuar no feito recebido, possibilidade mais teórica que prática considerando o histórico de atuação, incluindo o último ano, no qual sequer houve designação.

III

À luz do exposto, entende esta Consultoria Jurídica que a edição da Resolução CNMP nº 155/2016 estabelece a obrigatoriedade de o Ministério Público atender ao plantão de segundo grau. Sendo assim, abre-se uma alternativa: a designação de Procuradores de Justiça, com o ônus financeiro decorrente, ou a assunção do *munus* pelo próprio Procurador-Geral de Justiça, delegando a um dos Procuradores de Justiça de sua estrutura a tarefa de atuar no processo judicial encaminhado ao Ministério Público pelo Tribunal de Justiça, isso na remota possibilidade de que tal venha a ocorrer.

Rio de Janeiro, 6 de dezembro de 2017.

EMERSON GARCIA

Consultor Jurídico

Peças

• • •

PEÇA PROCESSUAL

2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Proteção à Educação da Capital Ação Civil Pública

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, através da 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Proteção à Educação da Capital, situada na Av. Presidente Antônio Carlos, 607, 12º andar, Centro da Cidade do Rio de Janeiro, RJ, vem perante Vossa Excelência, com fundamento no art. 129, III, da Constituição da República, art. 34, inciso VI, da Lei Complementar Estadual nº 106/03 e no art. 11, II, da Lei nº 8.429/92, ajuizar a presente

AÇÃO CIVIL PÚBLICA com pedido liminar

em face do **ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, que deverá ser citado, na forma do art. 75, inciso II do CPC, na pessoa do Excelentíssimo Senhor Governador, Sr. Luiz Fernando Pezão, com gabinete no Palácio Guanabara, situado na Rua Pinheiro Machado s/nº, Laranjeiras, Rio de Janeiro, CEP: 22231-901, ou por meio da Procuradoria-Geral do Estado, situada na Rua do Carmo, nº 27, Centro, Rio de Janeiro/RJ, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos.

PREÂMBULO

A presente demanda, instruída com cópia digitalizada dos autos do Inquérito Civil nº 08/17, instaurado pela 2ª PJ de Tutela Coletiva de Proteção à Educação da Capital, tem por escopo a obtenção de ordem judicial visando ao estrito e regular cumprimento de normas Constitucionais e legais acerca do financiamento das ações estatais de manutenção e desenvolvimento do ensino (MDE), bem assim acerca dos mecanismos de controle e acompanhamento dos gastos do Estado do Rio de Janeiro em educação, aí incluídas as questões atinentes à administração financeira e contábil dos respectivos recursos e despesas.

Mais precisamente, busca-se por meio da presente ação civil pública apontar e sanar irregularidades no tocante aos seguintes aspectos:

(a) observância da aplicação, pelo réu, do mínimo de 25% da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino (art. 212, *caput*, da CR/88), notadamente no tocante aos mecanismos contábeis e financeiros atualmente adotados pelo Estado do Rio de Janeiro à guisa de cumprimento desta obrigação constitucional;

(b) observância de normas legais concernentes à administração financeira das verbas recebidas pelo Estado do Rio de Janeiro por meio da contribuição social do Salário-Educação (art. 212, §5º, e Lei Federal nº 9766/98), recolhida pelas empresas na forma da lei;

(c) observância de normas concernentes à administração financeira dos recursos do FUNDEB (art. 60 do ADCT e Lei Federal nº 11.494/07).

Em favor da clareza expositiva, a Seção 1 da presente ação civil pública cuidará de descrever as práticas atualmente adotadas pelo Estado do Rio de Janeiro em relação a cada um dos temas anteriores, com ênfase nos aspectos que, na seção seguinte, serão apontados como contrários à legislação de regência.

Já na Seção 2, cuidar-se-á de descrever pontual e objetivamente as irregularidades apuradas pelo Ministério Público no tocante aos três temas suso mencionados. Por derradeiro, as Seções 3 e 4 abordarão, respectivamente, os fundamentos jurídicos da demanda e os pedidos.

SEÇÃO 1. DA ADMINISTRAÇÃO FINANCEIRA E CONTÁBIL DOS RECURSOS DESTINADOS À EDUCAÇÃO NO ÂMBITO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A descrição das práticas administrativas atualmente adotadas pelo Estado do Rio de Janeiro, objeto da presente Seção, baseia-se nas informações prestadas pelo próprio demandado nos autos do Inquérito Civil nº 08/17, que instrui a presente demanda, bem assim nos relatórios de execução da despesa e nos relatórios relativos às contas de governo elaborados pelo Estado do Rio de Janeiro.

1.1. Das práticas adotadas pelo Estado do Rio de Janeiro no tocante ao cumprimento do disposto no art. 212, *caput*, da CR/88

Como é cediço, a Constituição da República, ao atribuir especial destaque e relevância ao direito à educação, cuidou de estabelecer regramentos específicos acerca do financiamento das ações do Poder Público nesta seara. O presente subitem cuida especificamente da forma como o Estado do Rio de Janeiro atualmente se desincumbe das obrigações e regras de financiamento previstas no art. 212, *caput*, da CR/88. Em suma, cuida-se das práticas administrativas – notadamente as de natureza financeira e contábil – atualmente adotadas pelo demandado à guisa de cumprimento da norma citada, isto é, da previsão constitucional de aplicação de, no mínimo, 25% da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

A base de cálculo dos 25% a serem destinados à Manutenção e Desenvolvimento do Ensino (MDE) é formada pelas seguintes receitas: i) receita proveniente de impostos

(IPVA, ICMS, ITCMD, entre outros), descontadas as transferências feitas aos municípios; ii) transferências recebidas pelo Estado do Rio de Janeiro (Fundo de Participação dos Estados, IPI, IOF etc.); iii) dívida ativa dos respectivos impostos; iv) receitas de multas referentes a impostos e dívida ativa. Tomando-se como exemplo o exercício financeiro de 2016, tal base de cálculo foi da ordem de R\$ 36.277.521.000 (trinta e seis bilhões, duzentos e setenta e sete milhões quinhentos e vinte um mil Reais), de maneira que, considerando-se o percentual constitucional de 25%, o valor a ser aplicado em educação montava R\$ 9.069.380.000 (nove bilhões, sessenta e nove milhões e trezentos e oitenta mil Reais)¹.

No cálculo do atingimento do valor a ser aplicado em Manutenção e Desenvolvimento do Ensino (MDE), o Estado do Rio de Janeiro adota o seguinte critério: somam-se as “despesas empenhadas e liquidadas” e os “restos a pagar não processados” (isto é, despesas empenhadas e *não liquidadas*)². Ao resultado desta operação soma-se a denominada “perda líquida do Estado” ou o chamado “resultado líquido das transferências do FUNDEB”, que é representado pela diferença entre o valor com o qual o Estado do RJ *contribui* para o FUNDEB e a sua efetiva *participação* (isto é, os recursos que lhe tocam, já descontados recursos que se destinam aos municípios)³. No caso do Estado do Rio de Janeiro, onde não há complementação do FUNDEB pela União, a *contribuição* do Estado para o Fundo é ordinariamente superior aos valores de que ele próprio irá dispor para executar despesas (ou seja, sua *participação*). Mas o primeiro ponto a destacar reside na primeira operação acima mencionada, isto é, no *cômputo de despesas apenas empenhadas e não liquidadas e também de despesas liquidadas e não pagas para fins de cálculo da aplicação do mínimo de 25% em MDE*.

Demais disso, o Estado do Rio de Janeiro (ERJ), conforme se nota facilmente dos relatórios resumidos de execução orçamentária que o próprio ente público emite, *busca o atingimento do percentual de 25% apenas ao final do exercício financeiro (o que não significa que o atinja, como se acaba de ver no exercício de 2017)*. Explicamo-nos.

Conforme lhe é determinado pelo art. 72 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, o Estado do RJ emite relatórios resumidos bimestrais de execução orçamentária na área da educação. Tais relatórios se consubstanciam no Anexo 8 do documento oficial intitulado “Relatório da Execução Orçamentária” (RREO). O exame de tais relatórios, por exemplo, nos três últimos exercícios (2015, 2016 e 2017) revela que *não se mantém um fluxo constante e regular, mês a mês, ou mesmo bimestre a bimestre, de recursos no percentual de 25% para a educação*. Exemplificativamente, *entre janeiro e agosto de 2016, apenas 22,65% da receita havia sido aplicada em MDE*⁴.

¹ Conforme página 193 do *Relatório das Contas de Governo* de 2016, acostada à fl. 351 do IC 08 (em anexo).

² Conforme informação prestada pela Contadoria do ERJ à fl. 437 do IC nº 08/17 (em anexo).

³ Conforme informação constante do relatório das Contas de Governo de 2016, acostada às fls. 347v e 348 do IC nº 08/17. Em 2016, por exemplo, o ERJ contribuiu com R\$ 5.773.678.000 (cinco bilhões, setecentos e setenta e três milhões e seiscentos e setenta e oito mil Reais) e a sua participação foi de R\$ 2.528.446.000,00 (dois bilhões, quinhentos e vinte oito milhões e quatrocentos e quarenta e seis mil Reais), de modo que a “perda líquida” foi de R\$ 3.245.232.000 (três bilhões duzentos e quarenta e cinco milhões duzentos e trinta e dois mil Reais), importância esta que, conforme afirmado pelo Estado à fl. 348 do IC nº 08, é computada no gasto mínimo constitucional em educação.

⁴ Conforme fl. 51 do IC 08.

Outro exemplo: no primeiro quadrimestre de 2017, isto é, *entre janeiro e abril de 2017, o ente público demandado havia aplicado apenas 19,99% da receita em MDE*⁵.

Em suma, a aplicação dos 25% previstos no art. 212 da CR/88 *não* é assegurada mês a mês, em fluxo constante e regular, mas é vista pelo réu *apenas como um horizonte a ser cumprido contabilmente ao final do exercício financeiro*. Voltaremos, na Seção 2, às consequências desastrosas para a educação desse tipo de administração financeira e contábil, bastando por ora repisar que, em 2017, o Estado do Rio de Janeiro acabou *fracassando no atingimento dos 25%* determinados expressamente pela CR/88, *chegando ao final do exercício financeiro com a aplicação de 24,41% em MDE*.

Além das práticas anteriores, o Estado do Rio de Janeiro – de forma gêmea e imbricada à ausência de um fluxo constante e regular, ao longo do exercício, de recursos que atinjam o percentual previsto constitucionalmente – afirma adotar, a despeito de todas as especificidades atinentes ao financiamento da educação, *um sistema de “Conta Única do Tesouro Estadual” (CUTE), de maneira que os recursos constitucionalmente reservados à educação não são segregados dos demais recursos que o Estado do RJ mantém junto à instituição financeira por ele contratada*.

De maneira sofismática, a Secretaria Estadual de Fazenda afirma que a receita base, o que vale dizer, a base de cálculo (leiam-se, os impostos e demais receitas referidas no *caput* do art. 212 da CR/88) “é diariamente recolhida na Conta Única do Tesouro Estadual (CUTE) e imediatamente distribuída para aplicação no índice constitucional da educação”⁶ (*sic*). Do ponto de vista prático, mostra-se ambíguo o sentido que o réu atribui à ideia de *distribuição* da aludida receita.

Ora, é evidente que a receita-base ou a base de cálculo, sendo oriunda de impostos, transferências e multas recolhidos ou destinados ao Estado, é diariamente creditada na conta do tesouro. Isto não explica, todavia, o sentido bastante lato e ambíguo que o Estado empresta à palavra “distribuída” no excerto anterior, uma vez que o recurso destinado à educação (isto é, o percentual de 25% que toca *exclusivamente* à educação, conforme art. 8º, parágrafo único LRF) permanece rigorosamente na mesma conta bancária, qual seja, a Conta Única do Tesouro Estadual (CUTE).

Dessa forma, os recursos arrecadados pelo Estado são creditados na Conta Única do Tesouro Estadual (CUTE) – a saber, a conta 237.6898.0000000027, junto ao Banco Bradesco – sendo certo que o percentual que toca exclusivamente à aplicação em Manutenção e Desenvolvimento do Ensino (MDE) também permanece ali creditado, não havendo movimentação bancária alguma que, sob esse prisma, o discrimine ou separe do restante.

Assim, a noção de *distribuição* do percentual que toca à educação, ao menos no sentido que lhe empresta o Estado, é de ordem puramente contábil, e, mesmo assim, bastante duvidosa e falha, haja vista que: i) os órgãos da seara educacional não contam, de forma previsível, segura e constante, com a possibilidade de efetivamente dispor e aplicar 25% da receita, mês a mês, em educação; ii) como se viu no exercício de 2017, tal

⁵ Conforme fl. 494 do IC 08.

⁶ Conforme fl. 438 do IC 08.

contabilidade falha, tendo resultado em aplicação inferior ao percentual constitucional; iii) do ponto de vista prático, ao deter exclusivamente o poder de efetuar o pagamento das Programações de Desembolso (PD's) emitidas à conta do percentual da educação, é a Secretaria de Fazenda que, de fato, unilateral e discricionariamente, arbitra o percentual em que, num determinado mês, o recurso será efetivamente aplicado em educação.

A questão suscitada no parágrafo anterior leva à última das práticas administrativas a serem destacadas na presente subseção. Com efeito, trata-se da forma como se dá a *ordenação da despesa* relativa à educação no Estado do Rio de Janeiro.

Segundo informação prestada pelo próprio demandado⁷, a execução da despesa com Manutenção e Desenvolvimento do Ensino (MDE), para os fins do cômputo do percentual do art. 212 da CR/88, se dá precipuamente com base nas seguintes Fontes de recursos: i) recursos do Tesouro Estadual (estes, como vistos, indistintamente recolhidos em Conta Única do Tesouro), identificados pelo código “FR 100”; ii) recursos do FUNDEB, identificados como “FR 215”; iii) recursos do Fundo Estadual de Combate à Pobreza (FECP), cujo código é “FR 122”.

Pode-se lançar mão das sobreditas fontes de recursos para, de acordo com a linguagem técnica, fazer frente às despesas inerentes a diferentes “subfunções”, isto é, a atuações estatais de variada natureza, sendo certo que, no caso do FUNDEB, há restrições legais no tocante ao tipo de atividade que pode ser financiada. De qualquer forma, se consideradas em seu conjunto, as três Fontes antes referidas podem dar azo à execução de despesas com, por exemplo, ensino médio, ensino superior, ensino fundamental, educação especial, ensino profissional, entre outras atividades⁸.

Na prática, as diferentes Unidades Executoras (como a Secretaria de Educação, por exemplo) de ações classificáveis como Manutenção e Desenvolvimento do Ensino (MDE) emitem empenhos, indicando o respectivo elemento (ou subelemento) de despesa e a Fonte de custeio, e os liquidam, sendo a Secretaria de Fazenda a “ponta final” do processo da despesa, ou seja, o órgão que efetivamente detém com exclusividade a prerrogativa de determinar o pagamento propriamente dito (e como se verá, a de acumular geometricamente, ano a ano, restos a pagar de despesas já liquidadas).

Assim, tomando-se a Secretaria de Estado de Educação (SEEDUC) como exemplo⁹, a mesma, embora considerada formalmente como “ordenadora” da sua própria despesa, *não dispõe de previsão alguma quanto ao momento em que as ordens de pagamento (tecnicamente chamadas “Programações de Desembolso” ou “PD’s”) por ela emitidas serão honradas*. Assim, segundo a Secretaria de Fazenda, a SEEDUC é considerada uma unidade gestora da sua despesa porque tem a faculdade de gerir seus contratos e empenhar e liquidar suas despesas, ainda que caiba exclusivamente à Secretaria de Fazenda (tanto em relação às despesas da SEEDUC quanto em relação às de qualquer outra unidade gestora na área de MDE) a “execução das PD’s”¹⁰, isto é, seu efetivo pagamento.

⁷ Veja-se fl. 351 do IC 08.

⁸ Vide, exemplificativamente, a tabela de fl. 352 do IC 08.

⁹ Órgão este que, tomando por base os dados de 2016, responde por quase 60% dos gastos em MDE, cf. fl. 352v do IC nº 08.

¹⁰ Conforme fls. 441/442 do IC nº 08.

Na prática, não sendo detentoras de qualquer controle sobre *quando* se dará o pagamento das PD's emitidas – ou sequer se tais programações de desembolso serão de fato honradas pela Fazenda –, tal forma de execução da despesa gera imprevisibilidade e severa instabilidade para as unidades gestoras (como a SEEDUC) na área de MDE, como se demonstrará na Seção 2.

Em resumo, foram destacadas na presente subseção as seguintes práticas a serem adiante questionadas na Seção 2:

Δ forma de cômputo do atingimento do percentual de 25% previsto no art. 212 da CR/88;

Δ momento da verificação do cumprimento do percentual constitucional, ou ainda, ausência de fluxo constante e regular de recursos no percentual previsto pelo art. 212 da CR/88;

Δ adoção de sistema de Conta Única para administração financeira e contábil de recursos que, como os da educação, têm regras próprias por força da CR/88;

Δ sistema de ordenação de despesa que gera imprevisibilidade e submete as Unidades Gestoras na área de MDE, como a SEEDUC, à Secretaria de Fazenda.

Antes de passarmos à seção 2, cumpre previamente destacar e descrever outras práticas administrativas questionáveis no tocante à administração financeira do salário-educação e das verbas do FUNDEB, o que será feito nos subitens 1.2 e 1.3 que seguem.

1.2. Das práticas do Estado do Rio de Janeiro na administração financeira dos recursos do Salário-Educação

O salário-educação constitui contribuição social prevista no art. 212, §5º, da CR/88 e regulamentada pela Lei nº 9766/98. Recolhido o tributo pela União, a quota da contribuição social a ser destinada ao Estado é calculada de forma proporcional ao número de alunos matriculados na educação básica da respectiva rede, conforme apurado pelo censo educacional realizado pelo Ministério da Educação.

Do ponto de vista financeiro, o Fundo Nacional de Educação (FNDE), feitos os cálculos antes referidos, deposita em conta corrente do *Banco do Brasil de titularidade da Secretaria de Estado de Educação*, qual seja, a conta nº 5716-9, Ag. 2234-9, os valores do Salário-Educação.

Sucedendo que, a despeito do procedimento adotado pelo FNDE, que destina o recurso à conta específica de instituição financeira oficial e *em nome do órgão administrativo na área educacional (SEEDUC)*, o Estado do Rio de Janeiro adota, sem qualquer respaldo em lei que o preveja, a prática de transferir tais recursos para uma conta corrente do Banco Bradesco, mantida em nome da *Secretaria de Estado de Fazenda*, qual seja, a conta nº 000005.1, Ag. 6898-5.

Como mencionado antes, sem que haja lei que o preveja, o Estado do Rio de Janeiro efetua tal movimentação com base nos singelos argumentos de que o

Decreto Estadual nº 44.899/14 (que trata do SIAFE e da Conta Única do Tesouro) assim o determina, ao que acrescenta estar jungido por “obrigação contratual” a enviar os recursos para instituição financeira diversa daquela em que se dá o crédito dos valores.

Com tal prática, o recurso, antes identificável *prima facie* como vinculado à educação, por ser *creditado pelo FNDE em conta da titularidade da SEEDUC*, é indevidamente transferido a uma *conta vinculada ao CNPJ da Secretaria de Estado de Fazenda tout court*, órgão este que, demais disso, passa a ter a prerrogativa de, como mencionado na subseção anterior, ter a palavra final sobre o momento de efetuar os pagamentos propriamente ditos das programações de desembolso emitidas à conta do salário-educação.

1.3. Das práticas do Estado do Rio de Janeiro na administração financeira dos recursos do FUNDEB

A formação de um fundo de manutenção e desenvolvimento da educação básica está prevista no art. 60 do ADCT e é regulamentada pela Lei Federal nº 11494/07. Como explicitado antes, no caso do Estado do Rio de Janeiro não ocorre complementação, por parte da União, dos aportes ao FUNDEB.

A operacionalização financeira dos aportes e da participação do Estado do Rio de Janeiro no FUNDEB se dá da seguinte forma. O demandado efetua semanalmente os repasses vinculados ao FUNDEB a uma conta específica, no Banco do Brasil, de nº 001.2234.00291674-6, de titularidade da Secretaria de Estado de Fazenda. Tal conta é destinada à assim denominada *contribuição* do Estado do Rio de Janeiro ao FUNDEB. É a partir desta conta que, com base nos rateios cabíveis, são repassados os valores aos municípios, conforme a participação de cada um, calculada sobre o número de alunos matriculados na educação-base.

Feitos estes repasses, o *quantum* que toca ao Estado do Rio de Janeiro, isto é, o valor referente à *participação* do Estado do Rio de Janeiro, é creditado em favor do órgão destinatário de direito, qual seja, à Secretaria de Estado de Educação. Para tanto, os valores da *participação* do Estado do Rio de Janeiro no FUNDEB, após os rateios aos municípios, são *creditados em outra conta específica*, no Banco do Brasil, de nº 001.2234.000058339-1, de *titularidade da Secretaria de Estado de Educação*. Relativamente a tais valores, considerando sua óbvia finalidade, a ordenadora da despesa é a Secretaria de Estado de Educação.

Todavia, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, tais valores, que correspondem a somas vultosas, são *transferidos por operação bancária (TED) pela Secretaria de Estado de Educação para a Conta Única do Tesouro Estadual (CUTE)*, de *titularidade da Secretaria de Estado de Fazenda, junto ao Banco Bradesco*.

Questionada sobre este inusitado proceder, a Secretaria de Estado de Educação alega que efetua tais transferências para a Conta Única do Tesouro (CUTE), conta de *titularidade de outra pasta*, com CNPJ diverso e sobre a qual o órgão educacional não tem nenhuma ingerência, para que o órgão fazendário efetue o pagamento da folha de pessoal da educação¹¹.

¹¹ Conforme informações prestadas às fls. 118/119 do IC nº 08 em anexo.

Isto ocorreria, segundo a SEEDUC, devido à alegada necessidade de complementação do numerário para execução da Folha de Pagamento da educação com recursos do tesouro estadual com vistas ao “cumprimento do calendário que for estabelecido”¹² (sic).

Com este movimento, a SEEDUC transfere à gestão financeira de outra pasta os recursos depositados na conta do FUNDEB e da qual é exclusiva ordenadora. Mas não é só isso. A partir do momento em que se dá esta transferência, passa a Secretaria de Estado de Fazenda, que *não* é legalmente a ordenadora da despesa dos recursos do FUNDEB, a deles dispor para o pagamento da folha, tocando a este último órgão fazê-lo segundo “o calendário que for estabelecido”, o que sugere que a SEEDUC, uma vez feita a operação bancária de transferência, não tem mais a disponibilidade nem sobre o recurso propriamente dito, nem sobre o momento em que o pagamento é ultimado.

Para encerrar este tópico, cabe mencionar ainda que, examinando-se os extratos da conta do FUNDEB encaminhados pela SEEDUC – e que têm caráter meramente exemplificativo, pois se cingem ao período de janeiro a maio de 2017 –, vê-se que, a despeito da alegação de que as transferências se destinam ao pagamento de folha de pessoal, no exame dos extratos bancários obtidos pelo Ministério Público *há transferências vultosas em datas variadas, como, por exemplo, em 10/01, 24/01, 08/02, 10/02, 27/03, 12/04, 19/04 e 16/05.*

Considerando que o pagamento do pessoal da educação se dá, em princípio, em data comum, causa no mínimo incompreensão a razão da transferência de mais de R\$ 42 milhões para a CUTE, por exemplo, em 24/01/17¹³. Quando menos, seria de se indagar se, estando à disposição da Fazenda na Conta Única do Tesouro, o nada desprezível *rendimento de tais recursos* é – no período que medeia a transferência feita pela SEEDUC e o efetivo pagamento da folha de pessoal pela SEFAZ – contabilizado em favor do FUNDEB como manda expressamente a lei.

SEÇÃO 2. DOS IMPACTOS ADVERSOS DECORRENTES DAS PRÁTICAS ADMINISTRATIVAS DESCRITAS NA SEÇÃO 1 SOBRE O REGULAR FINANCIAMENTO DA EDUCAÇÃO

Como esclarecido no preâmbulo, a presente Seção se destina a alinhar de forma pontual e objetiva os impactos deletérios ao financiamento da educação decorrente das práticas apontadas na Seção 1.

2.1. A forma de cômputo do percentual de 25% previsto no art. 212 da CR/88 e o subfinanciamento da educação

Embora a Constituição da República mencione a *aplicação* de recursos como critério de cômputo do percentual previsto no seu art. 212 e a LDB (Lei Federal nº 9394/96) faça alusão em seu art. 70 às despesas efetivamente *realizadas* com Manutenção e

¹² Fl. 119 do IC nº 08 em anexo.

¹³ Fl. 322 do IC nº 08 em anexo. Os extratos estão às fls. 321/337 do referido IC.

Desenvolvimento do Ensino, o Estado do Rio de Janeiro afirma considerar, para os fins do cumprimento da norma constitucional, as *despesas empenhadas e liquidadas* e os *restos a pagar não processados*, sendo estes últimos definidos pela própria Fazenda como a despesa empenhada e não liquidada¹⁴.

O caráter prejudicial dessa forma de cômputo ao financiamento da educação só é plenamente apreendido caso se tenha em mente, como explicitado na Seção 1, que é a Secretaria de Fazenda (SEFAZ) que detém a prerrogativa de efetivamente executar as programações de desembolso emitidas pela SEEDUC ou, noutros termos, em decorrência do sistema de Conta Única do Tesouro, é a SEFAZ quem efetivamente *paga* aos credores na área de educação.

Tendo isto em mente, veja-se que até mesmo o cômputo de despesas empenhadas e liquidadas (mas não pagas) como efetiva aplicação na Manutenção e Desenvolvimento do Ensino (MDE) envolve uma alta dose de imprevisibilidade e risco para os órgãos da educação. Isto porque, como se demonstrará adiante, há contratos celebrados pelo órgão da educação no âmbito dos quais, a despeito de prestado o serviço ou entregue o bem e efetivamente liquidada a despesa, simplesmente não há pagamento por parte da Secretaria de Fazenda. Como se demonstrará adiante, exemplificativamente, *há, por exemplo, situações de Programações de Desembolso emitidas em 2015 pela SEEDUC que até outubro de 2017 não haviam sido pagas pela Fazenda, em que pese o fato de que se tratava do pagamento de aluguel do prédio onde funciona importante unidade educacional da Capital.*

Ora, mesmo em se tratando de despesas liquidadas, a inexecução do contrato por parte do Estado do Rio de Janeiro – isto é, o não pagamento do que é devido pelo serviço prestado ou pelo bem entregue ao Poder Público – pode gerar, como de fato gera, suspensões de fornecimento, ajuizamento de ações judiciais contra o Estado, que podem impactar a educação, rescisões contratuais ou simplesmente a não renovação de contratos.

Objetivamente, a SEEDUC tem, no atual momento, problemas dessa natureza, apenas para exemplificar, com a climatização da rede escolar (fornecimento e manutenção de aparelhos de ar-condicionado), com o serviço de portaria das escolas (mão de obra terceirizada que não é mais contratada, de modo que a entrada das escolas encontra-se no momento desguarnecida de pessoal de portaria) ou ainda de fornecimento de uniforme escolar. Todos estes problemas são, inclusive, objeto de apuração específica, respectivamente, nos Inquéritos Cíveis de nº 11/15, 15/16 e 36/13, em curso nesta Promotoria de Justiça.

Situação mais frágil ainda é aquela relativa ao *cômputo de despesas empenhadas e não liquidadas*. Com efeito, em se tratando de mero empenho, não há qualquer garantia de que a administração pública tenha sequer chegado próximo à “realização da despesa”, como o exige expressamente a LDB (Lei nº 9394/96, art. 70, *caput*), em manutenção e desenvolvimento do ensino. Isto porque o empenho, enquanto não liquidado, constitui uma mera reserva da quantia necessária ao pagamento da despesa. Noutros termos, a pura e simples realização do empenho, sem liquidação, não indica

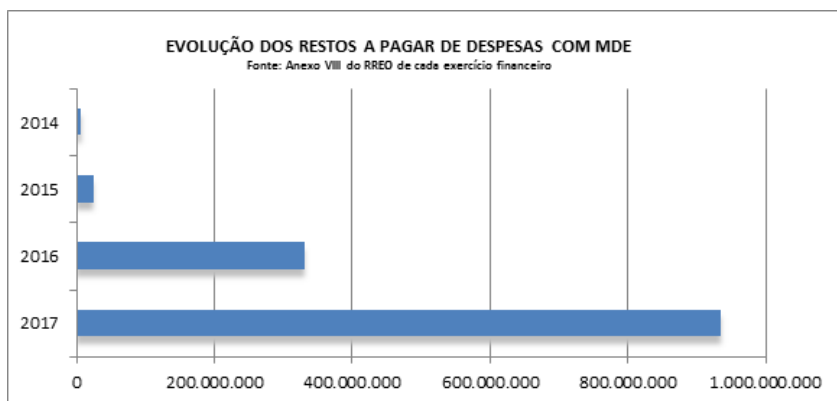
¹⁴ Confira-se documento à fl. 437 do IC nº 08 em anexo.

sequer que o serviço tenha sido efetivamente prestado, prestado integralmente ou o bem entregue pelo fornecedor. Demais disso, o empenho, enquanto não liquidado, pode ser cancelado pela administração pública.

Somem-se a todos os problemas anteriores os dados empíricos indicativos de que o Estado do Rio de Janeiro caminha a passos largos para um cumprimento puramente contábil do percentual de 25% previsto no art. 212 da CR/88¹⁵, sem que a isto corresponda uma efetiva *aplicação* dos recursos e *realização da despesa* – como o determinam a Lei Maior e a LDB – em manutenção e desenvolvimento do ensino. Um destes indicativos é o aumento galopante de restos a pagar em Manutenção e Desenvolvimento do Ensino.

Com efeito, entre os exercícios financeiros de 2014 e 2017, os restos a pagar em MDE, conforme Anexo 8 do Relatório de execução Orçamentária¹⁶, subiram progressiva e geometricamente de R\$ 6.954.649 (seis milhões, novecentos e cinquenta e quatro mil, seiscentos e quarenta e nove Reais)¹⁷ para R\$ 934.878.109 (novecentos e trinta e quatro milhões, oitocentos e setenta e oito mil e cento e nove Reais)¹⁸.

O gráfico a seguir mostra a evolução dos restos a pagar no período mencionado.



2.2. Consequências da ausência de um fluxo efetivo, regular e constante de recursos para a educação no percentual constitucionalmente previsto. Imprevisibilidade e óbices à execução planejada e eficiente da despesa pelos órgãos educacionais

Conforme mencionado na Seção 1, o Estado do Rio de Janeiro não adota, nem do ponto de vista financeiro nem contábil, um sistema que assegure a chegada ou, no mínimo, a disponibilidade de recursos no patamar de 25% para Manutenção e Desenvolvimento do Ensino ao longo de todo o exercício.

¹⁵ Cabendo lembrar que, no exercício de 2017, nem mesmo o cumprimento estritamente contábil foi alcançado.

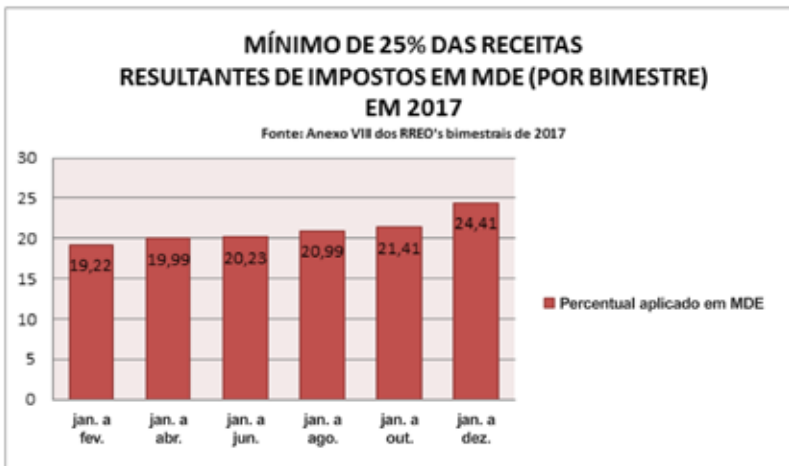
¹⁶ Fls. 504 a 510 do IC nº 08 em anexo.

¹⁷ Linha nº 51 do Anexo 8 do Relatório do sexto bimestre de 2014 (fl. 504 do IC nº 08 em anexo).

¹⁸ Linha nº 46 do Anexo 8 do Relatório do sexto bimestre de 2017 (fl. 510 do IC nº 08 em anexo).

Em outros termos, o atingimento do patamar de 25% não é uma constante e, a bem da verdade, é perseguido do ponto de vista precipuamente *contábil* pela Fazenda Estadual como uma meta a ser alcançada *apenas no final do exercício financeiro*. De forma mais clara e didática, o que se quer dizer é que, observando-se a execução orçamentária mês a mês, vê-se que, nos primeiros meses do ano, a efetiva despesa em educação se dá em patamar bem inferior ao que deveria, percebendo-se uma tentativa de aceleração da despesa conforme se aproxima o final do exercício a fim de que seja cumprida a norma constitucional.

Tal inconstância gera imprevisibilidade e, como é intuitivo, compromete o planejamento dos órgãos educacionais, haja vista que no primeiro bimestre do ano é rigorosamente impossível, por exemplo, que a SEEDUC e as demais unidades ordenadoras da despesa em MDE saibam se poderão, na prática, executar despesas nos percentuais de 19%, 22% ou 25% da receita referida no art. 212 da CR/88. As imagens a seguir, extraídas dos relatórios de execução orçamentária, por bimestre, no exercício de 2017, revelam com clareza a inconstância de que se fala:



Como se vê do gráfico, até a metade do exercício anterior (junho de 2017), o percentual alcançado de despesas em MDE era de apenas 20,23% da receita, sendo certo que, ao final dos dois bimestres anteriores, isto é, em fevereiro e abril, os percentuais alcançados eram de apenas 19,22% e 19,99% da receita arrecadada até aqueles meses, muito distantes do mínimo constitucionalmente previsto. O gráfico acima permite entrever que o Estado do Rio de Janeiro tem em mira o cumprimento do percentual de 25% apenas ao final do exercício, o que se deduz pela tentativa de aceleração da (contabilização) da despesa no último bimestre, a qual, mesmo assim, não chegou ao patamar constitucional mínimo em 2017.

O problema acima mencionado está irmanado com o da adoção do sistema de Conta Única do Tesouro (CUTE), incompatível com as regras específicas de financiamento da educação. Isto porque, caso o recurso que toca exclusivamente à educação fosse efetivamente segregado e depositado em conta específica com regularidade, mês a mês, no percentual devido, as unidades executoras da área de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino, em especial a SEEDUC, certamente contariam com a previsibilidade e segurança necessárias para um planejamento mais aderente à realidade e para uma mais eficiente execução da despesa, consentânea com o percentual de *aplicação* previsto na Constituição.

Mas, como visto, não é este o sistema adotado, de maneira que as Unidades Executoras de despesa em MDE limitam-se a encaminhar suas programações de desembolso (PD's) à Secretaria de Fazenda, PD's estas que, *mesmo se emitidas em montante que não supere o percentual de 25%, poderão ou não ser efetivamente pagas por este último órgão, que detém a prerrogativa exclusiva de executá-las.*

Os efeitos deletérios desse sistema são quase intuitivos quando se imagina que a SEEDUC, como os demais órgãos da educação, naturalmente firmam contratos de trato sucessivo e continuado, que precisam ser honrados mês a mês, tais como os de mão de obra terceirizada (merendeiras, porteiros etc.), os de fornecimento e manutenção de equipamentos de climatização das unidades ou os de informática, os de reformas infraestruturais de unidades e até mesmo o pagamento de aluguéis, haja vista que há prédios de unidades escolares que são locados pelo Estado do Rio de Janeiro. Relativamente a tais contratos que envolvem a prestação de serviços e entrega de bens na seara educacional paira inevitavelmente a espessa sombra do inadimplemento.

Como evidência empírica dos problemas que a sujeição da despesa em educação ao sistema de Conta Única ocasiona, vejam-se, à guisa de exemplo, os trechos de ofícios enviados pela SEEDUC ao Ministério Público *noticiando a existência de ações de despejo de prédios públicos onde funcionam escolas ou ainda de aluguéis atrasados desde 2015*, em que pese tenham sido expedidas programações de desembolso naquele ano que até o momento não haviam sido honradas pela Secretaria de Fazenda:

(...) Cumpre ressaltar que os procedimentos administrativos visando ao pagamento da despesa com os aluguéis mensais vêm sendo cumpridos, mas a grave crise financeira e a reduzida cota financeira disponibilizada para emissão de Programação de Desembolso por esta Secretaria acabam ensejando que as despesas fiquem inscritas em Restos a Pagar, situação em que se encontram a maioria dos pagamentos devidos à proprietária (...). Os aluguéis de março de 2015 até fevereiro de 2017 possuem Programação de Desembolso emitida e aguardam a sua devida execução pela Secretaria de Estado de Fazenda e Planejamento – SEFAZ (Fl. 408 do IC nº 08/17; cópia extraída do IC nº 355/11; grifamos).

(...) a esta SEEDUC cabia a emissão das Programações de Desembolso, contudo, a execução e pagamento dessas PD's são de competência da Secretaria de Estado de Fazenda – SEFAZ, mediante publicação pelo Governador do Estado de Decreto com calendário para pagamento de Restos a Pagar (Fl. 847 do IC nº 56/11, acostado às fls. XXX do IC nº 08/17).

O problema, fique claro desde logo, não é pontual ou isolado. Pelo contrário, seguindo com exemplo dos contratos de trato continuado de locação de prédios escolares, a verdadeira amputação da autonomia do órgão educacional na execução da despesa dentro do percentual que lhe toca gera problemas crônicos. Veja-se, abaixo, listagem de diversos prédios escolares locados em que há PD's emitidas pela SEEDUC e não honradas pela Fazenda (tabela de fl. 837 do IC nº 56/11, juntada como fl. 482 do IC nº 08/17):

UNIDADE ALUGADA	PD'S EMITIDAS
CE PROFESSORA JEANNETTE DE SOUZA COELHO MANNARINO	2016PD00625; 2016PD000941; 2016PD000942; 2016PD000943; 2016PD000944; 2016PD000945
CE ANTONIO HOJAISS	2016PD000044; 2016PD000045; 2016PD000091; 2016PD000644; 2016PD000645; 2016PD000646; 2016PD000674; 2016PD01046; 2016PD01047; 2016PD01048; 2016PD01050; 2016PD01234; 2016PD03522; 2016PD6918; 2016PD07887; 2016PD07888
CE STELLA MATUTINA	Bloqueio judicial, depósito em conta da Justiça. Despesas liquidadas de janeiro dezembro
CE MADRE TERESA DE CALCUTÁ	2016PD000024; 2016PD00632; 2016PD01035; 2016PD01036; 2016PD01037; 2016PD01658
CE PROFESSORA VÂNIA DO AMARAL MATIAS EDDE	2016PD00684; 2016PD01029; 2016PD06180
CE NICARÁGUA	2016PD000025; 2016PD000027; 2016PD000032; 2016PD000037; 2016PD000039; 2016PD000046; 2016PD000611; 2016PD000612; 2016PD000613; 2016PD000614; 2016PD000615; 2016PD000643; 2016PD000878; 2016PD000879; 2016PD01015
CE MANOEL MAURÍCIO DE ALBUQUERQUE	2016PD000033; 2016PD000724; 2016PD000987; 2016PD000988; 2016PD000989; 2016PD000991
CE AMAZONAS	2016PD000031; 2016PD000626; 2016PD06069
CE SONIA REGINA SCUDESE	2016PD000040; 2016PD000079; 2016PD000429; 2016PD000759; 2016PD01028
CE PROFESSOR OSÉAS GOMES LARANJEIRAS	2016PD000042; 2016PD000687; 2016PD01031; 2016PD01032; 2016PD01033; 2016PD01034; 2016PD06884

2.3. Das inadequações decorrentes da movimentação financeira do salário-educação e dos recursos do FUNDEB

Finalmente, a movimentação financeira dos recursos do salário-educação e do FUNDEB para contas de titularidade da Secretaria de Fazenda importa, na prática, em colocar o sistema de tesouraria do Estado do RJ, instituído por Decreto, acima das normas Constitucionais e legais que regem o financiamento da educação.

No caso específico do salário-educação, vale repisar que o recurso é creditado diretamente pelo FNDE em instituição bancária oficial *em conta de titularidade da SEEDUC*, que é a ordenadora da despesa por força de lei e como decorrência da evidente finalidade dos recursos que são transferidos. Assim, sua transferência bancária para conta corrente de titularidade da Secretaria de Estado de Fazenda, além de não encontrar respaldo legal, aniquila na prática a disponibilidade que, na origem, a SEEDUC tinha e deveria manter sobre o recurso, que é vinculado.

Demais disso, tal operação bancária gera ainda outro grave inconveniente, qual seja, o de movimentar recurso que é vinculado à educação (e originalmente creditado como tal pelo FNDE!) para conta vinculada ao CNPJ da Secretaria de Estado de Fazenda, fato este que, segundo *ofício enviado pelo próprio Secretário de Estado de Educação* à SEFAZ (fls. 369/372 do IC nº 08 em anexo), teria propiciado inadvertidamente a constrição judicial de recursos – por ordem do TJRJ em ações de arresto – que não haviam sido detectados pelo sistema eletrônico de bloqueio como recursos vinculados à educação. Na ocasião, como se vê do aludido ofício, a Secretaria de Educação inclusive enfatiza junto à SEFAZ a necessidade de criação de uma conta *vinculada ao CNPJ da SEEDUC*, providência que, de resto, é a única que se amolda à finalidade constitucional e legal da aludida contribuição social.

Quanto aos recursos do FUNDEB, ocorre semelhante problema, qual seja, a transferência de recursos vinculados, neste caso, para a Conta Única do Tesouro (CUTE), vinculada à Secretaria de Estado de Fazenda. Como dito acima, tal operação bancária se dá sob o pretexto de viabilizar o pagamento da folha de pessoal da educação mediante complementação com recursos do Tesouro.

Assim, uma questão estritamente operacional e administrativa, qual seja, o pagamento da folha de pessoal, em lugar de gerar uma adequação para que se busque identificar quais despesas de pessoal serão honradas e com qual Fonte de recursos acaba gerando o seu contrário: lançam-se em conta única recursos de Fontes diversas, quais sejam, os recursos do tesouro (Fonte 100, que já são ali recolhidos) e os da Fonte 215 (FUNDEB), a despeito de serem estes últimos de *natureza diversa, vinculada e sujeita a controles estritos*. Isto, repita-se, a pretexto de viabilizar uma operação administrativa que poderia chegar ao mesmo resultado caso o Estado do RJ fosse minimamente capaz de administrativamente discriminar, entre as despesas de pessoal, quais serão honradas na Fonte 215 e quais serão honradas na Fonte 100.

Mas não é apenas isto, pois, como dito antes, a despeito do pretexto que embasa a operação – pagamento de pessoal – as transferências de recursos do

FUNDEB se dão em datas diversas, ou seja, não se dão necessariamente na véspera ou antevéspera do pagamento, ou mesmo em data fixa. Dessa forma, os recursos do FUNDEB, que montam quantias expressivas, são colocados à disposição da Fazenda na Conta Única do Tesouro, devendo ser objeto da instrução probatória, inclusive a forma como se dá a contabilização e distribuição de tais rendimentos no período que medeia a transferência e o efetivo pagamento.

SEÇÃO 3. DO DIREITO

3.1. Do cumprimento do art. 212 da CR/88

O art. 212 da CR/88 assim dispõe expressamente (*verbis*):

Art. 212. A União *aplicará*, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios *vinte e cinco por cento*, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino (grifamos).

Disciplinando a matéria em nível infraconstitucional, o art. 70 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei Federal nº 9394/96) esclarece o que o legislador entende por “aplicação” de recursos em manutenção e desenvolvimento do ensino (grifamos):

Art. 70. Considerar-se-ão como de manutenção e desenvolvimento do ensino as *despesas realizadas* com vistas à consecução dos objetivos básicos das instituições educacionais de todos os níveis, compreendendo as que se destinam a (...).

Considerando-se que a lei não contém palavras inúteis, bem assim levando-se em conta uma interpretação sistemática e teleológica da Constituição e da LDB (Lei Federal nº 9394/96), vê-se que o ordenamento jurídico reserva à educação um tratamento diferenciado não apenas do ponto de vista orçamentário, mas também financeiro. Com efeito, o legislador preocupou-se expressamente em assegurar um fluxo constante de recursos para a educação, conforme o percentual constitucionalmente previsto, a fim de que o cumprimento do desiderato constitucional não se resumisse a uma operação puramente contábil e de tesouraria, mas sim que, bem ao contrário disso, o cumprimento do art. 212 da CR/88 produzisse, por meio da efetiva *realização da despesa*, ações palpáveis, concretas, planejadas e regulares em manutenção e desenvolvimento do ensino.

Não por outro motivo o art. 69, §5º, da LDB (Lei Federal nº 9394/96) expressamente preconiza o seguinte (grifamos):

Art. 69. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, vinte e cinco por cento, ou o que consta nas respectivas Constituições ou Leis Orgânicas, da receita resultante de impostos, compreendidas as transferências constitucionais, na manutenção e desenvolvimento do ensino público.

(...)

§5º *O repasse dos valores referidos neste artigo do caixa da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios ocorrerá imediatamente ao órgão responsável pela educação, observados os seguintes prazos:*

I – recursos arrecadados do primeiro ao décimo dia de cada mês, até o vigésimo dia;

II – recursos arrecadados do décimo primeiro ao vigésimo dia de cada mês, até o trigésimo dia;

III – recursos arrecadados do vigésimo primeiro dia ao final de cada mês, até o décimo dia do mês subseqüente.

A previsão legal acima destacada evidentemente não é gratuita. Forte na especificidade das regras de financiamento da educação, dada a elevadíssima estatura constitucional da matéria, quis-se assegurar um fluxo constante de recursos, é dizer, um fluxo financeiro que assegure a efetiva disponibilização do recurso arrecadado dentro do percentual constitucional para o “órgão responsável pela educação”, no caso a SEEDUC.

O objetivo da norma é cristalino e se opõe, a toda evidência, às práticas levadas a efeito pela Administração Pública no Estado do Rio de Janeiro: os recursos destinados à educação, isto é, os recursos correspondentes a 25% da receita resultante de impostos, compreendidas as transferências constitucionais, não estão sujeitos a contingenciamentos nem aplicação em finalidades diversas daquelas que se caracterizem como manutenção e desenvolvimento do ensino (o que é vedado, inclusive, pelo art. 8º, parágrafo único, da LRF – Lei Complementar nº 101/2000).

Bem por isso o art. 69, §5º, da LDB fixa, inclusive, datas-base, isto é, períodos específicos em que, dentro de cada mês, uma vez auferida a receita, serão os recursos da educação imediatamente transferidos e postos à disposição do órgão responsável pela matéria.

O mandamento legal é, portanto, claro: a disponibilização financeira do recurso é constante, regular, feita à medida que se aufera a receita, não podendo o percentual constitucional ser tratado – como ocorre no Estado do Rio de Janeiro – como objetivo a ser alcançado apenas no fim do exercício financeiro e mediante operações puramente contábeis e de tesouraria, isto é, sem que o recurso tenha sido materialmente transferido, no percentual constitucionalmente previsto, ao “órgão responsável” no respectivo nível federativo pelas ações de manutenção e desenvolvimento do ensino.

Para além da interpretação da norma – indene de dúvidas a nosso ver –, um raciocínio pragmático e consequencialista revela que *o legislador foi sensível à necessidade de previsibilidade e segurança no planejamento e execução das ações em manutenção e desenvolvimento do ensino*. Ora, como afirmado anteriormente, há inúmeras intervenções estatais nesta seara que envolvem a celebração de contratos de trato sucessivo e que pressupõem, mês a mês, a realização não só de empenhos e liquidações, mas também de pagamentos, sob pena de suspensão ou mesmo interrupção no fornecimento de serviços essenciais dos quais a Administração Pública na seara educacional é tomadora.

Os impactos do atual modo de financiamento da educação no Estado do Rio de Janeiro – a toda evidência contrário ao que determinam as normas supracitadas – se faz sentir na realização de diversas despesas que envolvem pagamento regular de dívidas junto a fornecedores de bens ou serviços. Demais disso, em outro nível que não o de custeio, o *modus operandi* adotado na gestão financeira da educação no Estado do Rio de Janeiro compromete também o próprio planejamento e, por conseguinte, o *investimento* essencial à melhora da qualidade do serviço, investimento este mantido nos últimos exercícios em percentuais sofríveis se considerado o total da despesa.

Como corolário do quadro normativo acima delineado, e até mesmo para sua viabilização e garantia da escorreita aplicação dos recursos da educação, de forma transparente e eficiente, impõe-se que o Estado do Rio de Janeiro disponha de conta específica, diversa daquela em que se encontram os recursos do tesouro não vinculados ao financiamento das ações em manutenção e desenvolvimento do ensino.

Em outras palavras, a criação de conta específica para disponibilização dos recursos financeiros referidos no art. 212 da CR/88 se impõe como forma de viabilizar o cumprimento do art. 69, §5º, da LDB e também para que o financiamento das ações em manutenção e desenvolvimento do ensino seja passível não só de um adequado escrutínio e controle, mas também dotado de eficácia prática, de maneira a não estarem os recursos vinculados indevidamente sujeitos a contingenciamentos por órgão estranho à seara educacional.

Tal sistemática, frise-se desde logo, não guarda qualquer incompatibilidade com a operacionalização do SIAFE ou mesmo com o princípio da unidade de tesouraria que, evidentemente, estando consagrado na vetusta Lei nº 4320/64, deve ser interpretado conforme a Constituição de 1988, notadamente em se considerando as normas constitucionais específicas sobre financiamento da educação que são posteriores à aludida lei. Em face do arquiconhecido princípio de hermenêutica, segundo o qual as leis são interpretadas à luz da Constituição, e não o contrário, uma vez implementada a sistemática constitucionalmente determinada, o órgão educacional responsável pela conta específica em que são depositados os recursos vinculados à educação, evidentemente, prestará contas, viabilizando que o órgão fazendário, se esta for a decisão administrativa do demandado, consolide os dados, verifique a alimentação dos registros no SIAFE e adote todas as demais providências contábeis e de tesouraria cabíveis, gerando e atualizando os devidos relatórios.

O que definitivamente não faria sentido, dada a possibilidade de conciliação e interpretação conforme a Constituição acima assinalada, seria incorrer no raciocínio inverso, ou seja, interpretar a Carta Magna à luz da vetusta Lei nº 4320/64, vergando, amesquinhando ou mesmo submetendo a plena eficácia das normas constitucionais acerca do financiamento da educação à interpretação pedestre deste ou daquele artigo ou princípio da lei de 1964.

Registre-se, por oportuno, que a interpretação acima preconizada – bem assim seus desdobramentos práticos – foi expressamente encampada pelo Tribunal de Contas de MG, como se vê na seguinte ementa (Acórdão no Recurso Ordinário nº 952116, Relator Conselheiro Mauri Torres; grifos nossos):

RECURSO ORDINÁRIO. PREFEITURA MUNICIPAL. INOCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO. RECURSOS DESTINADOS À EDUCAÇÃO. REPASSE ABAIXO DO MÍNIMO EXIGIDO. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. A Lei nº 9.394/96, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, determina, no §5º do art. 69, que os recursos específicos da educação sejam repassados ao órgão responsável. Este Tribunal, por meio da Instrução Normativa nº 08/04, em seu art. 1º, §7º, dispõe que *os recursos a serem repassados nos termos do §5º deste artigo deverão ser depositados em conta corrente bancária específica.*

2. *A falta de utilização da conta bancária específica para a movimentação dos recursos financeiros, além de ser imposição legal, inviabiliza a evidenciação das disponibilidades financeiras e o adequado controle de sua aplicação pelos órgãos de controle interno e externo, facilitando a ocorrência de fraudes.*

Na mesma linha, caminhou a decisão da aludida Corte de Contas no julgamento do Recurso Ordinário nº 932738 (grifamos):

RECURSO ORDINÁRIO – PREFEITURA MUNICIPAL – PRELIMINAR – CONHECIMENTO – PREJUDICIAL DE MÉRITO – AFASTADA A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO TRIBUNAL – REJEIÇÃO DA PRELIMINAR DE MÉRITO ARGUIDA PELO RECORRENTE – MÉRITO – MOVIMENTAÇÃO DOS RECURSOS DA EDUCAÇÃO – MDE – OBRIGATORIEDADE DE CONTA CORRENTE ESPECÍFICA – PRECEDENTES (PROCESSOS Nº 774817, 757848, 896580) – NEGADO PROVIMENTO.

1 – É obrigatória a utilização de conta-corrente específica para movimentação dos recursos destinados à manutenção e

desenvolvimento do ensino, assim como do repasse no montante mínimo exigido ao órgão responsável pela educação.

2 – Nega-se provimento ao recurso ordinário para manter a decisão recorrida.

3.2. Das normas sobre a escorreita administração financeira dos recursos do salário-educação

O art. 15 da Lei Federal nº 9424/96 assim dispõe expressamente acerca da disponibilização dos recursos do salário-educação aos Estados federados (grifamos):

Art 15. O Salário-Educação, previsto no art. 212, §5º, da Constituição Federal e devido pelas empresas, na forma em que vier a ser disposto em regulamento, é calculado com base na alíquota de 2,5% (dois e meio por cento) sobre o total de remunerações pagas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados empregados, assim definidos no art. 12, inciso I, da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

§1º O montante da arrecadação do Salário-Educação, após a dedução de 1% (um por cento) em favor do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, calculado sobre o valor por ele arrecadado, será distribuído pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, observada, em 90% (noventa por cento) de seu valor, a arrecadação realizada em cada Estado e no Distrito Federal, em quotas, da seguinte forma: (Redação dada pela Lei nº 10.832, de 29.12.2003.)

(...)

II – Quota Estadual e Municipal, correspondente a 2/3 (dois terços) do montante de recursos, que será *creditada mensal e automaticamente em favor das Secretarias de Educação dos Estados*, do Distrito Federal e dos Municípios para financiamento de programas, projetos e ações do ensino fundamental. (Redação dada pela Lei nº 10.832, de 29.12.2003.)

A lei não poderia ser mais clara no tocante à destinação e movimentação dos recursos: os mesmos são creditados, *tout court*, em favor da Secretaria de Educação. Ocioso dizer que tal destinação legalmente determinada não poderia redundar em outro procedimento que não o crédito, pelo FNDE, do recurso em conta aberta em nome da Secretaria de Educação. É exatamente assim que procede o FNDE, depositando o recurso, de acordo com o mandamento legal, *em favor da Secretaria de Estado de Educação (SEEDUC)* no Banco do Brasil, Agência nº 2334-9, C/C nº 5716-9 (cf. fls. 143/153 do IC nº 08 em anexo).

A única movimentação bancária que a lei admite é aquela prevista no art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 9766/98, que assim dispõe:

Art. 2º. A Quota Estadual e Municipal do Salário-Educação, de que trata o §1º e seu inciso II do art. 15 da Lei nº 9.424, de 24 de dezembro de 1996, será integralmente redistribuída entre o Estado e seus Municípios de forma proporcional ao número de alunos matriculados no ensino fundamental nas respectivas redes de ensino, conforme apurado pelo censo educacional realizado pelo Ministério da Educação. (Redação dada pela Lei nº 10.832, de 2003.)

Parágrafo único. As contas específicas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinadas à movimentação das Quotas do Salário-Educação serão abertas pelo FNDE e mantidas, a critério do respectivo ente federado, em instituição financeira oficial. (Incluído pela Lei nº 13.530, de 2017.)

Note-se que o artigo acima colacionado permite, no máximo, que o Estado movimente o recurso para outra instituição financeira oficial, mas não traz qualquer derrogação ou ressalva quanto à previsão contida no art. 15, II, da Lei nº 9424/96 de que o crédito será necessariamente feito em favor da *Secretaria de Estado de Educação*. Noutros termos, se interpretados sistematicamente os arts. 15, II, da Lei nº 9424/96 e 2º, parágrafo único, da Lei nº 9766/98, a única movimentação legalmente autorizada, sempre mantida a SEEDUC como favorecida, seria a transferência do recurso para outra instituição financeira oficial, mas sem que, em hipótese alguma, isso implique colocar o recurso em conta vinculada a outra pasta.

Pisoteando a norma legal, o Estado do Rio de Janeiro transfere os recursos do Salário-Educação da conta do Banco do Brasil acima mencionada para o Banco Bradesco, Ag. 6898-5, conta corrente nº 000005-1, de *titularidade da Secretaria de Fazenda*, conforme se vê claramente de fl. 364 do IC nº 08 em anexo.

Resta claro, portanto, o inequívoco dever que tem o demandado de reparar tal ilegalidade, ou bem mantendo o recurso em favor da SEEDUC na conta em que é originalmente creditado pelo FNDE, ou bem o mantendo em instituição financeira oficial diversa, mas sempre em nome e no CNPJ da Secretaria de Estado de Educação.

3.3. Das Normas sobre a Escorreita Administração Financeira dos Recursos do FUNDEB

De acordo com a Lei Federal nº 11.494/07, os recursos relativos à *contribuição* para o FUNDEB são creditados da seguinte forma:

Art. 16. Os recursos dos Fundos serão disponibilizados pelas unidades transferidoras ao Banco do Brasil S.A. ou Caixa Econômica

Federal, que realizará a distribuição dos valores devidos aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

Parágrafo único. São unidades transferidoras a União, os Estados e o Distrito Federal em relação às respectivas parcelas do Fundo cuja arrecadação e disponibilização para distribuição sejam de sua responsabilidade. (Grifamos.)

Especificamente no caso do Rio de Janeiro, o valor legalmente previsto é depositado na conta do Banco do Brasil nº 001.2234.00291674-6, de titularidade da Secretaria de Fazenda. Assim o é porque, nesta conta, isto é, na conta de *contribuição*, se dão os rateios cabíveis, transferindo-se para os municípios a cota que toca a cada um. No Estado do Rio de Janeiro, no qual não há complementação do FUNDEB pela União, o crédito nessa conta é feito pelo próprio demandado. Feitos os rateios e transferências devidos aos municípios (sempre para contas bancárias em uma das duas instituições financeiras referidas no art. 16, *caput*, da Lei nº 11.494/07), o *saldo* é transferido a uma outra conta do Banco do Brasil.

Este saldo é denominado *participação* do Estado no FUNDEB, isto é, é o recurso de que o ente demandado disporá para aplicar em ações de desenvolvimento da educação básica. Esta conta bancária na qual se dá o crédito da participação do Estado do RJ é a conta do Banco do Brasil nº 001.2234.000058339-1, de titularidade da *Secretaria de Estado de Educação*, uma vez que este é, por força de lei, o órgão ordenador das despesas estaduais à conta do FUNDEB.

Até aqui, as operações descritas seguem o que reza o art. 17 da Lei nº 11.494/07, *verbis*:

Art. 17. Os recursos dos Fundos, provenientes da União, dos Estados e do Distrito Federal, serão repassados automaticamente para contas únicas e específicas dos Governos Estaduais, do Distrito Federal e dos Municípios, vinculadas ao respectivo Fundo, *instituídas para esse fim e mantidas na instituição financeira de que trata o art. 16 desta Lei*.

As razões pelas quais a lei prevê de forma rigorosa os mecanismos de transferência e gestão dos recursos do FUNDEB são inúmeras, podendo-se destacar a necessidade de que haja conta específica administrada pelo órgão educacional e de que toda a movimentação desta conta seja absolutamente transparente e passível de controle. Assim, a *manutenção* do recurso na conta específica a que se refere a Lei busca alcançar, entre outras finalidades, que os *mecanismos de controle administrativo e social tenham uma perfeita visão do emprego que é dado aos recursos*. Para além disso, pretende-se, como expressamente diz a lei, que os *rendimentos financeiros, em se tratando de recursos vultosos, revertam ao próprio FUNDEB*.

Veja-se a relação que a lei estabelece entre a manutenção do recurso em conta específica e o controle social:

Art. 17. (omissis)

§6º. A instituição financeira *disponibilizará*, permanentemente, aos *conselhos*¹⁹ referidos nos incisos II, III e IV do §1º do art. 24 desta Lei os *extratos* bancários referentes à conta do fundo.

Como se conclui, o legislador quis evitar que o dinheiro saia da referida conta e transite por outra, inespecífica, na qual o controle dos referidos extratos certamente envolve maior opacidade e dificulta o escrutínio social da aplicação dos recursos.

Relativamente à segunda finalidade antes mencionada, qual seja, a incorporação ao próprio Fundo dos rendimentos financeiros do recurso, veja-se o que determina o art. 20 da Lei nº 11494/07:

Art. 20. Os eventuais saldos de recursos financeiros disponíveis nas contas específicas dos Fundos cuja perspectiva de utilização seja superior a 15 (quinze) dias deverão ser aplicados em operações financeiras de curto prazo ou de mercado aberto, lastreadas em títulos da dívida pública, na instituição financeira responsável pela movimentação dos recursos, de modo a preservar seu poder de compra.

Parágrafo único. *Os ganhos financeiros auferidos em decorrência das aplicações previstas no caput deste artigo deverão ser utilizados na mesma finalidade e de acordo com os mesmos critérios e condições estabelecidas para utilização do valor principal do Fundo.* (Grifamos.)

Sucedem que, ao arrepio da lei e frustrando ou, no mínimo, pondo em risco o cumprimento das finalidades normativas acima destacadas, o Estado do Rio de Janeiro *transfere indevidamente os recursos da conta específica do FUNDEB para a Conta Única do Tesouro*, o que é feito, segundo o ente público demandado, à guisa de viabilizar o pagamento da folha de pessoal da educação, que é complementada com recursos do Tesouro.

Além de ir contra a previsão legal e promover a indevida confusão de recursos de naturezas distintas em uma conta única, gerida pela Fazenda, não há argumento razoável para que a viabilização do pagamento da folha não se dê por meio de

¹⁹ Rememore-se aqui o papel central que o CACS – Conselho de Acompanhamento e Controle Social do FUNDEB deve exercer, por expressa previsão legal, em relação a tais recursos.

medidas administrativas adequadas de organização da folha, em lugar de medidas financeiras e contábeis que prejudicam o perfeito controle e transparência da movimentação e utilização do recurso (cf. itens 1.3 e 2.3 *supra*). Demais disso, o proceder adotado pelo Estado, como destacado anteriormente, envolve a realização de transferências em datas variadas e montantes significativos, de maneira que, até que se dê o efetivo pagamento da folha, os rendimentos financeiros do recurso são creditados na Conta Única do Tesouro, no Banco Bradesco, e não na conta do Banco do Brasil, de titularidade da SEEDUC.

4. PEDIDOS

4.1. Tutela provisória de urgência

Ao longo da presente inicial, foram ampla e documentalmente demonstrados os procedimentos que o Estado do Rio de Janeiro atualmente adota em relação ao cumprimento do art. 212 da CR/88 e à gestão financeira dos recursos do salário-educação e do FUNDEB.

Com amparo em normas Constitucionais que estabelecem critérios e procedimentos específicos e inderrogáveis sobre o financiamento da educação, bem como a partir da evocação das leis federais que disciplinam o tema, foram apontados, com absoluta clareza, diversos procedimentos adotados pelo Estado do RJ que se mostram em franca e inquestionável desconformidade com as normas sobre o financiamento da educação.

Tais desconformidades perpassam a falta de regularidade no fluxo dos recursos constitucionalmente destinados à educação, a inexistência de mecanismos financeiros e contábeis adequados à garantia de que a educação receba financiamento em patamar adequado ao mínimo constitucional ao longo de todo o exercício financeiro, a constatação de que o Estado persegue os 25% previstos no art. 212 da CR como uma meta puramente contábil a ser alcançada no final do exercício financeiro e, finalmente, perpassam a dolorosa e grave constatação de que, no exercício financeiro de 2017, o Estado do RJ, sequer do ponto de vista contábil, conseguiu atingir o percentual constitucionalmente determinado.

As ilegalidades relativas à administração financeira dos recursos do salário-educação e do FUNDEB não são menos graves e estão amplamente demonstradas ao longo da inicial.

As consequências deletérias de tais procedimentos são incomensuráveis, comprometendo o financiamento da educação, impondo às unidades gestoras de recursos na área educacional sérias dificuldades de planejamento, falta de garantia e previsibilidade de que os compromissos financeiros assumidos serão honrados pela Fazenda, instabilidade na administração de seus contratos de trato continuado, existência de programações de desembolso que aguardam anos a fio pagamento,

consequente aumento dos restos a pagar em educação ano a ano, entre tantas outras consequências justamente na seara de um direito social em relação ao qual o constituinte claramente estabelece prioridade, o que inclusive é a razão de ser do regramento constitucional específico acerca de seu financiamento.

O risco decorrente da demora no saneamento deste estado de coisas é autoevidente. Os níveis de investimento em educação se mostram pífios, ano após ano, se considerado o montante total da despesa. O planejamento de médio e longo prazo dos órgãos educacionais não tem nem pode ter – dada a imprevisibilidade que os mecanismos adotados criam – verdadeira aderência às práticas da administração financeira do Estado. Tal planejamento, quando existente, ainda que eventualmente elaborado com base em propostas de ação razoáveis, torna-se uma quimera cuja concretização estará sempre sujeita à administração contábil do cumprimento dos patamares constitucionais mínimos de aplicação da receita em MDE.

Não cabe aqui repisar todos os procedimentos questionados ao longo da inicial nem suas consequências danosas, demonstradas item por item, ao longo do texto. O ponto fulcral consiste em que a violação às regras de financiamento da educação é cristalina e o risco na demora evidente, cabendo lembrar que o presente exercício financeiro ainda se inicia, havendo, portanto, tempo hábil para corrigir as ilegalidades apontadas e, além disso, garantir a recomposição devida em razão do não cumprimento do patamar constitucional de 25% no exercício passado.

Assim, o Ministério Público *requer seja deferida tutela de urgência*, inaudita altera pars, com base no artigo 300 do Novo Código de Processo Civil para que, sob pena de multa a ser fixada pelo Juízo e sem prejuízo de qualquer outra providência prática que assegure a satisfação do direito aqui evocado, seja determinado ao Estado do Rio de Janeiro que:

A) imediatamente passe a *reservar*, de forma regular e à medida que for realizada a receita, o percentual mínimo e mensal de 25% de toda a receita de impostos e transferências referidos no art. 212 da CR/88 e *se abstenha* de disponibilizá-lo ou destiná-lo a outros órgãos setoriais que não os responsáveis pela educação, de forma a *garantir a sua efetiva aplicação em ações de manutenção e desenvolvimento do ensino*;

B) promova, em até 15 (quinze) dias contados da decisão que conceder a tutela antecipada, a *abertura de conta ou contas setoriais específicas da Educação* (além daquelas destinadas ao FUNDEB, salário-educação e outros recursos) para depósito dos recursos tratados no item (A) – ou seja, os recursos previstos no art. 212 da CR/88 – devendo tais contas ser *abertas em nome da Secretaria de Estado de Educação (SEEDUC)*, isto é, em nome do “*órgão responsável pela educação*”, como determina expressamente o artigo 69, parágrafo 5º da LDB, e por ele geridas;

C) *transfira* os recursos referidos no item (A) para as contas específicas da educação (item B), *na forma e nos prazos* determinados pelo artigo 69, parágrafo 5º, incisos I a III, da LDB;

D) adote *imediatamente* todas as medidas compensatórias, tanto no campo da iniciativa legislativa quanto no das providências administrativas, necessárias à *recomposição do déficit percentual diagnosticado no cumprimento do mínimo constitucional no ano de 2017, com a aplicação de percentual superior a 25%* das receitas de impostos e transferências ainda no ano de 2018 ou, eventualmente (o que se cogita apenas caso acolhido parcialmente ou indeferido o presente item do requerimento de tutela de urgência), nos exercícios financeiros subsequentes, com a consequente *cumulação de gastos em ações de manutenção e desenvolvimento do ensino, dando cumprimento ao disposto no artigo 212 da CRFB c/c artigo 69 da LDB*;

E) seja determinado, para efetivação do item anterior, que o Estado do RJ, no prazo máximo de 30 (trinta) dias da intimação da decisão, apresente *plano de compensação orçamentário-financeira* que preveja o percentual e os valores absolutos que serão aplicados a cada mês, além do percentual de 25% (vinte e cinco por cento) já devidos, até que seja aplicado o montante comprovadamente faltante para o alcance do percentual constitucional mínimo no exercício de 2017;

F) *se abstenha* de computar os restos a pagar não processados e as despesas empenhadas e liquidadas, mas não pagas para os fins do cumprimento do percentual de 25% previsto no art. 212 da CR/88, considerando, para tanto, na forma da Constituição e da LDB, apenas a despesa efetivamente realizada;

G) sejam os *recursos do salário-educação*, imediatamente após a intimação da decisão que conceder a tutela, mantidos ou creditados *em conta específica em nome da Secretaria de Estado de Educação*, vedando-se sua transferência para conta bancária administrada ou gerida por qualquer outro órgão, notadamente o fazendário;

H) seja imediatamente determinado que o Estado do Rio de Janeiro se abstenha de transferir os recursos do FUNDEB para a Conta Única do Tesouro (CUTE), devendo, concomitantemente, implementar as medidas administrativas cabíveis para o pagamento tempestivo da folha de pessoal sem que para isso haja confusão financeira entre o recurso do FUNDEB e os do tesouro.

4.2. Requerimentos finais.

A) *Inaudita altera parte*, requer-se a concessão da tutela de urgência nos termos do item 4.1 *supra*, itens “a” a “h”, sob pena de multa diária a ser prudentemente fixada pelo juízo, incidente sobre o ente público e, em caso de recalcitrância no cumprimento, pessoalmente, sem prejuízos de outros meios que assegurem resultado prático equivalente.

B) seja o réu citado na pessoa do Governador ou por meio da Procuradoria-Geral do Estado, para que responda a todos os termos da presente ação, no prazo legal, sob pena de confissão.

C) Sejam, no mérito, confirmados todos os requerimentos constantes dos itens que integram o pedido de tutela provisória de urgência, tornando-se definitiva a condenação do ente público demandado integralmente nas obrigações que se leem nos itens “a” a “h” da seção 4.1 *supra*.

Protesta-se pela utilização de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a documental e a pericial, sem prejuízo de outras. Acompanha a presente inicial de ação civil pública cópia digitalizada do Inquérito Civil nº 08/17. Considerando-se seu valor inestimável, dá-se à causa o valor de R\$ 10.000 (dez mil Reais) para efeitos de alçada.

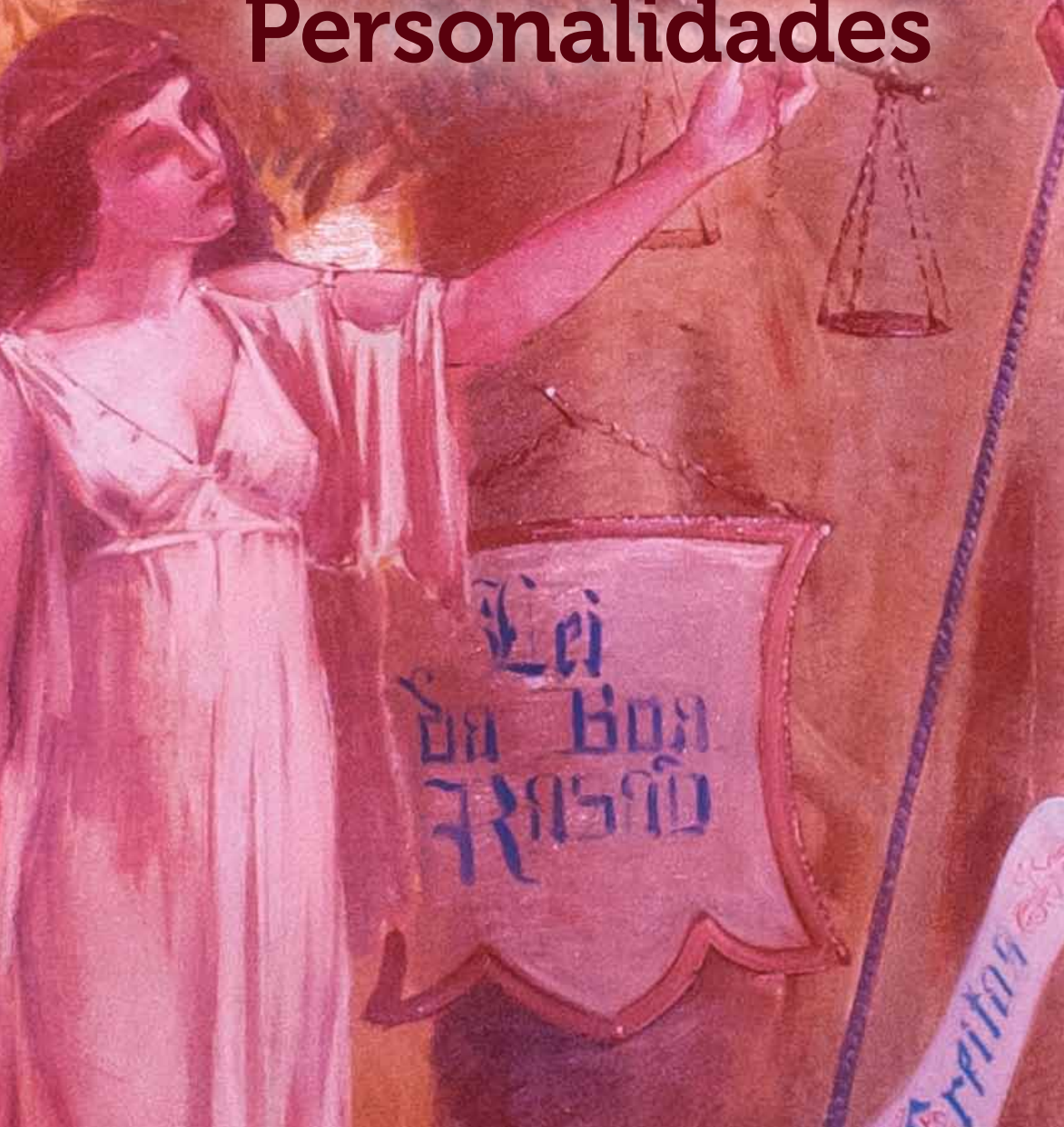
Rio de Janeiro, 09 de março de 2018.

EMILIANO R. BRUNET D. PAES
Promotor de Justiça



Detalhe da imagem da capa

Memória Institucional Personalidades



Nota Introdutória

As dimensões de uma instituição são definidas pelas pessoas que a constroem. Consideradas, na atualidade, o ativo de maior importância dentro das organizações, em cujo espectro encontram-se inseridas as entidades e órgãos públicos, as pessoas exercem papel fundamental na edificação de seu capital intelectual. Afinal, constituem o alicerce sobre o qual as organizações desenvolvem sua cultura institucional.

No Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, essa dinâmica não poderia dar-se de forma diferente. A história do *Parquet* confunde-se com parte relevante da história das pessoas que dele fizeram parte e que contribuíram largamente para o seu engrandecimento, tanto quanto para a sua projeção nas searas social e jurídica.

Visando ao resgate de um passado que se lança e se imiscui no presente, nossa *Revista*, a partir desta edição, apresenta uma nova seção, intitulada *Memória Institucional - Personalidades*. Nela, serão publicadas diversas entrevistas, fruto de projeto de pesquisa do Centro de Memória do MPRJ, as quais visam a homenagear personalidades de destaque em nossa Instituição. Estas personalidades, cuidadosamente selecionadas, abrilhantaram, pela sua atuação, a história do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, constituindo importante arcabouço para a compreensão de sua memória institucional.

Biscaia: A Coragem do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Texto e entrevista:
Márcio Klang – Coordenador
Nataraj Trinta – Historiadora
Isaura Siqueira G. Neta – Transcrição



*Procurador de Justiça aposentado
Antônio Carlos Silva Biscaia -
Acervo AMPERJ*

M. Klang: Bom dia a todos. É um prazer começar o terceiro programa da série *Personalidades do Ministério Público*, que é uma iniciativa do Centro de Memória do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro Procurador de Justiça João Marcello de Araújo Júnior na sua nova versão, na sua nova formatação de Centro de Memória.

Eu gostaria de chamar o excelentíssimo senhor Procurador-Geral de Justiça (...)



Procurador-Geral de Justiça Eduardo Gussem, abrindo o programa da série "Personalidades do Ministério Público" no Talk show

Gussem: Bom dia a todos. É uma grande satisfação poder estar aqui nesse momento e, pela presença de pessoas tão ilustres, nós podemos compreender a importância desse momento pra história do nosso Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Uma instituição que não respeita o seu passado, que não respeita sua memória é uma instituição que não tem vida. O trabalho que o colega Márcio Klang vem desenvolvendo no Centro de Memória é um trabalho de registro primoroso! É muito importante que destaquemos isso. Temos muitas outras pessoas de destaque na nossa instituição que têm que deixar o seu registro e hoje fazemos uma homenagem especial ao Dr. Biscaia.

Dr. Biscaia, que foi e é um homem que honra o nosso Ministério Público, que se destacou com enfrentamentos importantíssimos e, nesse sentido, eu trago aqui não só o meu abraço, mas também um registro da importância que ele teve para todos nós. Eu faço questão, Márcio, de fazer uma entrega a você e eu peço que você retire da capa... é uma revista *Veja* que deve ter uns vinte e cinco anos e eu guardei esse tempo todo, e agora faço uma entrega formal ao nosso coordenador do Centro de Memória, e acho que ela tem um destino certo.

Gussem: Então uma boa entrevista, sucesso e parabéns mais uma vez pela sua iniciativa, Márcio.

M. Klang: Muito obrigado, com todo o seu apoio é fácil.

M. Klang: A primeira pergunta é a seguinte: Quem é Antônio Carlos Silva Biscaia?

Biscaia: Quero iniciar pela minha vida tranquila no Paraná, em Curitiba, onde eu nasci. Era um período de absoluta tranquilidade na infância, na adolescência...

M. Klang: Em Curitiba mesmo?

Biscaia: Em Curitiba. Então era outra visão das coisas e do mundo. Uma cidade em que à época tinha talvez quatrocentos mil habitantes. Aí, repentinamente, eu fui surpreendido e fiquei muito contrariado com a informação do meu pai, de que teríamos que vir pro Rio de Janeiro porque ele viria por um período para um determinado trabalho como advogado do Antigo IAPC. Eu digo: "Não, mas eu posso ficar, eu quero ficar." "Não, vão os quatro. Eu, sua mãe e os quatro irmãos."

Biscaia: E assim foi esta trajetória. Chegando aqui, tudo era estranho. Eu estava me preparando lá para a Universidade Federal do Paraná e, aqui, eu disse: "Não, aí eu vou prestar vestibular". E aí prestei vestibular na... Era no Catete...

M. Klang: Onde eu estudei.

Biscaia: Estado da Guanabara, hoje UERJ e na PUC. Aí eu queria ir pra UERJ e mais uma vez o meu pai... Você tem sempre aquele temor reverencial... Ele falou: "Eu quero que vá pra uma católica". Eu disse: "Mas tem que pagar!", "Não, não, não. Vamos pra Católica!". Foi aí que eu docemente constrangido optei pela PUC, mas foi um período bom. Fiz grandes amizades!

M. Klang: Lá você teve algum professor de destaque, que você tenha tido alguma influência?

Biscaia: Sim, tivemos vários como Alfredo Lamy Filho, mas talvez o símbolo mais importante tenha sido Sobral Pinto. Era uma figura extraordinária, um professor, um advogado que, por uma tragédia pessoal, se vestia inteiramente de preto e que era o nosso professor

de Direito Penal. Foi aí que eu comecei a me apaixonar pelo Direito Penal, graças ao Sobral Pinto. A nossa formatura foi em 1964, eu era o mais moço da turma.

M. Klang: Um ano tranquilo...

Biscaia: E aí o golpe militar tinha sido em primeiro de abril. E aí nós fomos pra aquela formatura na PUC. O nosso orador e todos mais protestamos, fizemos discursos já contrários àquilo tudo. Houve reação e tal... Foi esta a primeira fase da minha vida que foi em Curitiba e, em seguida, esse início aqui no Rio de Janeiro até minha formatura em Direito.

M. Klang: Por que é que você escolheu dentro das carreiras jurídicas, que são muitas, federais, estaduais, municipais. Por que o Ministério Público?

Biscaia: Eu só quero mencionar que antes ainda, por razões que não posso detalhar e por dificuldades até de ordem financeira, prestei concurso para o Banco do Brasil. Fui aprovado e fiquei trabalhando no Banco do Brasil e cursando Direito na PUC. Eu era um pouco de peixe fora d'água ali, porque todos que ficavam lá, não tinham essa dificuldade e eu trabalhei no Banco do Brasil de 1963 até 1971, quando ingressei no Ministério Público. Foram oito anos. E por que o Ministério Público? Eu, por várias razões, mas principalmente por aquilo que eu tomei conhecimento como estudante de Direito, que me fizeram vir para o Ministério Público. Eu [parece] que não tinha vocação, acho que alguns têm vocação pra função judicante tão nobre quanto, mas o Ministério Público tinha aquela característica à época. Você prestava concurso e ingressava como defensor público, quer dizer, isso também de alguma maneira, embora seja um pouco estranho que isso aconteça, o início da carreira do Ministério Público e a Defensoria Pública, mas acho que isso tem aspectos positivos.

M. Klang: É porque se via o outro lado do balcão, não é isso?

Biscaia: Exatamente. Então ingressei em 1971 como Defensor Público. Fiquei provavelmente três, três anos e meio ou quatro anos.

M. Klang: Com aquela infraestrutura maravilhosa que a Defensoria Pública tinha, não é isso?! Uma [coisa maravilhosa, não é?!], suntuosas instalações, não é isso?!

Biscaia: Nada disso, nada disso. Sala era uma coisa que...

M. Klang: Sala? Existia sala pra Defensor Público? Não...

Biscaia: Não... Você tinha que esperar em pé do lado de fora e hoje as acumulações são remuneradas, isso não existia. Você recebia alguém da Procuradoria com um ofício “a partir de amanhã, você além da 14ª Vara Criminal estará na 18ª e na 12ª, bota o ciente aqui no ofício.” Está bem!

M. Klang: E você não tinha que ter o dom da ubiquidade, você tinha que ter o dom da [triquiquidade], tinha que estar em três lugares.

Biscaia: Então você tinha que correr de um lado pra outro, pedir pro Juiz, alguns tinham compreensão... “Olha, eu sou da 14ª, mas estou acumulando com a 18ª e a 12ª”. E aí, foi um período bom. Eu tenho boas recordações, inclusive um *habeas corpus* que eu ganhei no Supremo Tribunal Federal.

M. Klang: Como Defensor?

Biscaia: Como Defensor. Botei num envelope e coloquei no correio. Qual era a hipótese? Era o juiz Álvaro Mayrink, muito rigoroso. Eu era defensor do garoto que estava acusado por porte de entorpecente. E aí eu apenas pedi que ele tivesse a suspensão condicional da execução da pena pelo fato de que ele tinha vinte anos.

M. Klang: Era bem jovem?

Biscaia: É. E ele teria direito a suspensão condicional, porque entre 18 e 21 teria direito. Eu digo: “Bom, mas aqui, embora ele já tivesse completado 21, no momento do crime ele tinha 20. Então tem que prevalecer esse entendimento”. Aí ele falou: “Não, não, mas o meu entendimento é diverso”. “Eu vou condená-lo como ele já fez 21 e não vou suspender a execução da pena”. Eu sabia que o Supremo pensava diferente. Fiz, coloquei no envelope e *tchum!* Não é que foi concedida a ordem!?

M. Klang: Em 1971, você se tornou membro do Conselho Consultivo da AMPERJ. Em seguida, ocupou a segunda Secretaria, foi vice-presidente à

época da gestão do Leôncio, saudoso Leôncio de Aguiar Vasconcellos, 1978-80. E, por fim, você foi eleito presidente da Associação de 1982 a 1984, foi o seu mandato. Naquele momento, naquele contexto de regime militar, quais eram os desafios do MP nesse período da ditadura militar?

Biscaia: Era um período difícil pra todos, principalmente nessa fase final. E nós, quer dizer, um grupo jovem, de jovens promotores à época. Nós nos engajamos em um processo de luta na AMPERJ. Eu particularmente, rigorosamente no dia seguinte à minha posse em 15 de abril de 1971, vim pra AMPERJ. Houve uma vaga no Conselho e eu fui convidado, eleito indiretamente, e passei a participar da AMPERJ. Era no prédio da Procuradoria Geral de Justiça.

M. Klang: Eram duas salinhas, acanhadinhas.

Biscaia: Eram duas salas cedidas pela Procuradoria Geral de Justiça. E começamos a ter, além das nossas atividades institucionais próprias, começamos a nos engajar em um processo político, um grupo. Então, mas era um grupo excelente sobre todos os aspectos aí nessa atuação política exercida. E aí surgiu uma questão. Em 1979, voltou ao governo o Chagas Freitas, imagine! Ele já tinha sido quando da nossa posse ele era o governador, não havia reeleição, ele voltou depois em 1979.

M. Klang: Ele foi governador do antigo Estado da Guanabara e depois do Novo Estado do Rio de Janeiro.

Biscaia: E aí, nós que estávamos em uma situação de dificuldade financeira extrema, os salários eram aviltantes. Todos tinham que exercer outras atividades para sobrevivência, quer dizer, o padrão monetário alterou muito nosso país. Então você não pode sequer dizer quanto é, não dá, tem que fazer a referência do dólar. Então nos engajamos em um movimento institucional por melhorias de [investimentos] e condição de trabalho. Imaginávamos que quando assumisse o governo como assumiu alguém [oriundo] do Ministério Público.

M. Klang: Sim, porque o Chagas era oriundo do Ministério Público.

Biscaia: Opa! Nós vamos ser atendidos, mas foi justamente o contrário. Ele atendeu justos pleitos da magistratura, mas se o Ministério Público

nunca foi equiparado, naquele momento, posso dizer sem medo de errar, que eram 20% do salário do juiz o que ganhava um promotor. Então, nós nos insurgimos quanto a isso e iniciamos um movimento. Primeiro, junto aos Procuradores-Gerais e aqui é aquela questão que fez surgir a nossa bandeira de eleição do Procurador-Geral pela classe. Neste ano, 1979 e 1980 em seguida, nós tivemos quatro procuradores gerais. O primeiro foi Hermano Odilon dos Anjos, foi desembargador; aí o Chagas nomeou Clóvis Paulo da Rocha.

M. Klang: Que já tinha sido anterior...

Biscaia: Tinha sido. Estava aposentado, era uma boa pessoa, um jurista excepcional de direito civil. Clóvis Paulo da Rocha assumiu como aposentado. E aí ele procurou atender, pelo menos postular por nossas reivindicações, mas não encontrava apoio do governador e ele, depois de oito meses...

M. Klang: Cansou?

Biscaia: Não, morreu no exercício do cargo! Aí vem o terceiro, Nelson Pecegueiro do Amaral, quer dizer, aí não é um caso Clóvis Paulo da Rocha, sempre eles já estavam iniciando uma carreira para o quinto constitucional. Era o objetivo de todos. Nelson Pecegueiro! Aí houve um compromisso assinado de encaminhamento das nossas reivindicações.

M. Klang: Eu me lembro.

Biscaia: Um compromisso! E esse compromisso não foi cumprido. Então aí...

M. Klang: Isso é a origem de tudo.

Biscaia: Pois é. Aí começaram as nossas lutas institucionais.

M. Klang: Existem três momentos marcantes na história institucional no período da ditadura. O embate com Chagas Freitas que, inclusive, se eu não estou enganado, fez uma lei mexendo na composição do Conselho Superior do Ministério Público pra, mais uma vez, minar uma eventual resistência. Ele foi expulso da associação por aclamação e houve a Vigília Institucional. Me fala um pouco sobre esses fatos.

Biscaia: A questão primeira foi a Vigília Institucional, que foi a maneira com que batizamos a nossa greve.

M. Klang: Foi!

Biscaia: Foi! Nós realizamos ainda no período da ditadura a primeira greve de Promotor de Justiça na história desse país, não sei se houve alguma. Fomos ao gabinete do Procurador-Geral em comitiva, ficamos lá e aí ainda na sala de lá ficamos 24 horas por dia atendendo telefone. A imprensa ligava porque até o acesso à imprensa era difícil! Ele [Chagas Freitas], como dono do Jornal *O Dia*, ele tinha uma relação com os demais órgãos de imprensa. Então você conseguir vincular alguma notícia contrária a Chagas Freitas era praticamente impossível. Nós tivemos uma vez que fazer uma matéria paga, nos cotizamos e fizemos uma matéria paga. Aí ficamos na nossa Vigília Institucional...

M. Klang: Na sede da procuradoria?

Biscaia: Na sede da procuradoria. A noite toda ficávamos lá, quando ligava alguém: “Ministério Público em Vigília Institucional”. Mas aí teve a “bala de prata”, que ele deu no Ministério Público. Diante do nosso movimento, ele encaminhou um projeto de lei à ALERJ, criando a figura do Promotor *ad hoc*.



Vigília Institucional - "Jornal do Brasil" - Ocorrência 2 - 12/11/80

M. Klang: Mal sinado Promotor *ad hoc*.

Biscaia: Se o Promotor estivesse ausente, o Juiz nomeava qualquer advogado Promotor, quer dizer, aí não dava mais! O movimento estava com grande dificuldade e aí eu apresentei a proposta em assembleia geral. Ele foi expulso. O Nelson Pecegueiro foi a desembargador e...

M. Klang: E veio Nerval Cardoso?

Biscaia: O Nerval Cardoso que foi um embate difícil, mas aí nós já estávamos nos aproximando de 1982. Aí vamos nos engajar num movimento político, quais são os candidatos a Governador? Então iniciamos esta mobilização política. O Leôncio de Aguiar Vasconcellos estava por terminar o mandato. Entre 1981, eu fui eleito presidente. Uma votação muito expressiva, um apoio

18/ O Fluminense • Estado do Rio de Janeiro, terça-feira, 25 de novembro de 1980

O TRABALHO

Reivindicações na Justiça

Ministério Público realiza passeata e amplia movimento

A "vigília institucional" do Ministério Público, que já chega aos 15 dias, pode ser ampliada, paralisando completamente a Justiça do Estado, caso não haja uma solução para as reivindicações dos promotores e procuradores, depois da passeata a ser realizada às 14 horas de hoje, da porta da Procuradoria Geral do Estado até a Assembleia Legislativa. Antes, essa caminhada seria até o Palácio Guanabara, mas foi suspensa a tentativa de um encontro com o Governador Chagas Freitas na assembleia geral de ontem.

A caminhada até o Palácio Guanabara nunca ocorreu e o Governador Chagas Freitas a encaminhar mensagem ao Poder Legislativo propondo o adiamento dos vencimentos da classe e a equiparação com os vencimentos pagos à Magistratura. No entanto, essa caminhada mudou de rumo: ao invés de ser para o Palácio Guanabara, será feita até a Assembleia Legislativa, onde o Ministério Público pretende sensibilizar os parlamentares a intervir junto ao Governo e encontrar uma solução pacífica para o problema.



Comitê do Palácio Guanabara foi suspenso

O presidente da Associação do Ministério Público, Leôncio de Aguiar Vasconcelos, voltou a reafirmar ontem que a "vigília institucional" não significa nenhuma atitude de desrespeito à lei, à Procuradoria-Geral de Justiça ou ao Governo, uma vez que ela foi a fórmula encontrada pela classe para ser ouvida e ver seus problemas resolvidos sem que isto implique em desrespeito a quem quer que seja.

Leôncio de Aguiar Vasconcelos esclareceu que os promotores e os procuradores de

Justiça continuam confiante nas gestões que estão sendo desenvolvidas pelo Procurador-Geral de Justiça, Nelson Pecegueiro do Amaral, junto ao Governador Chagas Freitas, o que não lhes impede de, por outro lado, procurar outros meios para sensibilizar igualmente ao Governo.

Nerval Adolfo

A passeata dos promotores e procuradores se transformará, conforme previsto de profundos silêncios envolvidos, "na maior demonstração de que a classe perseguirá em seus objetivos". Realizará ainda, em uma paralisação geral da Justiça, nas audiências nas Varas de Família e Criminal que, até ontem, em Nilópolis, funcionaram normalmente, desde o dia 11 último, quando foi iniciada a "vigília institucional" da categoria.

O grande reflexo da "vigília institucional" da promotoria pública no Estado do Rio, deverá se agravar em Nilópolis somente hoje, com a adesão total dos 36 promotores à passeata. Nos 15 dias de duração — em regime integral — o Fórum niteroiense funcionou normalmente, porque os promotores adjacentes desempenharam normalmente suas funções. Também os processos envolvendo menores e réus reclusos não foram paralisados, sem, contudo, influenciar que os promotores participassem do movimento, nos momentos de folga. Os promotores encontraram ontem, no Fórum, resultados que até o momento o Governador do Estado concedeu à categoria, apenas uma mesa e quatro máquinas de escrever, entre as melhores condições materiais de trabalho reivindicadas.

Vigília Institucional - "O Fluminense" - Ocorrência 7 - 25/11/80

muito grande da classe que viu, naquele nosso movimento do Ministério Público, um movimento reformador, democrático, lúcido e institucional principalmente.

Biscaia: Em 1982 seriam as eleições para governador livres depois do período da ditadura. Os candidatos eram cinco: Moreira Franco, Sandra Cavalcanti, Lysâneas Maciel, Leonel Brizola e Miro Teixeira. Então vamos conversar com os cinco. Vamos convidá-los a vir à nossa associação. Então, ainda era lá...

M. Klang: Na Nilo Peçanha, 12?

Biscaia: Na Nilo Peçanha. Conversamos com todos, compareceram dos cinco, quatro, só o Miro que não. Os outros foram, conversamos e pedimos que eles assinassem um compromisso de escolher alguém da lista tríplice que nós iríamos preparar eleição para Procurador-Geral. Assinaram o compromisso, só que são as coisas da vida, as coisas da vida são essas. Quer dizer, passado o período eleitoral, outubro de 1982, eleito Brizola, aí já não se conseguia mais falar com ele. Aí o que nós vamos fazer para cobrar o compromisso dele escrito? É uma coisa muito difícil. Aí deliberamos adotar a questão do fato consumado. E assim foi feito. Abrimos as inscrições...



Lista Tríplice - "Tribuna da Imprensa" - 10/01/1983

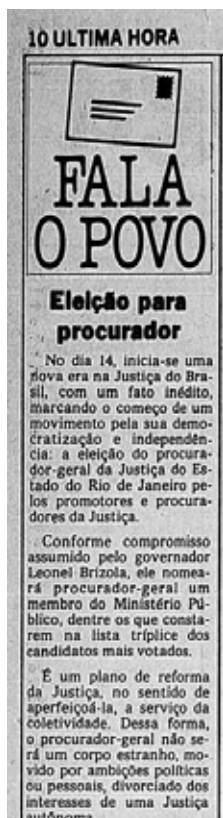
M. Klang: Porque não havia lei nenhuma que estabelecesse isso. Foi uma iniciativa nossa.

Biscaia: Era de fato a lista, quer dizer, não era nenhuma questão de direito. Não havia previsão, nós estávamos em 1982. Aí abrimos a inscrição com uma restrição: os candidatos teriam que se comprometer a cumprir o mandato integralmente e não pleiteariam vaga do quinto constitucional no Tribunal ou qualquer outro tribunal. Os candidatos assinaram o compromisso. Um se recusou e não foi candidato, mas os demais assinaram, aí o pleito foi realizado. A lista encabeçada por Nicanor Médici Fischer, em seguida Sávio Soares de Souza, e Vitor Soveral Junqueira Ayres. Os três, aí nesse momento, terminada a apuração, estavam os três, era lá na sede, aí conseguimos avisar a mídia e tal. O Brizola ainda não tinha definido ninguém do seu secretariado, os três foram fotografados e aí os jornais O Globo e o Jornal do Brasil na primeira página: “Um desses três será o procurador-geral de Justiça”.

M. Klang: Fato consumado!

Biscaia: Fato consumado. E assim o Fischer foi nomeado e a nossa relação avançou.

M. Klang: Eu estive recentemente no Arquivo Nacional e tive acesso a um livro chamado “Magistrados a Serviço do Rei: a administração da justiça e os ouvidores gerais na comarca do Rio de Janeiro”. É uma publicação do próprio Arquivo Nacional de 2005, foi um prêmio a publicação dessa obra de pesquisa. A autora chama-se Isabele de Matos Pereira de Mello e um determinado trecho que eu vou ler aqui, não se preocupe que não é longo, é um fragmento de uma correspondência do então governador do Rio de Janeiro de 1700 e alguma coisa, não sei exatamente o ano, mas é 1740, 1750; o nome do governador era Antônio de Brito Freire e Menezes dirigido ao rei de Portugal Dom João V. “Sobre a administração da justiça na cidade do Rio de Janeiro nas primeiras décadas do século XVIII”, aí ele diz assim: “A cidade de Sam Sebastião do Rio de Janeiro, opulenta mais que todas as do Brasil, por razão do seu longo e largo comércio e serem os seus gêneros os mais preciosos, acha-se em grande confusão, na administração da Justiça pela falta de ministros. Em toda a extensão desta capitania, e das outras que lhe são anexas, não há mais que dois Ministros; juiz de Fora, e Ouvidor-Geral, e não podem dar ambos expedição a todos os negócios; por serem as



Lista Tríplice
 “Última Hora”
 10/01/1983

causas cíveis muitas, e os crimes muito mais, de que resulta não se castigarem ainda os mais atrozes delitos e duram largo tempo as demandas cíveis”. Esse é um texto Setecentista (17___), passaram-se alguns anos, não é? O Brasil já não é mais... Eu tenho pra mim que essa carta poderia ser publicada na seção de cartas do “O Globo” e que iam achar que era uma carta escrita hoje, não é? Aí agora vem a pergunta, não se preocupe. Quando, em 1984, você assumiu o cargo de Procurador-Geral, havia um déficit de Promotores e foi nessa gestão que no final de 1985, no governo Brizola, começaram as investigações das organizações ilegais associadas ao Jogo do Bicho. Essas investigações geraram a ação penal número 28.104 – me corrija doutora Frossard se eu estou errado –, na qual, por sentença da juíza Denise Frossard, a cúpula do Jogo do Bicho foi condenada em 1993 durante a terceira gestão sua como Procurador-Geral. Eu peço para falar um pouco sobre isso e falar um pouco também qual foi a importância do cargo de Procurador-Geral ser por eleição e não mais por livre nomeação, já nesse momento quando da ação penal com a garantia prevista na Constituição Federal.

Biscaia: O primeiro mandato, que foi em 1984, fui nomeado para ser presidente da Associação, então ele [Brizola] não quis uma nova eleição quando o Fischer se afastou. Então fui convidado e a decisão do grupo foi que eu aceitasse o cargo. E assim foi. Foi um período muito difícil, mas porque eu era na realidade demissível *ad nutum*, quer dizer, a qualquer momento nomeou; eu era equiparado a um Secretário de Estado, mas cumpria as minhas atribuições. Mas nesse episódio, particularmente, foi em 1985 e me incomodava o jogo do bicho aberto daquela maneira, uma coisa intolerável! Nós tínhamos que agir de alguma maneira a esse respeito. E houve a gota d’água que foi a Rede Globo querendo “bater” no Brizola, fez uma reportagem em diversos pontos de apuração. Os bicheiros botaram umas máscaras e disseram “nós estamos informatizando, nós controlamos todos”, uma propaganda imensa! Aí eu disse: “Não dá mais!” Pedi a um assessor, Afrânio Silva Jardim, que elaborasse um parecer sobre o histórico do jogo do bicho e propusesse a instauração de dois inquéritos. Requisitasse dois inquéritos: um para apurar o jogo em si e outro para apurar os crimes de corrupção, homicídios... Homicídios, eram cerca de cem homicídios relacionados ao Jogo do Bicho. E aí a requisição foi encaminhada para a polícia civil. Arnaldo Campana, chefe da polícia civil. Ele, eu não sabia ainda que ele era ligado à máfia italiana do Jogo, mas naquela oportunidade devolveu dizendo que não ia acatar minha requisição porque isso não era prioridade. Eu insisti, devolvi: “Não estou perguntando sua

opinião, quero que os inquéritos sejam instaurados”. Ele foi então ao Governador se queixar e aí o Governador me chamou. Eu nunca vi, eu descrevo esse episódio, o Brizola era pessoa educada e muito, muito cordial. Foi a primeira vez que eu o vi ríspido!



[1984] – Cerimônia de Posse da 1ª nomeação como Procurador-Geral de Justiça. Dr. Fábio Coutinho, Dr. Nilo Batista e Dr. Biscaia

M. Klang: Irritado provavelmente?

Biscaia: Irritado. Quando eu cheguei, sentei, estava lá o Campana e Vivaldo Barbosa, “Dr. Biscaia, o senhor tem que mudar esse seu despacho.”, “O que é isso governador?”, “O senhor tem que mudar. O senhor quer que percamos a eleição?”. Saturnino Braga era candidato a prefeito do Rio de Janeiro, “Ele vai perder a eleição com essa devassa que o senhor está fazendo no Jogo do Bicho”. Eu disse: “Governador, eu não altero nada, o meu cargo o senhor pode me demitir a qualquer momento porque o cargo é seu” e saí. Quer dizer, dois dias depois no palanque de Saturnino Braga estava Castor de Andrade pedindo votos e dizendo: “Nós apoiamos

quem nos apoia”, era o discurso. Mas aí a minha demissão não saiu e esses inquéritos acabaram sendo instaurados em 1985 e ficaram lá... O Rafael Cesário lutando muito, mas nada feito, nada foi feito para apurar de 1985 a 1991!

M. Klang: Não sei o porquê, não sei, não consigo entender...

Biscaia: Seis anos e o inquérito nada. E o Rafael Cesário era de luta! Ele fez, mas olha, um momento lá: “Não aguento mais”. Ele cedeu a promoção: “Estou fora porque não dá, ninguém vai apurar nada”. Em 1991, quando eu voltei, aí já na outra situação, eleito depois da Constituição de 1988, com mandato, não podendo ser demitido, e aí disse: “Cadê aquele inquérito do Jogo do Bicho?” Foram localizar e aí a turma que está aqui também, meu fraterno amigo, meu chefe de gabinete à época, José Augusto Araújo Neto, vamos elaborar uma denúncia porque não dava pra ser por homicídio e tal e muito menos a notória corrupção não dava para comprovar. Ainda os inquéritos eram aforados, mas eram devolvidos muitas vezes sem intervenção do Ministério Público como de regra, não é? E aí...

M. Klang: Em todo inquérito não havia nada? Era um monte de papel carimbado?

Biscaia: Não, não. Tinha um delegado do bem lá ou tomava o depoimento de um delegado que não fosse comprometido, ele apontava nomes, mas uma coisa muito vaga. Até que se elaborou a denúncia por quadrilha armada. E a denúncia foi assinada por três colegas e encaminhada para a 14ª Vara Criminal. Quando chegou lá, o meu amigo Humberto Dequinóbio Batista, o juiz, “Biscaia, eu já sou cardíaco, como é que você faz uma coisa dessas comigo?”, “Eu só estou denunciando, nós estamos denunciando os 14 maiores banqueiros do Jogo do Bicho e pedindo a prisão preventiva de todos”.

M. Klang: Só?

Biscaia: Só.

M. Klang: Uma bobagem.

Biscaia: Mas ele, coitado, não tinha condições. Ele pediu licença. Aí eu fui verificar, eu não sabia, foi a, hoje desembargadora, Rosita que

recebeu a denúncia. Ela estava lá como substituta, mas não quis decretar a prisão. E depois, logo isso aí foi em 1991. Em 1992, assumi a 14ª Vara a nossa querida amiga Denise Frossard e ela conduziu a instrução criminal com firmeza, quer dizer, ela começou a controlar aquela bandidagem. Teve uma ocasião em que eles foram lá pra ouvir depoimentos e era aniversário de um deles. Levaram um bolinho e cantaram parabéns, cantaram parabéns do lado de fora!

M. Klang: Ah, do lado de fora?

Biscaia: Do lado de fora... Também não foi na sala de audiência com a Denise. Era demais!

M. Klang: Essa eu não sabia.

Biscaia: Quer dizer, eles estavam acintosos, ninguém acreditava em nada e as coisas se agravando cada vez mais. Aí eles chegavam com seguranças, eram policiais, alguns subiam para a audiência e outros ficavam do lado de fora. Mas aí a Denise soube que tinham seguranças armados do lado de fora e mobilizou, eles foram presos em flagrante e aí eles pensavam que iam comemorar alguma coisa e tal... Já decretou a prisão; naquele momento, eles foram presos nesta audiência e aí em uma semana veio a sentença. Sentença primorosa sob todos os aspectos, condenando-os a três anos, qualificado por [armado], a seis anos de reclusão.

M. Klang: A gente poderia dizer, não é Biscaia? Sem nenhum risco de estar longe da realidade, que essa iniciativa do Ministério Público do Estado, comandado por você à época e a decisão firme do Poder Judiciário, à época representado pela Dr.ª Denise, foram as duas posturas institucionais... Teriam sido assim a antessala da atual operação Lava Jato. Porque também havia ali um enfrentamento das autoridades, porque eles eram autoridades de fato evidentemente, não de direito e, havia um envolvimento também de uma estrutura toda naquele... Então era uma Lava Jato já incipiente. Foi assim, quebrassem o gelo, concorda com isso?

Biscaia: Sim, sim. Embora, eu ache que aí ainda, eles já estavam condenados cumprindo pena. E a Denise Frossard ficou uma referência nisso pela coragem da coordenação por tudo aquilo e pessoas que a procuraram. Uma dessas pessoas era o Ronaldo que

era contador lá do Jogo do Bicho. Ao que consta, ele teria dado um desfalque lá no Castor de Andrade e pra não morrer resolveu se entregar e falar. Procurou a Denise e a Denise indicou: “Procura o Dr. Biscaia”. Quer dizer, aí ele não queria, “mas eu já vim aqui até a senhora”. Aí tomaram, os depoimentos foram tomados; ele indicou vários locais das apurações e aí se organizou uma operação para estourar as fortalezas em Bangu. Isso aí foi dia 29 de março de 1994. Quer dizer, tem um coronel da polícia Militar que foi indicado pelo coronel Cerqueira, coronel Marcos Paes com policiais militares de confiança. Aí obtivemos no segundo tribunal do Júri sempre em homenagem às mulheres, Maria Lúcia Capiberibe que não está entre nós, ela expediu um mandado de busca e apreensão. Ela apenas disse aos colegas que foram conversar com ela: “Eu estou aqui autorizando busca e apreensão em todos esses endereços, agora eu não quero que os mandados sejam datilografados aqui porque eu não confio. Eu vou entregar aqui, vocês datilografem lá na sala do Procurador-Geral e tragam de volta pra eu assinar”. E assim foi feito, desencadeou-se a operação e tudo aquilo foi apurado. Nessa listagem, quer dizer, as pessoas mais variadas.

M. Klang: De todos os “envolvimentos”.

Biscaia: Duzentas pessoas entre policiais civis, militares, políticos e até o vice-governador que iria assumir o governo. Brizola ia sair pra ser candidato e o Nilo Batista assumiria o governo no dia 02 de abril. O vazamento não foi do Ministério Público. Quero deixar isso muito claro porque é verdade. Nós tivemos, quer dizer, o delegado da 14ª se recusou a registrar os promotores, que foram são vários: Jatahy, Antônio José, Marcos Ramayana, Mendelssohn, Cláudio Lopes; eles foram todos lá e houve recusa em registrar. Aí o material veio para o quartel central da polícia militar. Aí tomamos conhecimento de todo material apreendido, mas as cópias não foram vazadas pelo Ministério Público até porque queríamos investigar um pouco mais. Só que o vazamento ocorreu. Eu atribuo a um coronel da própria Polícia Militar, considerando uma disputa interna de poder na cúpula da PM. Ele conseguiu uma cópia e vazou. Os jornais todos, quer dizer, no dia 02 de abril, que era a posse do Nilo Batista como governador e eu iria, os jornais todos “governador está na lista do bicho”. Eu fui à Assembleia porque evidentemente era o Procurador-Geral de Justiça, mas o constrangimento foi grande e os correligionários do PDT... Faltou pouco para me agredirem me responsabilizando por aquilo, evidentemente. Nesse episódio, eu vou ainda colocar, esse episódio,

o desdobramento foi muito grande pelas pessoas que tiveram os seus nomes divulgados; houve uma tentativa de *impeachment* na Assembleia. Instauraram um processo porque queriam me afastar do cargo, mas aí houve uma reação da sociedade, houve uma missa na São José, houve uma passeata e aí meio que reverteu e o impedimento não se concretizou. Então, os dois episódios são marcantes pra evidenciar a necessidade do Ministério Público agir com absoluta imparcialidade e independência, encontrando magistrados que apoiem essas iniciativas.

M. Klang: Por que você resolveu concorrer ao cargo de Deputado Federal?

Biscaia: Eu nunca me deixei seduzir pelo poder judiciário. Eu era vocacionado às questões mais da atividade... Minha atividade política que foi desenvolvida durante muitos anos dentro do Ministério Público. E aí eu achei que poderia prosseguir minha trajetória lutando por princípios e valores em que eu sempre acreditei no exercício de um mandato parlamentar. Ingressei no Partido dos Trabalhadores pela questão fundamental da ética. A questão ética era a grande bandeira e por esta razão fundamentalmente fui e, em 1998, fiquei na primeira suplência, mas assumi o mandato logo depois. O exercício do mandato parlamentar, eu acho que o legislativo é essencial. É importante que o Ministério Público tenha consciência disso. Hoje, a bancada da bala, dos delegados, dos policiais militares já tem cerca de 50 parlamentares. E estão fazendo campanha para que mais se elejam e o Ministério Público hoje está proibido de exercer atividade político partidária.



Dr. Antônio Carlos Silva Biscaia - Acervo Pessoal

Será que esta decisão foi correta? Uma questão para reflexão. Exerci meu mandato, como sempre procurei, dentro dos meus princípios e valores. Presidi a *CPI dos Sanguessugas*, que apurou a corrupção de inúmeros parlamentares, presidi a *Comissão de Constituição e Justiça* e, na questão dos projetos em si, você ainda que seja um parlamentar, a Denise Frossard foi minha colega na *Comissão de Constituição e Justiça*, ainda que seja um, você consegue ter um determinado trabalho. Você pode se posicionar contra iniciativas absurdas! Você pode pedir verificação de quórum, você tem projetos. A bancada da bala, eu sou rigoroso no sentido do desarmamento. Eu acho que ninguém deveria ter arma de fogo, eu defendia isso, mas as propostas esdrúxulas eram apresentadas e você conseguia enfrentá-las. E eu consegui, pelo menos, aquilo que é muito difícil, duas propostas de minha iniciativa têm a aprovação. Uma foi aquela que acabou com a prescrição retroativa e a outra, alteração da Constituição, a PEC do divórcio. Então foi uma PEC que também consegui aprovar.

Desembargador José Muños Piñeiro Filho: Colegas, Denise, é sempre bom vê-la, amigos aqui do Ministério Público, mais uma vez parabeno o Klang por esse projeto, essa continuidade e, antes de homenagear o Biscaia, quero dizer que você foi muito feliz numa comparação, já que aqui foi citado. A prisão decretada por Denise a pedido de Biscaia e do Ministério Público, José Augusto presente, porque você fez o *link* atual com a Lava Jato e que hoje já não é mais surpresa para a sociedade quanto um grande político, mesmo um ex-presidente de câmara, é preso. Tornou-se lugar comum. Não era! Naquela época, eu me lembro de quando eu era Promotor do Segundo Tribunal do Júri e Denise Frossard usava as instalações do Júri. À época, era presidido por Maria Lúcia Capiberibe e Moacir Pessoa Araújo, irmão de José Augusto. Então lá estávamos assistindo à audiência quando Denise decretou a prisão e os contraventores saíram presos do plenário do Segundo Tribunal e, uma jornalista, Denise e Biscaia irão se lembrar disso, registrou o seguinte “eu não imaginava que viveria para ver uma cena dessas”. Isto em 1993 e é algo que se vê hoje na Lava Jato. Bom, eu quero parabenizar a escolha de Biscaia para ser homenageado, registrar a sua história. História que, institucional e política, por todos é conhecida e só engrandece o Ministério Público. Conheci Biscaia quando ingressei no Ministério Público, em 1983. Eu, Leonardo Chaves, Maria Helena Biscaia, tenho a honra de ser do mesmo concurso, e você, Biscaia, nos recepcionou como presidente da Associação do Ministério Público. Numa audiência por você presidida, recebemos a insígnia que, com muita honra, até hoje a temos. Porém, eu gostaria de fazer uma

pergunta, ou melhor, que você narrasse para nós uma conquista institucional. A sua trajetória como promotor atuante, como procurador e como político, essa até em parte já está registrada. É que, até 1988, os promotores e procuradores atuavam, ou seja, o Ministério Público Brasileiro, sem autonomia financeira orçamentária; já havíamos tido autonomia funcional, a independência funcional. É claro que até 1988 o Ministério Público existiu mesmo sem ter essa autonomia e isso era muito difícil. Porém, veio a Constituição de 1988 nos dando a autonomia orçamentária, financeira e administrativa e você foi o primeiro Procurador-Geral no Brasil que, quando o governo do estado se recusou a passar a dotação...

M. Klang: Do Duodécimo.

Desembargador José Muiños Piñeiro Filho: Do nosso duodécimo, ingressou, aforou um mandado de segurança, inclusive requerendo a prisão do então secretário Cibilib Viana. Isso é um movimento importantíssimo que tem que ser sempre lembrado.

M. Klang: Inédito também.

Desembargador José Muiños Piñeiro Filho: Inédito e eu pediria que você registrasse para nós mais esse momento.

M. Klang: Muito bem lembrado.

Biscaia: Eu acho que essa questão, nosso querido desembargador José Muiños Pinheiro, quando eu assumi em 1991, em março eu verifiquei que, embora a Constituição fosse de 1988, a estadual fosse de 1989, em 1991 ainda não havia a nossa autonomia administrativa e financeira. As nomeações, promoções, iam lá pro Palácio para que o governador as fizesse. Os recursos eram quase nenhum, raríssimos. Quer dizer, houve momentos de pagar conta com cheque do Procurador-Geral para que não fosse cortada a luz! Mas aí eu fui ao Governador Brizola na época e mencionei tudo isso. Ele disse: "Dr. Biscaia, esta autonomia é relativa", eu disse: "Não é relativa, Governador, não é relativa. Isso aí é um preceito constitucional, federal e estadual". Depois de argumentar, ele disse: "Então o senhor me dá um tempo, eu estou assumindo agora, dá um ano". Eu, em 1991, aguardei; em 1992, fui logo em janeiro cobrar a promessa, em 1992, um ano depois. "Governador, a nossa autonomia, já estávamos

preparados, já tínhamos computador por informatização, das folhas de pagamento assim por diante”. Aí ele chamou o chefe da Casa Civil, eu vou dizer Carlos Roberto Siqueira Castro, hoje é advogado famosíssimo, era do Ministério Público Federal, mas embarreirou isso. Falou: “Não, o Biscaia vai criar problema”, quer dizer, ele, do Ministério Público, foi contra! Aí eu disse: “Está bem, não vai ser concedida? Eu vou para o judiciário!” E assim foi, elaboramos um mandado de segurança, o desembargador Elis Figueira concedeu a liminar. Concedida a liminar, foi intimado o secretário da fazenda Cibilib Viana para que repassasse o recurso do duodécimo. Aí aquilo, Pinheiro, aquela dúvida, se chegasse no dia tal e ele não repassasse, qual era a minha situação? Um crime de desobediência? Quer dizer, então eu passei momentos de extrema tensão. Será que vai ser cumprido ou não? Porque eles podiam usar argumentos “por que que eu vou passar um recurso para o Ministério Público quando os professores precisam mais?”, tinha havido greve de professor: “por que que eu vou passar para o Ministério Público?”. Mas a ordem foi cumprida e de lá pra cá as questões se consolidaram.

M. Klang: Mas também foi um marco, criou um marco, não é?

Biscaia: Foi. E a partir daí, eu creio que com todas as dificuldades a instituição pode exercer seu múnus com independência porque os recursos lhes são repassados. E as nomeações também, porque senão chegava lá, como houve em outras épocas, faz um concurso, aprova trinta, vai ao governador e [diz-se] “não, não. Vou nomear só dez.”, “mas tem quarenta vagas e passaram trinta.”, “não, não. Nomear só dez.” Agora não, isso aí...

M. Klang: Quer dizer, o Procurador-Geral não tinha exatamente a gestão, não é?

Biscaia: Não. Agora não há dúvida que isso está plenamente assegurado. Então são duas questões: primeiro, a bandeira da eleição e, segundo, a autonomia financeira.

David: Boa tarde, meu nome é David Farias, sou Promotor de Justiça, sou do Segundo Tribunal do Júri e assessor da Corregedoria atualmente. Dr. Biscaia, é uma honra estar aqui, o senhor é uma referência. Eu queria fazer uma pergunta para o senhor de um

tema da sua gestão que é importante no Ministério Público, a questão da criação das Centrais de Inquérito. Em 1991, o desembargador [Onício] baixou um provimento determinando que não se distribuíssem mais inquéritos que não fossem por autos em flagrante nem com medida cautelar. Na mesma data, o senhor editou uma resolução como Procurador-Geral regulamentando a questão da atribuição dos Promotores de Justiça com atribuição por [promotoria] de investigação penal. Desde 1991 até recentemente, muita coisa foi feita e, há um tempo, salvo engano, acho que uns dois ou três anos o senhor também atuou numa comissão, que, entre outras coisas, disciplinou a questão das delegacias de acervo cartorário e da tramitação virtual. Então queria que o senhor, se pudesse, expusesse esse fato.

Biscaia: Muito obrigado David. Também é outro aspecto importante, quer dizer, nós, ao assumirmos, o meu fraterno e saudoso amigo que quero homenagear, Luiz Otávio de Freitas, ele já tinha elaborado um projeto para que o Ministério Público assumisse as investigações, é outra bandeira além da eleição, além da autonomia, o poder investigatório. Essa, para mim, é uma questão essencial. Sempre foi e o Luiz Otávio preparou um projeto nesse sentido, mas nós queríamos executá-lo, aplicá-lo, progressivamente. Só que entrou o desembargador e baixou este provimento: “A partir do dia 1º de maio, não serão mais aforados os inquéritos policiais”. E aí vão ser encaminhados diretamente ao Ministério Público. Como é que vamos enfrentar essa questão? Fomos lá conversar e ele falou: “Não, é decisão, o poder judiciário não é destinatário de procedimento de natureza administrativa. Aqui só medidas de natureza coercitiva, autos de prisão em flagrante, buscas que dependam da intervenção do judiciário. Inquérito é com o Ministério Público”. Eu digo: “Mas não estamos preparados” e a resposta foi: “lamento muito”. E aí decidimos implantar, com extrema dificuldade, as Centrais de Inquérito. A primeira Central aqui na capital, a segunda em Niterói, num prédio das secretarias velho em frente ao antigo fórum, quer dizer, os Promotores que para lá foram tinham que varrer o chão e, uma terceira em Nova Iguaçu, uma salinha também foi preparada. Então foram as três centrais e evidentemente que aqueles, pelo interior do estado todo, a promotoria criminal era também a central de inquérito, mas tinha que ter livro de recebimento. Organizamos tudo isso e aí houve a reação policial, não queriam encaminhar ao Ministério Público. Então a reação foi muito grande, foi contornada com dificuldade, eles no fim encaminhavam, mas botavam na forma

do artigo 10: “Encaminho ao juiz das centrais de inquérito”. Não tinha juiz das centrais de inquérito e isso aí foi 1991, 2001, 2011, vinte e sete anos depois. David, eu acho que temos que fazer o que já está sendo feito, uma reflexão muito grande sobre isso. Eu, as nossas Centrais hoje constituem o “calcanhar de Aquiles” do Ministério Público. Nós temos que aprimorar pra sustentar essa função essencial. Porque essas questões graves que não são investigadas não podem ter como responsáveis exclusivamente as instituições policiais. O Ministério Público tem uma responsabilidade imensa nisso e esta tramitação virtual, eu não sou muito dessa geração, ao contrário, eu sou da outra, as coisas evoluem. Agora o delegado apertar um botão, pedir 180 dias, aí alguém do gabinete do promotor, de acordo, concede 180 dias, esse é um problema muito sério. Então isso já foi reformulado e tem que ser mais reformulado. E [SIAQUE] da mesma maneira. Então eu acho que agora existe uma comissão com um trabalho muito bem elaborado que já está no planejamento, eu não tenho dúvida que modificações devam e serão implantadas.

Leonardo de Souza Chaves: Bom dia a todos e a todas. A minha saudação ao Márcio Klang e ao Dr. Biscaia. Eu sou Leonardo Chaves. Eu não vou fazer perguntas Biscaia, mas eu tenho um dever histórico de fazer um registro. É que afora toda essa sua atividade incansável, em defesa da lei e do exato cumprimento do dever legal, existe um aspecto de atividade do Ministério Público que você sempre batalhou que é a defesa dos direitos humanos. Nesse sentido, a Assessoria dos Direitos Humanos, criada lá nos anos 1983, teve uma atuação no fim da ditadura militar de uma forma exuberante e por isso mesmo muito polêmica. Apreendemos telefones de tortura, aparelhos de tortura; liberamos africanos que estavam presos em navios aqui na costa, porque a Polícia Federal e o Ministério Público Federal se recusavam, à época, a agir. Denunciamos delegados de polícia torturadores, flagramos, Dr.^a Vanda flagrou. Em homenagem a homens como Cláudio Ramos, Luiz Fernando de Freitas Santos e mulheres como Vanda Menezes Rocha, além de outros como o Hugo Jerk, Pinheiro, Celso Fernando de Barros, Vera Leite, Maria do Carmo Casanova, são pessoas que tiveram e têm, especialmente Cláudio Ramos, Luiz Fernando de Freitas Santos e Vanda Menezes Rocha, nomes escritos no Ministério Público como defensores primorosos dos direitos fundamentais, era isso.

M. Klang: Muito obrigado.

Biscaia: Muito obrigado. Excelente intervenção Leonardo, é isso mesmo. O exercício das atividades com respeito absoluto à dignidade da pessoa humana. Esta preocupação sempre esteve naquela oportunidade quando criamos a Coordenadoria de Defesa dos Direitos Humanos, que também sofreu o enfrentamento da Polícia à época, eu não me lembro quem era o chefe da polícia, mas baixou um ato proibindo a entrada de Promotores em delegacias de polícia.

M. Klang: Que espetáculo! O promotor não pode “promotorar”.

Biscaia: Proibiu. Quando eu disse que vai ter um promotor para ver os abusos, as violências em cada delegacia, baixou “não entra mais”. Então...

Denise Frossard: Bom, da minha parte também não é propriamente uma pergunta, ou [mais] de uma pergunta, mas é um depoimento rápido porque Biscaia e eu vivemos momentos ímpares juntos e tivemos que enfrentar juntos momentos difíceis nas nossas respectivas profissões e depois, também, no parlamento. Mas vamos nesse momento do Ministério Público... Biscaia, você fez uma série de considerações e eu devo dizer a você que eu fiquei apavorada quando eu recebo aquela denúncia, que eu sei que foi elaborada também pelo nosso José Augusto. Mas quando eu olhei três nomes, três promotores assinando aquela denúncia, eu disse: “Meu Deus! O que é isso?” Eu nunca tinha visto isso na minha vida, geralmente vinha um Promotor só, não é?! O promotor vinha, assinava e tal. Quando eu vi três eu disse: “Isso é muito grave!”, eu disse: “Mas o que é isto que está na minha mão? É uma granada? O que é isto?”. Eu não conhecia aquelas pessoas e aos poucos eu fui sabendo do que se tratava, passei por aquilo tudo e eu queria deixar claro aqui neste registro que se faz da sua vida profissional, a tranquilidade que foi saber que era você que estava ali firme por trás. Foi uma tranquilidade! Foi uma tranquilidade para mim que era uma juíza nova, não tinha... Inclusive era substituta! Eu nem era titular, quer dizer, a qualquer momento eu podia ser movida. Não fui. Porque existia naquele momento na presidência do tribunal um presidente da lavra de um Antônio Carlos Amorim. Mas enfim, eu quero deixar claro que o fato de você estar ali e aquela firmeza do Ministério Público deram ao judiciário a certeza do Ministério Público forte do lado e, a partir daí, naturalmente, a importância para o judiciário do Ministério Público forte, do Ministério Público sério do seu lado e

tomando as suas atitudes, as atitudes que devem ser tomadas. Mas que bom, Biscaia, que bom que você existe. Que bom, Márcio, que exista um projeto deste dentro do Ministério Público. Muito obrigada.

Biscaia: Ela, como eu, passamos por três fases que as pessoas agem com correção e independência em um caso dessa importância. A primeira fase é a tentativa de cooptação ou de corrupção. Aconteceu comigo, o presidente da Assembleia, o deputado José Nader, foi ao meu gabinete e me ofereceu um milhão. Depois, não consegue corromper, passa à intimidação, às ameaças constantes que em alguns momentos... Vamos dizer, uma carta com uma caveira, isso não é nada, mas têm alguns episódios mais concretos que também não temos condição de mencionar, mas que indicam que as ameaças eram sérias. E a terceira fase é a tentativa de desmoralização. Então, você [Denise Frossard], como eu, tivemos essas três fases na luta dentro desse processo.

Ertulei Laureano Matos: Eu quero me aproximar do Biscaia por uma razão muito simples. O Biscaia, pra mim, é a pessoa mais importante do Ministério Público Brasileiro. É lenda. Uma lenda viva do Ministério Público e, sobretudo, um homem de caráter inabalável, um homem correto, um homem sério e um homem de coragem. Não se faz isso todos os dias. E nós saímos com a



Talk show – Dr. Biscaia e Dra. Denise Frossard

certeza que você tinha construído com a sua liderança o maior Ministério Público da história brasileira até aquele momento. Você foi o primeiro Procurador-Geral de Justiça que saiu na capa da *Veja* por atos de importância, atos de um homem de coragem, de honestidade. Eu sou orgulhoso de ser seu amigo, é só isso.

Pedro Elias Erthal Sanglard: Bom dia a todos. Eu conheço o Biscaia desde a época de OAB, não é? Na comissão universitária, enquanto estagiário, começamos lá uma amizade. Mas eu quero dizer que o Biscaia é realmente de suma importância para os novos, por isso que nós criamos na Corregedoria o Conselho de Decanos, da qual o Biscaia é membro e já teve a oportunidade de falar para os novos exatamente sobre essa questão da investigação do Ministério Público e das centrais de inquérito. Mas eu gostaria de saber sua opinião sobre o nosso momento atual em termos de Ministério Público. Biscaia, como é que você vê hoje o futuro do Ministério Público? Obrigado.

Biscaia: Pedro, evidentemente a instituição tem um grande apoio da sociedade, isso é essencial. Então ela tem que agir com absoluto rigor para que o Brasil deixe de ser o país da impunidade. Ela tem que ter preocupação com a dignidade da pessoa humana sempre. É o aspecto talvez mais delicado, mas dele não se pode abrir mão. O enfrentamento do crime organizado com respeito da dignidade



Dr. Biscaia na capa da revista "Veja" e ao lado do Dr. Márcio Klang

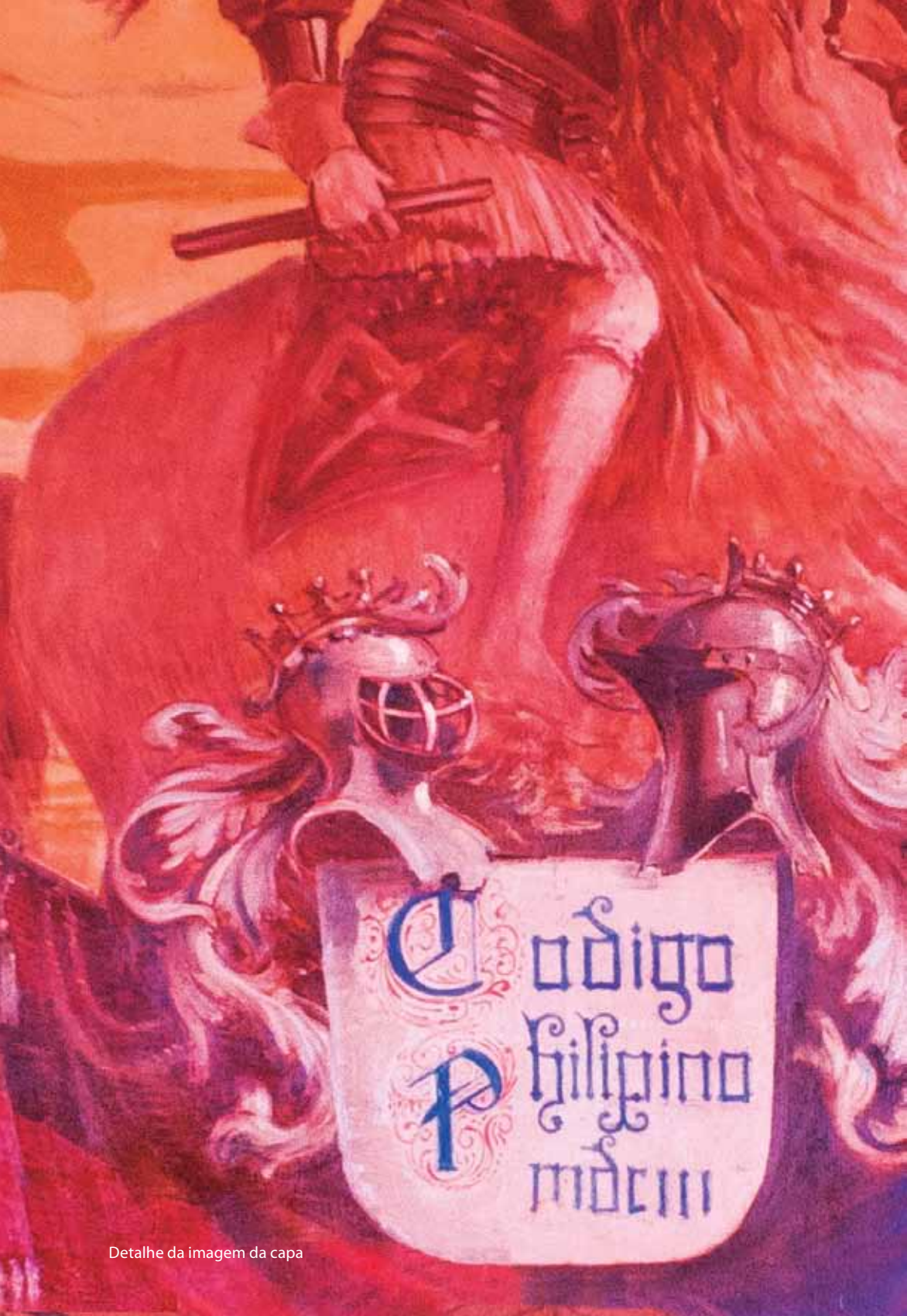


Talk show – Dr. Pedro Elias Erthal Sanglard

da pessoa humana e esta deve ser a nossa bandeira. Por outro lado, nós temos que enfrentar essa campanha com absoluta honradez e cabeça erguida. O Ministério Público agindo dessa maneira está assim. Eu enfrentei lá, muitas vezes, tentativa da lei da mordça. Nós enfrentamos, Denise, querem calar o Ministério Público, quer dizer, uma coisa absurda. Outras iniciativas, daquilo que são dentro da atuação dos direitos difusos, transferiam a presidência dos inquéritos civis para delegado de polícia. Tem várias iniciativas já, temos que enfrentar todas! E com relação a essas questões que envolvem os direitos e garantias e vencimentos, eu também defendo que a Constituição seja cumprida, que haja correção como todas as instituições. Temos que ter autoridades no poder judiciário do Ministério Público que digam “a Constituição prevê que os vencimentos sejam reajustados”, é isso que nós devemos lutar e não defender questões que muitas vezes são indefensáveis. Decorridos 30 anos da Constituição de 1988, o Ministério Público cumpriu um mandato social que recebeu do povo brasileiro. É um mandato. O povo brasileiro conferiu um mandato, quando deu aquela estrutura de atribuições que são ímpares em todo o mundo. Não há no mundo civilizado um Ministério Público com tamanhas atribuições. Nós somos privilegiados, em primeiro lugar, por concluirmos um curso superior no nosso país, que é uma minoria privilegiada. Mais privilegiados por ingressar numa instituição como

essa agora, isto significa uma responsabilidade social imensa em um país injusto, desigual, corrupto e violento. Nós temos que ter consciência disso. Então temos que permanentemente cumprir nossas atribuições com essa consciência.

M. Klang: Gente, eu queria agradecer a presença de todos, ao Biscaia... A todos que estão aqui presentes: muito obrigado!



Detalhe da imagem da capa

The background of the page is a stylized illustration. On the left, a figure is shown from the waist up, wearing a red tunic and a blue skirt. The figure's right hand holds a sword with a long, pointed blade, and the left hand holds a battle-axe with a curved blade. The figure's face is partially visible, showing a red mask or helmet. The background is a warm, orange and red sunset or sunrise over a body of water, with a large, bright sun or moon in the upper left. The overall style is reminiscent of a woodcut or a stylized painting.

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

• • •

***HABEAS CORPUS* Nº 138.092 / RIO DE JANEIRO**

06/02/2018

PRIMEIRA TURMA

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. ROBERTO BARROSO

PACTE.(S): AXEL RIPOLL HAMER

IMPTE.(S): MANUEL DE JESUS SOARES

ADV.(A/S): NÉLIO ROBERTO SEIDL MACHADO

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* ORIGINÁRIO. LAVAGEM DE DINHEIRO PROVENIENTE DE CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica, no sentido de que o “processo e julgamento do crime de lavagem de dinheiro é regido pelo Princípio da autonomia, não se exigindo, para que a denúncia que imputa ao réu o delito de lavagem de dinheiro seja considerada apta, prova concreta da ocorrência de uma das infrações penais exaustivamente previstas nos incisos I a VIII do art. 1º do referido diploma legal, bastando a existência de elementos indiciários de que o capital lavado tenha origem em algumas das condutas ali previstas” (HC nº 93.368, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma).

2. Situação concreta em que o paciente – envolvido no escândalo que ficou conhecido como “Propinoduto” – foi condenado pelo crime de lavagem de dinheiro, tendo por delitos antecedentes a prática de crime contra a administração pública e a prática de crime de organização criminosa. Circunstância que não autoriza o reconhecimento da atipicidade da conduta.

3. Ausência de ilegalidade flagrante ou abuso de poder que autorize o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva ou que impossibilite a execução provisória da pena. Precedentes.
4. Ordem denegada, revogada a liminar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a presidência do Ministro Alexandre de Moraes, na conformidade da ata de julgamento, por maioria de votos, em denegar a ordem e revogar a liminar anteriormente deferida, nos termos do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, Redator para o acórdão, vencido o Ministro Marco Aurélio, Relator.

Brasília, 20 de fevereiro de 2018.

MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO
Redator p/ o acórdão

10/10/2017
PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS Nº 138.092 / RIO DE JANEIRO
RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO
REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. ROBERTO BARROSO
PACTE.(S): AXEL RIPOLL HAMER
IMPTE.(S): MANUEL DE JESUS SOARES
ADV.(A/S): NÉLIO ROBERTO SEIDL MACHADO
COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Adoto, como relatório, as informações prestadas pelo assessor Dr. Rafael Ferreira de Souza:

O Juízo da Terceira Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro/RJ, no processo nº 2003.51.01.500281-0, condenou o paciente a 14 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 120 dias-multa, ante a suposta prática das infrações descritas nos artigos 1º, inciso V (lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores provenientes de crimes contra a Administração Pública), da Lei nº 9.613/1998; 22, parágrafo único (evasão de divisas), da de

nº 7.492/1986; 1º, inciso I (prestar declaração falsa às autoridades fazendárias), e 3º, inciso II (exigir vantagem para deixar de lançar tributo), da de nº 8.137/1990, combinados com o 71 (em continuidade delitiva), do Código Penal.

Em apelação, a defesa arguiu a ausência de justa causa para o oferecimento da peça acusatória e a irregularidade de documentos enviados pela Suíça, constantes do processo. Alegou a atipicidade da lavagem de dinheiro. O Ministério Público buscou a reforma da absolvição pela infração do artigo 288 (formação de quadrilha), vigente à época, do Código Penal e o aumento das penas. A Primeira Turma Especial do Tribunal Regional Federal da 2ª Região deu parcial provimento ao recurso da defesa para reconhecer a inépcia da denúncia no que se refere ao crime de exigir vantagem para deixar de lançar tributo, versado na Lei nº 8.137/1990. Proveu, parcialmente, a apelação do Órgão acusador para condenar o paciente, por formação de quadrilha, a 2 anos e 6 meses de reclusão. Majorou a sanção, relativamente, ao branqueamento de capitais, em razão de tratar-se de ex-servidor público da Receita estadual, bem como quanto à evasão de divisas, tendo em vista a culpabilidade exacerbada, estabelecendo-a em 6 anos de reclusão. Fixou a pena, ante o somatório, em 14 anos e 6 meses de reclusão e 135 dias-multa.

Em Recurso Especial – de nº 1.170.545/RJ –, pretendeu-se o reconhecimento de atipicidade no tocante à formação de quadrilha. Alegou-se violado o princípio da legalidade quanto ao delito de branqueamento de capitais, uma vez ausente previsão legal, à época dos fatos, do conceito de organização criminosa. Postulou-se a declaração da extinção de punibilidade relativamente à evasão de divisas e à prestação de declarações falsas à autoridade fazendária. A Sexta Turma deu-lhe parcial provimento para assentar extinta a punibilidade do paciente no que diz respeito às infrações previstas nos artigos 22, parágrafo único (evasão de divisas), da Lei nº 7.492/1986, e 1º, inciso I (prestar declaração falsa às autoridades fazendárias), da de nº 8.137/1990. Manteve a condenação pelo delito do artigo 288 (formação de quadrilha ou bando) do Código Penal e, no que concerne ao crime de lavagem de dinheiro, consignou que a falta de descrição normativa do conceito de organização criminosa, quando da prática da conduta, impede o reconhecimento dessa figura como crime antecedente da lavagem de dinheiro, afastando a incidência do inciso VII do artigo 1º da Lei nº 9.613/1998. Também manteve a condenação pela infração ao artigo 1º, fazendo incidir o inciso V (lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores provenientes de crimes contra a Administração Pública) da Lei nº 9.613/1996,

tendo como crime antecedente aquele previsto no artigo 3º, inciso II, da Lei nº 8.137/1990, em razão do qual condenado o paciente em primeira instância. Asseverou que o reconhecimento da inépcia da inicial quanto à imputação do crime antecedente não conduz ao da atipicidade da lavagem de dinheiro, afirmando ser considerado autor do delito de branqueamento de capitais aquele que, de alguma forma, concorre para a ocultação ou dissimulação do lucro proveniente da atividade delituosa. Destacou remanescer, para parte dos corréus, a condenação pela infração prevista na Lei nº 8.137/1990. Reduziu a pena para 5 anos e 6 meses de reclusão e 55 dias-multa.

Em 27 de outubro de 2015, ao apreciar segundos embargos de declaração, proclamou a prescrição da pretensão punitiva no tocante ao delito de quadrilha.

No exame dos terceiros declaratórios no recurso especial, em 18 de outubro de 2016, deferiu o pedido de execução antecipada da sanção, determinando a imediata prisão do paciente. Delegou, ao Tribunal local, a realização dos atos de expedição do mandado e de guia de recolhimento provisória.

O impetrante reitera os argumentos expendidos anteriormente. Sublinha ter o Tribunal Regional Federal, no julgamento da apelação, assentado ser o crime antecedente ao de lavagem de dinheiro o previsto no artigo 288 do Código Penal, entendendo incidir a previsão do inciso VII (organização criminosa) do artigo 1º da Lei nº 9.613/1998. Conforme salienta, o Superior Tribunal de Justiça cometeu ilegalidade ao concluir que a ausência da tipificação da organização criminosa não acarreta a atipicidade do delito de lavagem de dinheiro, pelo qual condenado o paciente, enfatizando remanescer, de qualquer forma, como crime antecedente, o do artigo 3º, inciso II, da Lei nº 8.137/1990, admitido como tal no inciso V (contra a Administração Pública) do artigo 1º da Lei nº 9.613/1998. Articula com o fato de o Regional haver considerado inepta a denúncia quanto à infração versada no artigo 3º, inciso II, da Lei nº 8.137/1990. Ressalta a atipicidade do delito de branqueamento de capitais, dizendo inexistir, à época dos fatos, legislação definindo o crime antecedente – organização criminosa. Ressalta ter-se operado a prescrição, considerado, com relação à pena alusiva à lavagem de dinheiro – 5 anos e 6 meses, prescrevendo em 12 anos –, o marco interruptivo último da sentença condenatória, em 31 de outubro de 2003.

Requeru, no campo precário e efêmero, a expedição de contramandado de prisão, para suspender a execução provisória da pena. No mérito, postula o reconhecimento da insubsistência do acórdão proferido no Recurso Especial nº 1.170.545, afastando-se a

condenação pelo crime de lavagem de dinheiro. Sucessivamente, busca seja declarada a prescrição ante a extinção da punibilidade do paciente no tocante à imputação de lavagem de dinheiro.

Vossa Excelência, em 1º de dezembro de 2016, acolheu o pedido de concessão de medida acauteladora para suspender a execução provisória do título condenatório.

A Procuradoria-Geral da República manifesta-se pela reconsideração da liminar implementada. No mérito, opina pelo indeferimento da ordem.

Consulta ao sítio do Superior Tribunal de Justiça, em 19 de setembro último, revelou terem sido desprovidos, em 27 de junho de 2017, os quartos embargos de declaração no Recurso Especial nº 1.170.545/RJ. O processo foi encaminhado ao Supremo, em 22 de agosto seguinte, para julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.069.317, distribuído a Vossa Excelência no dia 28 imediato, concluso em 10 de outubro subsequente.

Lancei visto no processo em 11 de dezembro de 2017, liberando-o para ser examinado na Turma a partir de 6 de fevereiro de 2018, isso objetivando a ciência do impetrante.

É o relatório.

10/10/2017
PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS Nº 138.092 / RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. ROBERTO BARROSO

PACTE.(S): AXEL RIPOLL HAMER

IMPTE.(S): MANUEL DE JESUS SOARES

ADV.(A/S): NÉLIO ROBERTO SEIDL MACHADO

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E RELATOR) – Como Relator, não posso pedir vista, mas posso indicar adiamento. E aí o faço – e nada surge sem uma causa, já diziam os antigos filósofos –, tendo em conta que, quando montei o voto, considerei a fundamentação do ato da decisão interlocutória mediante a qual deferira a liminar. E passou batida uma matéria da maior importância, que é versada, considerada a jurisprudência do próprio Supremo, que é a problemática da lavagem do dinheiro, tendo como crime antecedente a organização criminal.

Não me debrucei sobre essa matéria, por isso, Doutor Nélio, estou a indicar adiamento da apreciação.

**PRIMEIRA TURMA
EXTRATO DE ATA**

HABEAS CORPUS Nº 138.092

PROCED.: RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

PACTE.(S): AXEL RIPOLL HAMER

IMPTE.(S): MANUEL DE JESUS SOARES (19552/RJ)

ADV.(A/S): NÉLIO ROBERTO SEIDL MACHADO (23532/RJ)

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Após a leitura do relatório, o Ministro Marco Aurélio, Presidente e Relator, adiou o julgamento do processo. Falaram: o Dr. Nélio Roberto Seidl Machado, pelo Paciente, e a Dr^a. Cláudia Sampaio Marques, Subprocuradora-Geral da República, pelo Ministério Público Federal. Primeira Turma, 10.10.2017.

Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Luiz Fux, Rosa Weber, Luís Roberto Barroso e Alexandre de Moraes.

Compareceu o Senhor Ministro Edson Fachin para julgar processo a ele vinculado, assumindo a cadeira do Senhor Ministro Alexandre de Moraes.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques.

Carmen Lilian Oliveira de Souza

Secretária da Primeira Turma

HABEAS CORPUS Nº 138.092 / RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Deferi a liminar em 1º de dezembro de 2016, afastando a execução provisória do título condenatório ainda sujeito a recurso. Ressaltei a ocorrência da interrupção da prescrição da pretensão punitiva, considerado o acórdão condenatório, consignando:

[...]

2. Percebam as balizas do caso concreto. A teor do disposto no inciso IV do artigo 117 do Código Penal, a publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis tem eficácia interruptiva do prazo prescricional. Em apelação, a Primeira Turma Especial do

Tribunal Regional Federal da 2ª Região manteve a condenação quanto ao delito da Lei nº 9.613/1996, alterando a quantidade de pena. Deu provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público Federal para condenar o paciente também por formação de quadrilha – artigo 288 do Código Penal –, crime pelo qual deixou de ser condenado em primeira instância. Não se cuida, portanto, de mero acórdão confirmatório da sentença, uma vez que esta foi reformada para condenar o réu por delito não reconhecido pelo Juízo. O último marco interruptivo da prescrição veio a ocorrer no dia 19 de setembro de 2007, com a publicação do acórdão. Assim consignei, quando do exame do Recurso Extraordinário nº 751.394/MG, Relator o Ministro Dias Toffoli:

[...]

A única colocação que faço é a seguinte: a sentença existe como título condenatório? Não. Ela foi substituída, a teor do disposto no artigo 512 do Código de Processo Civil – aplicável, subsidiariamente –, pelo acórdão. O que se executará será o acórdão e não a sentença. Por isso, a meu ver, a Lei nº 11.596/2007 apenas explicitou, no inciso IV do artigo 117 do Código Penal, o acórdão como fator interruptivo da prescrição, que poderia ser impugnado, como o foi. Estamos diante de recurso extraordinário. Não sei se houve a protocolação também do especial para o Superior Tribunal de Justiça. Por isso, penso que não cabe desprezar o acórdão como fator interruptivo.

Mantenho o que assentei, sem receio de perder a fama de progressista, de libertário, com a adequação do disposto no artigo 512 do Código de Processo Civil de 1973 pelo versado no 1.008 do diploma de 2015. A sanção aplicada, após redimensionamento no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, para o crime de lavagem de dinheiro, foi de 5 anos e 6 meses de reclusão e 55 dias-multa. Observado o artigo 109, inciso II, da Lei de Regência, se o máximo da reprimenda é superior a 4 anos e não excede 8, a prescrição dá-se em 12. O acórdão resultante do julgamento da apelação foi formalizado em 19 de setembro de 2007 e, até a presente data, passaram-se pouco mais de 9 anos, tempo insuficiente a ensejar a prescrição. [...]

Relativamente à execução antecipada da sanção, não se pode potencializar o decidido pelo Pleno no *habeas corpus* nº 126.292, por maioria, em 17 de fevereiro de 2016. Precipitar a execução da reprimenda importa antecipação de culpa, por serem indissociáveis. Conforme dispõe o inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal

condenatória”, ou seja, a culpa surge após alcançada a preclusão maior. Descabe inverter a ordem do processo-crime – apurar-se para, selada a culpa, prender-se, em verdadeira execução da pena.

O Pleno, ao apreciar a referida impetração, não pôs em xeque a constitucionalidade nem colocou peias à norma contida na cabeça do artigo 283 do Código de Processo Penal, segundo a qual “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”. Constrição provisória concebe-se cautelarmente, associada ao flagrante, à temporária ou à preventiva, e não a título de pena antecipada. A redação do preceito remete à Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, revelando ter sido essa a opção do legislador. Ante o forte patrulhamento vivenciado nos dias de hoje, fique esclarecido que, nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e nº 44, nas quais, questionado o mencionado dispositivo, o Pleno deixou de implementar liminar.

A execução provisória pressupõe garantia do Juízo ou a possibilidade de retorno, alterado o título executivo, ao estado de coisas anterior, o que não ocorre em relação à custódia. É impossível devolver a liberdade perdida ao cidadão.

O fato de o Tribunal, no denominado Plenário Virtual, atropelando os processos objetivos acima referidos, sem declarar, porque não podia fazê-lo em tal campo, a inconstitucionalidade do artigo 283 do citado Código e, com isso, confirmando que os tempos são estranhos, haver, em agravo que não chegou a ser provido pelo Relator, Ministro Teori Zavascki – Agravo em Recurso Extraordinário nº 964.246, formalizado, por sinal, pelo paciente do *habeas corpus* nº 126.292 –, a um só tempo, reconhecida a repercussão geral e “confirmado a jurisprudência”, assentada em processo único – no citado *habeas corpus* –, não é obstáculo ao acesso ao Judiciário para afastar lesão a direito, revelado, no caso, em outra cláusula pétrea – segundo a qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” – incisos XXXV e LVII do artigo 5º do Diploma Maior.

Ao tomar posse, neste Tribunal, há 26 anos, jurei cumprir a Constituição Federal, observar as leis do País e não a me curvar a pronunciamento que, diga-se, não tem efeito vinculante. De qualquer forma, está-se no Supremo, última trincheira da Cidadania, se é que continua sendo. O julgamento virtual, a discrepar do que ocorre em Colegiado, no verdadeiro Plenário, o foi por seis votos a

quatro, e o seria, presumo, por seis votos a cinco, houvesse votado a ministra Rosa Weber, fato a revelar encontrar-se o Tribunal dividido. A minoria reafirmou a óptica anterior – eu próprio e os ministros Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli. Tempos estranhos os vivenciados nesta sofrida República! Que cada qual faça a sua parte, com desassombro, com pureza d’alma, segundo ciência e consciência possuídas, presente a busca da segurança jurídica. Esta pressupõe a supremacia não de maioria eventual – segundo a composição do Tribunal –, mas da Constituição Federal, que a todos, indistintamente, submete, inclusive o Supremo, seu guarda maior. Em época de crise, impõe-se observar princípios, impõe-se a resistência democrática, a resistência republicana.

[...]

Cabe reiterar essa óptica e proceder ao exame das demais causas de pedir veiculadas na inicial. A omissão quanto a estas conduziu, ante a sustentação da tribuna, pelo Dr. Nélio Machado, à indicação, na sessão de 10 de outubro, do adiamento.

O impetrante alega a insubsistência do acórdão proferido no Recurso Especial nº 1.170.545, requerendo seja afastada a condenação pelo crime de lavagem de dinheiro, único remanescente das imputações iniciais, tendo em vista que a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 27 de outubro de 2015, ao apreciar segundos embargos de declaração, reconheceu a prescrição da pretensão punitiva quanto ao delito de quadrilha.

Observem os contornos da impetração no tocante ao ponto.

O Juízo, ao condenar o paciente, considerou, como crime antecedente, viabilizar a imputação pelo delito de lavagem de dinheiro, aquele descrito no artigo 3º, inciso II (corrupção passiva praticada com a finalidade de deixar de lançar ou cobrar tributo ou contribuição social, ou cobrá-los indevidamente) da Lei nº 8.137/1990. O Tribunal Regional Federal, no julgamento da apelação da defesa, assentou a inépcia da denúncia relativamente à suposta corrupção, apontando imprópria a condenação. Em passo seguinte, provendo o recurso do Órgão acusador, condenou-o por infração ao artigo 288 (formação de quadrilha) do Código Penal, imputação de que havia sido absolvido pelo Juízo. Sem afastar a condenação pela lavagem de dinheiro, consignou mostrar-se o delito de formação de quadrilha suficiente a fazer incidir – entendendo-o como sendo o necessário crime antecedente – a previsão do inciso VII (organização criminosa) do artigo 1º da Lei nº 9.613/1998.

Percebam que não existia, à época dos fatos – alusivos aos anos de 1995 a 2003 – e, até mesmo, do exame da apelação – 19 de setembro de 2007, embora, sob esse ângulo, irrelevante –, dispositivo na legislação brasileira a versar sobre o conceito e a tipificação do delito de organização criminosa. A regência do crime antecedente ocorreu com a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Em Direito Penal, vige o princípio da estrita legalidade, surgindo incabível considerar, como fez o Regional Federal, o tipo penal do artigo 288 do Código material para, suprimindo a inexistência

de previsão quanto à definição do que viria a ser organização criminosa, ter-se como crime antecedente aquele descrito no inciso VII do artigo 1º da Lei nº 9.613/1998.

A visão mostra-se discrepante da premissa segundo a qual não existe crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal – inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição Federal. Vale notar que a concepção de crime, segundo o ordenamento jurídico constitucional, pressupõe não só estar a tipologia prevista em norma legal como também se ter, em relação a ela, pena a alcançar aquele que o cometa. Ou seja, sem a definição da conduta e a apenação, não há prática glosada penalmente.

O Superior Tribunal de Justiça, na apreciação do especial formalizado pela defesa, declarou a prescrição relativamente aos delitos do artigo 22, parágrafo único, da Lei nº 9.492/1986, 1º, inciso I, da de nº 8.137/1990 e 288 do Código Penal, assentando remanescente apenas a condenação por lavagem de dinheiro – artigo 1º, inciso V, da Lei nº 9.613/1998. Destacou que a ausência da tipificação de organização criminosa quando da prática da conduta impede o reconhecimento dessa figura como antecedente do branqueamento de capitais. Acresceu não se haver verificado a atipicidade do delito de lavagem de dinheiro pelo qual condenado o paciente, afirmando, como crime antecedente, em verdadeira substituição, o do artigo 3º, inciso II, da Lei nº 8.137/1990, admitido como tal pelo inciso V (contra a Administração Pública) do artigo 1º da Lei nº 9.613/1998.

Ocorre que, havendo o Órgão revisor proclamado inepta a denúncia no tocante ao crime de corrupção, versado no artigo 3º, inciso II, da Lei nº 8.137/1990, não cabia ao Superior concluir pela incidência do dispositivo para fazer valer a condenação ante o delito de lavagem, ainda que remanescente condenação de corréus pelo citado crime contra a Administração Pública. Há mais: a questão não foi veiculada, no especial, pelo Órgão acusador, atuando o Superior de ofício.

Defiro a ordem para tornar insubsistente o acórdão proferido no Recurso Especial nº 1.170.545, reconhecendo a atipicidade do delito de lavagem de dinheiro pelo qual condenado o paciente, no processo nº 2003.51.01.500281-0, do Juízo da Terceira Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro/RJ.

**PRIMEIRA TURMA
EXTRATO DE ATA**

HABEAS CORPUS Nº 138.092

PROCED.: RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. ROBERTO BARROSO

PACTE.(S): AXEL RIPOLL HAMER

IMPTE.(S): MANUEL DE JESUS SOARES (19552/RJ)

ADV.(A/S): NÉLIO ROBERTO SEIDL MACHADO (23532/RJ)

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Após a leitura do relatório, o Ministro Marco Aurélio, Presidente e Relator, adiou o julgamento do processo. Falaram: o Dr. Nélio Roberto Seidl Machado, pelo Paciente, e a Dra. Cláudia Sampaio Marques, Subprocuradora-Geral da República, pelo Ministério Público Federal. Primeira Turma, 10.10.2017.

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio, Relator, que concedia a ordem, pediu vista dos autos o Ministro Luís Roberto Barroso. Presidência do Ministro Alexandre de Moraes. Primeira Turma, 6.2.2018.

Presidência do Senhor Ministro Alexandre de Moraes. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux, Rosa Weber e Luís Roberto Barroso.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Juliano Baiocchi Villa-Verde de Carvalho.
Carmen Lilian Oliveira de Souza
Secretária da Primeira Turma

20/02/2018
PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS Nº 138.092 / RIO DE JANEIRO

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO:

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* ORIGINÁRIO. LAVAGEM DE DINHEIRO PROVENIENTE DE CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica, no sentido de que o “processo e julgamento do crime de lavagem de dinheiro é regido pelo princípio da autonomia, não se exigindo, para que a denúncia que imputa ao réu o delito de lavagem de dinheiro seja considerada apta, prova concreta da ocorrência de uma das infrações penais exaustivamente previstas nos incisos I a VIII do art. 1º do referido diploma legal, bastando a existência de elementos indiciários de que o capital lavado tenha origem em algumas das condutas ali previstas” (HC nº 93.368, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma).

2. Situação concreta em que o paciente – envolvido no escândalo que ficou conhecido como “Propinoduto” – foi condenado pelo crime de lavagem de dinheiro, tendo por delitos antecedentes a prática de *crime contra a administração pública e a prática de crime de organização criminosa*.

Circunstância que não autoriza o reconhecimento da atipicidade da conduta.

3. Ausência de ilegalidade flagrante ou abuso de poder que autorize o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva ou que impossibilite a execução imediata da pena. Precedentes.

4. Ordem denegada, revogada a liminar.

I. A HIPÓTESE

1. Trata-se, na origem de ação penal, que teve como fato central notícia levada ao conhecimento do Ministério Público Federal brasileiro pelo Ministério Público da Suíça da existência, naquele país, de diversas contas bancárias em nome de oito cidadãos brasileiros ocupantes de importantes cargos públicos na Administração Pública. Essa notícia deu ensejo à descoberta de um dos maiores escândalos políticos do Rio de Janeiro, conhecido como escândalo do “Propinoduto”.

2. Um grupo de fiscais da Fazenda, alegadamente liderados pelo Subsecretário adjunto de Administração Tributária, Rodrigo Silveirinha Correa, entre os anos de 1999 e 2002, teria engendrado um esquema de extorsão a empresas fluminenses. A referida organização criminoso arrecadou e mandou para a Suíça US\$ 34 milhões, o equivalente a R\$ 77 milhões. O caso veio a público em 2003.

3. Colhe-se dos autos que o ora paciente foi denunciado pela prática dos seguintes delitos:

(i) artigos 1º, inciso I, e 3º, inciso II, da Lei nº 8.137/90¹ (Crimes contra a ordem tributária);

¹ “Art. 1º – Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I – omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias; II – fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal; III – falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável; IV – elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato; V – negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação. Pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.” “Seção II Dos crimes praticados por funcionários públicos – Art. 3º – Constitui crime funcional contra a ordem tributária, além dos previstos no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal (Título XI, Capítulo I): I – extraviar livro oficial, processo fiscal ou qualquer documento, de que tenha a guarda em razão da função; sonegá-lo, ou inutilizá-lo, total ou parcialmente, acarretando pagamento indevido ou inexacto de tributo ou contribuição social; II – exigir, solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de iniciar seu exercício, mas em razão dela, vantagem indevida; ou aceitar promessa de tal vantagem, para deixar de lançar ou cobrar tributo ou contribuição social, ou cobrá-los parcialmente. Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa. III – patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração fazendária, valendo-se da qualidade de funcionário público. Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.”

- (ii) artigo 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86² (Crime de evasão de divisas);
- (iii) artigo 1º, *caput* e incisos V, VI e VII, c/c §4º da Lei nº 9.613/98³, duas vezes (Lavagem de dinheiro);
- (iv) artigos 288 e 316, *caput*, do Código Penal⁴ (Associação criminosa e Concussão);

4. Ao final da instrução, o Juízo da 3ª Vara Federal do Rio de Janeiro condenou o paciente à pena total de 14 anos de reclusão, no regime inicial fechado, pela seguinte forma:

- (i) 4 anos pelo crime de Lavagem de dinheiro (proveniente de crimes contra a Administração Pública – art. 1º, inciso V, da Lei nº 9613/98);
- (ii) 2 anos por Evasão de divisas;
- (iii) 3 anos por Prestar declaração falsa às autoridades fazendárias; e
- (iv) 5 anos por Exigir vantagem para deixar de lançar tributo;

5. Em grau de apelação, o Ministério Público Federal impugnou a absolvição do paciente pelo crime de formação de quadrilha (vigente à época dos fatos) e requereu a majoração das penas. A defesa, a seu turno, arguiu a falta de justa causa para ação penal; a irregularidade de documentos enviados pelo Ministério Público da Suíça; e a atipicidade do delito de Lavagem de Dinheiro.

6. O Tribunal Regional Federal da 2ª Região deu parcial provimento ao recurso da defesa para assentar a inépcia da denúncia quanto ao crime de exigir vantagem para deixar de lançar tributo (art. 3º, inciso II, da Lei nº 8.137/1990 e art. 316 do CP). Contudo, deu parcial provimento ao recurso da acusação para condenar o acusado pelo delito de formação de quadrilha, majorando, ainda, a pena pelos crimes de Lavagem de Dinheiro e Evasão de Divisas. A pena final restou fixada em 14 anos e 6 meses de reclusão.

² “Art. 22 – Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País: Pena – Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente.”

³ “Art. 1º – Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime: [...] V – contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos; VI – contra o sistema financeiro nacional; VII – praticado por organização criminosa...” (redação originária)

⁴ “Art. 288 – Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes: Pena – reclusão, de um a três anos. Parágrafo único – A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado.” (redação originária)

7. Inconformada, a defesa interpôs recurso especial perante o Superior Tribunal de Justiça, alegando, em síntese: (i) a nulidade do julgamento da apelação; (ii) inépcia da denúncia; (iii) ausência de fundamentação da sentença, em violação ao art. 381 do CPP; (iv) ilicitude das informações encaminhadas pelo Ministério Público da Suíça; (v) atipicidade quanto ao crime de sonegação fiscal; (vi) não configuração do delito de formação de quadrilha; (vii) violação do princípio da legalidade, tendo em vista a ausência de lei que defina o conceito de “organização criminosa”, para os fins do art. 1º, VII, da Lei nº 9.613/98; (viii) ilegalidade na dosimetria da pena.

8. A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em acórdão da relatoria do Ministro Nefi Cordeiro, declarou a extinção da punibilidade quanto aos crimes de Evasão de Divisas e de prestar declaração falsa às autoridades fazendárias. Além disso, também por votação unânime, reduziu a pena aplicada ao paciente, no tocante ao crime de lavagem de dinheiro, para 5 anos e 6 meses de reclusão em regime fechado.

9. Na Sessão de 27.10.2015, ao apreciar os segundos embargos declaratórios, o referido colegiado reconheceu, por unanimidade, a prescrição da pretensão punitiva com relação ao delito de formação de quadrilha. Na sequência, em 18.10.2016, ao julgar os terceiros embargos declaratórios (ato apontado como coator), deferiu o pedido de execução antecipada da pena remanescente, qual seja, 5 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, exclusivamente pelo delito de Lavagem de Dinheiro, na forma do inciso V do art. 1º da Lei nº 9.613/98.

10. Neste *habeas corpus*, a parte impetrante reitera a tese de atipicidade da conduta imputada ao paciente pelo crime de Lavagem de Dinheiro. Argumenta, em síntese, que o Tribunal Regional Federal da 2ª Região reconheceu a inépcia da denúncia quanto ao delito contra a Administração Pública. Logo, ultrapassada a imputação pelo crime antecedente à Lavagem, deve ser reconhecida a manifesta insubsistência do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, que manteve a condenação do paciente, no ponto.

11. Nessas condições, entende a defesa que deve ser aplicada ao caso a orientação jurisprudencial desta Corte (HC nº 96.007, Rel. Min. Marco Aurélio), que não admitia (no período anterior à Lei nº 12.850/2013) a utilização do crime de formação de quadrilha como antecedente da Lavagem de Dinheiro praticada por organização criminosa (VII do art. 1º da Lei nº 9.613/1998).

12. Não bastasse a atipicidade da conduta, alega a parte impetrante que deve ser reconhecida a prescrição da pretensão punitiva. Argumenta que, desde a data de publicação da sentença condenatória (31.10.2003), transcorreu prazo superior a 12 anos. De modo que deve ser extinta a punibilidade.

13. Com essa argumentação, a defesa pede a imediata suspensão dos efeitos do acórdão impugnado, em especial porque determinada a execução provisória da pena. No mérito, pugna pela concessão da ordem para que se reconheça a atipicidade da conduta imputada ao paciente quanto ao delito de lavagem de dinheiro. Alternativamente, requer o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva.

14. O eminente relator deferiu a liminar e o Dr. Edson Oliveira de Almeida, Subprocurador-Geral da República, opinou pela denegação da ordem.

15. Na sessão de 06.02.2017, o Ministro Marco Aurélio votou pela concessão da ordem para reconhecer a atipicidade do delito de lavagem de dinheiro pelo qual o paciente foi condenado.

16. Pedi vista dos autos para uma análise mais detida da matéria, impressionado com a argumentação trazida pelo ilustre advogado.

II. A QUESTÃO DEBATIDA

17. Conforme relatado, três são as questões jurídicas a serem enfrentadas por esta Primeira Turma: (i) saber se deve ser reconhecida a atipicidade da conduta imputada ao paciente quanto ao delito de lavagem de dinheiro; (ii) saber se houve a extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva; (iii) saber se é possível a execução provisória da pena.

III. DA CONDENAÇÃO PELO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

18. A redação originária do art. 1º da Lei nº 9.613/1998 estabelecia o seguinte:

Art. 1º – Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:

[...]

V – contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos;

VI – contra o sistema financeiro nacional;

VII – praticado por organização criminosa;

19. A interpretação do inciso VII do referido dispositivo sempre suscitou intensos debates doutrinários e jurisprudenciais, sendo possível traçar, pelo menos, duas claras posições: (i) a corrente que admitia a caracterização da lavagem praticada por organização criminosa, com a invocação da Convenção de Palermo; (ii) a corrente que entendia atípica tal conduta, tendo em vista a ausência de lei em sentido formal, definindo o conceito de organização criminosa.

20. No âmbito desta Corte, a partir do julgamento do HC nº 96.007, Rel. Min. Marco Aurélio, tem prevalecido o entendimento de que, no período anterior à Lei nº 12.850/2013, seria atípica a conduta descrita no art. 1º, VII, da Lei nº 9.613/1998, tendo em vista a falta de definição jurídica válida para “organização criminosa”. Entendimento esse, também adotado no julgamento da AP nº 470, Relator originário o Ministro Joaquim Barbosa.

21. Isso tudo não obstante, peço todas as vênias ao eminente relator para divergir.

22. Na concreta situação dos autos, a condenação do paciente pelo delito de Lavagem de Dinheiro não teve por base, exclusivamente, o delito antecedente de "organização criminosa", mas a prática de crimes contra a administração pública, nos termos do inciso V do art. 1º da Lei nº 9.613/1998. A simples leitura da denúncia e da sentença condenatória de primeiro grau evidencia que os valores objeto da lavagem foram levantados pela organização criminosa, sobretudo a partir da prática de delitos contra a administração pública, no caso, o crime do art. 3º, II, da Lei nº 8.137/1990:

Art. 3º – Constitui crime funcional contra a ordem tributária, além dos previstos no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal (Título XI, Capítulo I):

I – extraviar livro oficial, processo fiscal ou qualquer documento, de que tenha a guarda em razão da função; sonegá-lo, ou inutilizá-lo, total ou parcialmente, acarretando pagamento indevido ou inexistente de tributo ou contribuição social;

II – exigir, solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de iniciar seu exercício, mas em razão dela, vantagem indevida; ou aceitar promessa de tal vantagem, para deixar de lançar ou cobrar tributo ou contribuição social, ou cobrá-los parcialmente.

Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa. (Grifos acrescentados).

23. Vejam-se, nessa linha, as seguintes passagens do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça:

[...] Desse modo, a ausência de descrição normativa do conceito de organização criminosa, à época dos fatos, anteriores à Lei nº 12.850/2013, impede o reconhecimento dessa figura como antecedente da lavagem de dinheiro, em observância ao princípio da anterioridade da lei penal, insculpido nos arts. 5º, XXXIX, da CF, e art. 1º do CP.

Todavia, na hipótese, a exclusão da organização criminosa como antecedente da lavagem de capitais, por não constar do rol taxativo do art. 1º da Lei nº 9.613/98, não acarreta a atipicidade da conduta, na medida em que remanesce a condenação pelo delito previsto no art. 3º, II, da Lei nº 8.137/90, que se encontra entre os crimes prévios ao branqueamento de capitais, previsto no inciso V do art. 1º da Lei nº 9.613/98.

Note-se que havia o Tribunal local admitido a condenação tanto pela quadrilha, como pelo crime do art. 3º, II, da Lei nº 8.137/90. Compreendeu aquela Corte que haveria lavagem de dinheiro de crime prévio, irrelevante é que seja esse crime a indicada organização criminosa, ou o sempre admitido e condenado crime do art. 3º, II, da Lei nº 8.137/90 [...]

24. É bem verdade que a defesa argumenta que o Tribunal Regional Federal da 2ª Região reconheceu, com relação ao paciente, a inépcia da denúncia quanto ao crime do art. 3º, II, da Lei nº 8.137/1990. Tanto que, da parte dispositiva do acórdão regional, constou que a condenação pelo crime de lavagem de dinheiro teria como crime antecedente o crime de organização criminosa. Embora impressione, o argumento não convence.

25. A leitura dos fundamentos adotados pelo acórdão da apelação revela que outros acusados no mesmo contexto fático foram condenados nos termos do art. 3º, II, da Lei nº 8.137/1990 (o que já seria mais do que suficiente para justificar a condenação do paciente pelo crime de lavagem). Some-se a isso o fato de que a própria autonomia do delito em questão dispensa, para a sua caracterização, a efetiva condenação do acusado (da lavagem) pelo crime antecedente, conforme demonstrado pelo acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

[...] Permanece típica e punível a lavagem de dinheiro mesmo quando desconhecido ou isento de pena o autor do crime precedente, desde que presentes indícios suficientes da existência deste delito (art. 2º, §1º, da Lei nº 9.613/98). No mesmo sentido: HC nº 207936/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 27/03/2012, DJe 12/04/2012.

Diante dessas considerações, mantém-se a condenação pelo crime de lavagem de capitais, pelo sempre admitido e condenado crime do art. 3º, II, da Lei nº 8.137/90 – art. 1º, V, da Lei nº 9.613/98.

Ressalte-se, por oportuno, que o reconhecimento da inépcia da inicial quanto à imputação do crime antecedente, tipificado no art. 3º, II, da Lei nº 8.137/90, pelo acórdão impugnado, a parte dos recorrentes, HERALDO DA SILVA BRAGA, AXEL RIPOLL HAMER, AMAURI FRANKLIN NOGUEIRA FILHO, SÉRGIO JACOME DE LUCENA, HÉLIO LUCENA RAMOS DA SILVA, ROBERTO CAVALLIERI VOMMARO, MARCOS ANTÔNIO BONFIM DA SILVA, JÚLIO CESAR NOGUEIRA (fls. 14.869/14.870), não acarreta a atipicidade da conduta do crime de branqueamento de capitais, na medida em que o sujeito ativo do crime de lavagem de dinheiro pode ser, não só o autor, o coautor ou o partícipe do crime antecedente, mas todo aquele que, de alguma forma, concorra para a ocultação ou dissimulação do lucro proveniente da atividade delituosa.

[...]

Nesse contexto, havendo a descrição do funcionamento de organização criminosa voltada à prática de crimes contra a Administração Pública Tributária (art. 3º, II, da Lei nº 8.137), ainda que remanesça condenação a apenas parte dos recorrentes, CARLOS EDUARDO RAMOS, RODRIGO SILVEIRINHA CORREA, RÔMULO GONÇALVES, LÚCIO MANOEL PICANÇO, não há falar em inexistência de crime antecedente à lavagem de capitais [...].

26. Veja-se que a própria redação originária do §1º do art. 2º, Lei nº 9.613/1998, já previa a autonomia do crime de lavagem de dinheiro, explicitando que a “denúncia será instruída com indícios suficientes da existência do crime antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor daquele crime.” Entendimento esse, em plena conformidade com a jurisprudência desta Corte. Refiro-me, a título de amostragem, ao HC nº 93.368, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma:

[...]

5. O processo e julgamento do crime de lavagem de dinheiro é regido pelo Princípio da Autonomia, não se exigindo, para que a denúncia que imputa ao réu o delito de lavagem de dinheiro seja considerada apta, prova concreta da ocorrência de uma das infrações penais exaustivamente previstas nos incisos I a VIII do art. 1º do referido diploma legal, bastando a existência de elementos indiciários de que o capital lavado tenha origem em algumas das condutas ali previstas.

6. A autonomia do crime de lavagem de dinheiro viabiliza inclusive a condenação, independente da existência de processo pelo crime antecedente.

7. É o que dispõe o artigo 2º, II, e §1º, da Lei nº 9.613/98: “O processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei: II – independem do processo e julgamento dos crimes antecedentes referidos no artigo anterior, ainda que praticados em outro país; §1º – A denúncia será instruída com indícios suficientes da existência do crime antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor daquele crime.”

8. A doutrina do tema assenta: “Da própria redação do dispositivo depreende-se que é suficiente a demonstração de indícios da existência do crime antecedente, sendo desnecessária a indicação da sua autoria. Portanto, a autoria ignorada ou desconhecida do crime antecedente não constitui óbice ao ajuizamento da ação pelo crime de lavagem. (...) Na verdade, a palavra ‘indício’ usada

na Lei de Lavagem representa uma prova dotada de eficácia persuasiva atenuada (prova semiplena), não sendo apta, por si só, a estabelecer a verdade de um fato, ou seja, no momento do recebimento da denúncia, é necessário um início de prova que indique a probabilidade de que os bens, direitos ou valores ocultados sejam provenientes, direta ou indiretamente, de um dos crimes antecedentes. Não é necessário descrever pormenorizadamente a conduta delituosa relativa ao crime antecedente, que nem pode inclusive sequer ser objeto desse processo (art. 2º, II, da Lei nº 9.613/98), mas se afigura indispensável ao menos a sua descrição resumida, evitando-se eventual arguição de inépcia da peça acusatória, ou até mesmo trancamento da ação penal por meio de *habeas corpus*. (...) De se ver que, no momento do recebimento da denúncia, a lei exige indícios suficientes, e não uma certeza absoluta quanto à existência do crime antecedente” (in: Luiz Flávio Gomes. *Legislação Criminal Especial*. Coordenadores Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha. Lavagem ou Ocultação de Bens – Renato Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.588/590).

[...]

23. Ordem denegada. (Grifos nossos)

27. Por outro lado, não enxergo hipótese de atuação de ofício do Superior Tribunal de Justiça ou mesmo decisão desfavorável ao réu em recurso exclusivo da defesa. Parto da moldura retratada no acórdão da apelação, no sentido de que a condenação do paciente pelo crime de lavagem de dinheiro teve como infração antecedente tanto a prática de crime contra a administração pública quanto a prática de crime de organização criminosa, conforme evidenciam as seguintes passagens:

[...] Na verdade o crime de lavagem de dinheiro se encontra demonstrado devido à prova cabal da existência das contas em nome dos acusados que são fiscais, *ao que acresce a prova da existência do crime de quadrilha organizada para a prática de crimes contra a Administração Pública que foram causa dos depósitos naquelas contas...* No caso em tela, *os crimes antecedentes foram aqueles que eram objeto e foram praticados pela organização criminosa identificada acima.*

IV. DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA.

28. Não é possível falar em prescrição da pretensão punitiva.

29. O paciente foi condenado, no tocante ao delito de lavagem de dinheiro de que tratam estes autos, a uma pena final de 5 anos e 6 meses de reclusão no regime, inicialmente, fechado. Reprimenda que atrai um lapso prescricional de 12 anos nos termos do art. 109, III, do Código Penal⁵. Prazo de doze anos que não se escoou, considerados os diversos marcos interruptivos da prescrição, na forma do art. 117 do Código Penal⁶:

- (i) os fatos ocorreram entre os anos de 1999 e 2002;
- (ii) a sentença condenatória foi publicada em 31.10.2003;
- (iii) o acórdão confirmatório da condenação (que majorou a pena imposta ao sentenciado) foi publicado em 31.10.2007;
- (iv) o recurso especial foi protocolado no STJ, em 14.12.2009;

30. Nessas condições, permanece hígida a pretensão punitiva do Estado, motivo pelo qual indefiro a pretensão defensiva, reportando-me aos fundamentos adotados pela Primeira Turma por ocasião do julgamento do HC nº 138.086, Redator para o acórdão o Ministro Alexandre de Moraes, impetrado em favor do corréu (Roberto Silveirinha), condenado nas mesmas condições do ora paciente, assim ementado:

HABEAS CORPUS. ALEGADA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. INOCORRÊNCIA. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA QUE INTERROMPE O CURSO DO PRAZO PRESCRICIONAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE.

1. A ideia de prescrição está vinculada à inércia estatal e 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. Acrescente-se que a decisão proferida pelo Tribunal em sede de apelação substitui a sentença recorrida, consoante reiteradamente proclamado em nossa legislação processual (art. 825 do CPC/1939;

⁵ "Art. 109 – A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no §1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).

I – em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;

II – em dezesesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;

III – em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito."

⁶ "Art. 117 – O curso da prescrição interrompe-se: I – pelo recebimento da denúncia ou da queixa; II – pela pronúncia; III – pela decisão confirmatória da pronúncia; IV – pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis; V – pelo início ou continuação do cumprimento da pena; VI – pela reincidência. §1º – Excetuados os casos dos incisos V e VI deste artigo, a interrupção da prescrição produz efeitos relativamente a todos os autores do crime. Nos crimes conexos, que sejam objeto do mesmo processo, estende-se aos demais a interrupção relativa a qualquer deles. §2º – Interrompida a prescrição, salvo a hipótese do inciso V deste artigo, todo o prazo começa a correr, novamente, do dia da interrupção."

art. 512 do CPC/1973; art. 1.008 do CPC/2015). Entendimento firmado à unanimidade pela Primeira Turma.

2. Manutenção da posição majoritária do STF. No julgamento do HC nº 126.292/SP (Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJE de 17/5/2016), o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL concluiu que a execução provisória de condenação penal confirmada em grau de apelação, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência. Esse entendimento foi confirmado no julgamento das medidas cautelares nas ADCs nºs 43 e 44 (julgadas em 5/10/2016), oportunidade na qual se decidiu, também, pelo indeferimento do pedido de modulação dos efeitos. No exame do ARE nº 964.246 (Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJE de 25/11/2016), pelo rito da repercussão geral, essa jurisprudência foi também reafirmada.

3. *Habeas corpus* denegado.

V. DA EXECUÇÃO IMEDIATA DA PENA.

31. Respeitando as posições em contrário, este processo é só mais um exemplo do desastre que é o sistema processual penal brasileiro sem a possibilidade de execução imediata da decisão de 2º grau:

1. Os fatos criminosos ocorreram entre 1999 e 2002;
2. A sentença condenatória de 1º grau, com a celeridade que a vida devia ter, foi publicada em 31.10.2003;
3. O acórdão do TRF da 2ª Região que confirmou a sentença condenatória foi publicado em 31.10.2007;
4. O recurso especial só veio a ser julgado definitivamente após terceiros embargos de declaração, em 18.10.2016. Isto é, 9 anos depois da decisão de 2ª grau.
5. Estamos em 2018, e o processo no STF ainda não está perto do fim, porque ainda falta o julgamento do recurso extraordinário.

32. Eis o sistema: fatos ocorridos entre 1999 e 2002, em 2018, ainda não foram julgados. Não há como punir a criminalidade do “colarinho branco” com este modelo.

33. Sendo assim, na linha do entendimento firmado por esta Primeira Turma em julgamento recente (RE nº 696.533, a que fui designado Redator para o acórdão), não tenho como acolher o pedido para sustar a execução imediata da pena. Reproduzo, por oportuno, a ementa do voto por mim proferido no HC nº 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki:

DIREITO CONSTITUCIONAL E PENAL. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DA NÃO CULPABILIDADE. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DA PENA APÓS JULGAMENTO DE SEGUNDO GRAU.

1. A execução da pena após a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição não ofende o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade (CF/1988, art. 5º, LVII).

2. A prisão, neste caso, justifica-se pela conjugação de três fundamentos jurídicos:

(i) a Constituição brasileira não condiciona a prisão – mas sim a culpabilidade – ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O pressuposto para a privação de liberdade é a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, e não sua irrecorribilidade. Leitura sistemática dos incisos LVII e LXI do art. 5º da Carta de 1988;

(ii) a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. No caso específico da condenação em segundo grau de jurisdição, na medida em que já houve demonstração segura da responsabilidade penal do réu e finalizou-se a apreciação de fatos e provas, o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal (CF/1988, arts. 5º, *caput* e LXXVIII e 144);

(iii) com o acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação esgotam-se as instâncias ordinárias e a execução da pena passa a constituir, em regra, exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal. A mesma lógica se aplica ao julgamento por órgão colegiado, nos casos de foro por prerrogativa.

3. Há, ainda, três fundamentos pragmáticos que reforçam a opção pela linha interpretativa aqui adotada. De fato, a possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau:

(i) permite tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado, na medida em que coíbe a infundável interposição de recursos protelatórios e favorece a valorização da jurisdição criminal ordinária;

(ii) diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário, bem como reduz os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena; e

(iii) promove a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena (pela prescrição) ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição, sendo certo que tais recursos têm ínfimo índice de acolhimento.

4. Denegação da ordem. Fixação da seguinte tese: “A execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade”.

34. Por tudo quanto posto, peço todas as vênias ao eminente Relator para denegar a ordem, revogada a liminar.

20/02/2018
PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS Nº 138.092 / RIO DE JANEIRO

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Senhor Presidente, também eu peço vênias ao eminente Relator.

Especificamente quanto ao crime de lavagem de dinheiro, em função da declaração de inépcia da denúncia, perfilho o mesmo entendimento esposado pelo Ministro Luís Roberto, em que, inclusive, se reporta a decisão nossa, desta Primeira Turma, em processo de relatoria do Ministro Luiz Fux, no sentido de que a autonomia do crime de lavagem de dinheiro torna prescindível condenação anterior com relação ao crime antecedente. Embora, em se tratando da tipificação da organização criminosa em momento anterior à alteração legislativa, eu também tenha adotado, ao julgamento da AP nº 470, a compreensão da atipicidade de conduta, na medida em que, à época, não a tínhamos definida como crime em nosso direito positivo. Havia, apenas, a Convenção de Palermo a respeito.

Então, nesse ponto, acompanho a divergência aberta pelo Ministro Luís Roberto, assim como, quanto à prescrição, entendo-a inócua diante dos dados fáticos trazidos agora no voto divergente.

E, especificamente, quanto à execução antecipada da pena, eu tenho prestigiado a decisão do Plenário desta Suprema Corte, que até o momento pelo menos ainda não a alterou.

Por isso, acompanho, na íntegra, a divergência aberta pelo Ministro Luís Roberto, renovando meu pedido de vênias ao eminente Relator.

**20/02/2018
PRIMEIRA TURMA**

HABEAS CORPUS Nº 138.092 / RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX – Senhor Presidente, aqui, vários acórdãos meus foram citados.

De sorte que eu vou, até em prol dos trabalhos, eu vou pedir vênia ao Ministro Marco Aurélio para acompanhar a divergência.

**20/02/2018
PRIMEIRA TURMA**

HABEAS CORPUS Nº 138.092 / RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (PRESIDENTE) – Eu também peço vênia ao Ministro Marco Aurélio.

Aqui, em relação ao delito antecedente, como salientado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, não foi somente, no caso em concreto, a questão da organização criminosa, mas a prática de crimes contra a Administração Pública, que já eram tipificados anteriormente pela nossa legislação.

Quanto à questão da prescrição, recentemente, aqui, na Turma, nós tivemos a oportunidade de votar alguns casos semelhantes, reiterando, por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio, mas reiterando que o acórdão confirmatório...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Perdão, Excelência!

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (PRESIDENTE) – Não?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Nesse ponto, não!

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (PRESIDENTE) – Ah, verdade! Perdão, perdão, Ministro Marco Aurélio.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Sempre sustentei, na Turma, a partir do Código de Processo Civil, que acórdão de mérito substitui a sentença, reformando-a ou não.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (PRESIDENTE) – Exato.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Sempre!

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (PRESIDENTE) – Isso é verdade.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Segunda instância, a execução provisória, sim, inadmito-a.

Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (PRESIDENTE) – Por favor.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Tanto que tinha preparado pequena ementa revelando: Prescrição. Acórdão condenatório. O acórdão condenatório é fator interruptivo da prescrição, quer implique endosso da sentença proferida, quer a reforme em parte.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (PRESIDENTE) – Mais fortalecido ainda o argumento, com unanimidade, o Ministro Marco Aurélio, um erro meu aqui de anotação.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Busco a coerência.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (PRESIDENTE) – Em relação à execução provisória, também, recentemente, tive a possibilidade de manifestar-me pela ampla possibilidade.

Em relação ao período, faço minhas as palavras do Ministro Barroso. Para ter a sua dupla finalidade, tanto a ideia de recuperação daquele que praticou o crime quanto também da reprimenda, do combate à impunidade, a sanção deve ser aplicada mais próxima possível do fato. Neste caso, demonstra-se que, realmente, já teria cumprido a própria sanção.

E as questões processuais, que são previstas no ordenamento jurídico, vão permitindo que o tempo vá se estendendo. E, após anos e anos, 11 anos da decisão, 2007, vem a cumprir agora. O lapso temporal, realmente, é inacreditável.

Então, nas três questões, acompanho integralmente o voto, pedindo novamente vênias ao Ministro Marco Aurélio da divergência levantada pelo Ministro Luís Roberto Barroso.

PRIMEIRA TURMA EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS Nº 138.092

PROCED.: RIO DE JANEIRO

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. ROBERTO BARROSO

PACTE.(S): AXEL RIPOLL HAMER

IMPTE.(S): MANUEL DE JESUS SOARES (19552/RJ)

ADV.(A/S): NÉLIO ROBERTO SEIDL MACHADO (23532/RJ)

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Após a leitura do relatório, o Ministro Marco Aurélio, Presidente e Relator, adiou o julgamento do processo. Falaram: o Dr. Nélio Roberto Seidl Machado, pelo Paciente, e a Dra. Cláudia Sampaio Marques, Subprocuradora-Geral da República, pelo Ministério Público Federal. Primeira Turma, 10.10.2017.

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio, Relator, que concedia a ordem, pediu vista dos autos o Ministro Luís Roberto Barroso. Presidência do Ministro Alexandre de Moraes. Primeira Turma, 6.2.2018.

Decisão: A Turma, por maioria, denegou a ordem e revogou a liminar anteriormente deferida, nos termos do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, Redator para o acórdão, vencido o Ministro Marco Aurélio, Relator. Presidência do Ministro Alexandre de Moraes. Primeira Turma, 20.2.2018.

Presidência do Senhor Ministro Alexandre de Moraes. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux, Rosa Weber e Luís Roberto Barroso.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Juliano Baiocchi Villa-Verde de Carvalho.

Carmen Lilian Oliveira de Souza

Secretária da Primeira Turma

HABEAS CORPUS Nº 137.637 / DISTRITO FEDERAL

06/03/2018

PRIMEIRA TURMA

RELATOR: MIN. LUIZ FUX

PACTE.(S): PAULO OCTAVIO ALVES PEREIRA

IMPTE.(S): CEZAR ROBERTO BITENCOURT E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL E PENAL. CRIMES DE QUADRILHA, CORRUPÇÃO PASSIVA, CORRUPÇÃO ATIVA E LAVAGEM OU OCULTAÇÃO DE BENS, DIREITOS E VALORES. ARTIGOS 288 (REDAÇÃO ANTERIOR), 317 E 333 DO CÓDIGO PENAL E ARTIGO 1º DA LEI Nº 9.613/98. INEXISTÊNCIA DE TERATOLOGIA, ABUSO DE PODER OU FLAGRANTE ILEGALIDADE. DESMEMBRAMENTO DE AÇÃO PENAL QUANTO A RÉU CUJA DENÚNCIA NÃO FORA RECEBIDA NA INSTÂNCIA SUPERIOR. OFERECIMENTO DE NOVA DENÚNCIA DE DISTINTO TEOR PERANTE O JUÍZO COMPETENTE. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO REGRAMENTO ATINENTE AO INSTITUTO DO ADITAMENTO À DENÚNCIA. PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DO *PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF*. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO *HABEAS CORPUS* COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL.

1. A denúncia pode ser aditada a qualquer tempo antes da sentença final – garantido o exercício do devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, modificando a situação jurídica do acusado, inclusive para fins de alteração da imputação e/ou inclusão de coautores na peça acusatória; máxime quando a inicial sequer fora recebida originariamente e as alterações realizadas já após o desmembramento da respectiva ação penal, remetida ao juízo competente.

2. *In casu*, a) o ora paciente, conjuntamente com outros 36 (trinta e seis) acusados, foi denunciado perante o STJ a partir de investigações realizadas no âmbito da denominada “Operação Caixa de Pandora”; b) a Suprema Corte Superior, ao examinar a admissibilidade da peça acusatória, a recebeu estritamente

em relação ao único acusado que possuía prerrogativa de foro perante aquele Tribunal, determinando, quanto aos demais, a remessa dos autos ao TJDFT; c) recebidos os autos na Corte local, a denúncia foi ratificada pela Procuradora-Geral de Justiça do MPDFT, tendo aquele último Tribunal, contudo, recebido a peça acusatória apenas em relação aos três acusados que lá possuíam prerrogativa de foro, determinando, quanto aos demais, a remessa dos autos ao juízo natural de 1ª instância; d) finalmente, recebidas as peças processuais pelo juízo de primeiro grau, o MPDFT, ao invés de ratificar novamente a peça acusatória, invocou critério de conexão para cindir a acusação, oferecendo 17 (dezesete) diferentes denúncias, entre as quais a oferecida em face do ora paciente, nas quais alterou parcialmente o teor das imputações originárias, inclusive para incluir novos acusados.

3. A teratologia ou abuso de poder ou flagrante ilegalidade não se caracteriza pelo fato de os membros do Ministério Público legitimados para atuar perante a 1ª instância da Justiça do Distrito Federal e Territórios alterarem a estratégia acusatória que fora adotada pelos agentes ministeriais legitimados para atuar perante o STJ e o TJDFT, uma vez que, independentemente de eventual subordinação administrativa, não há, quanto à atividade-fim, dado o princípio da independência funcional que é basilar à atuação do Ministério Público, qualquer espécie de vinculação técnica entre os membros da instituição que atuam perante instâncias diversas.

4. O princípio da independência funcional está diretamente atrelado à atividade finalística desenvolvida pelos membros do Ministério Público, gravitando em torno das garantias (a) de uma atuação livre no plano técnico-jurídico, isto é, sem qualquer subordinação a eventuais recomendações exaradas pelos órgãos superiores da instituição; e (b) de não poder ser responsabilizado pelos atos praticados no estrito exercício de suas funções.

5. Consoante o postulado do promotor natural, a definição do membro do Ministério Público competente para officiar em um caso deve observar as regras previamente estabelecidas pela instituição para distribuição de atribuições em um determinado foro de atuação, obstando-se a interferência hierárquica indevida da chefia do órgão por meio de eventuais designações especiais.

6. A proteção efetiva e substancial ao princípio do promotor natural impede que o superior hierárquico designe o promotor competente, bem como imponha a orientação técnica a ser observada.

7. Os subprincípios da imparcialidade e do livre convencimento são corolários do princípio da independência funcional assegurado

aos membros do Ministério Público, sem qualquer prejuízo ao postulado da obrigatoriedade que, como regra, pauta a ação penal pública no sistema jurídico brasileiro.

8. Consectariamente, ostenta o membro do Ministério Público plena liberdade funcional não apenas na avaliação inicial que faz, ao final da fase de investigação, para aferir a existência de justa causa para o oferecimento da peça acusatória; como também no exame que realiza, ao final da instrução processual, quanto à comprovação dos indícios de autoria originariamente cogitados, sendo certo que a imparcialidade na formação da *opinio delicti* se efetiva na hipótese em que o membro do Ministério Público é efetivamente livre na formação de seu convencimento, o que implica dizer, por óbvio, que sua atuação de modo algum poderá ser vinculada a eventual valoração técnico-jurídica pretérita dos fatos sob avaliação, mesmo que proveniente de outro membro da instituição que possua atribuição para atuar em instância superior àquele primeiro.

9. *In casu*, é irrelevante que outros membros do Ministério Público com atribuição para atuar em instância superior, em virtude da análise dos mesmos fatos, tenham, anteriormente, oferecido denúncia de diferente teor em face do ora paciente, uma vez que, conforme devidamente reconhecido pelos órgãos jurisdicionais a que submetida a pretensão, não eram aqueles, porquanto incompetente o juízo, os promotores naturais para exercer a pretensão acusatória. Consectariamente, possuindo o promotor natural – aquele com atribuição para atuar na 1ª instância – entendimento jurídico diverso e não se encontrando tecnicamente subordinado àqueles primeiros, não há qualquer nulidade na alteração do teor da peça acusatória que fora por eles oferecida.

10. A nulidade alegada pela defesa de que sofrera prejuízo em decorrência do fato de que, por ter se pronunciado nas instâncias superiores anteriormente ao desmembramento da ação penal, adiantara suas exceções processuais e de mérito não se verifica. Isso porque, além da alegação defensiva ser incompatível com o princípio da independência funcional – já que é plena a liberdade do promotor natural para formar sua *opinio delicti*, independentemente dela, eventualmente, corroborar o alegado pela defesa em fases anteriores do processo –, não houve comprovação quanto a nenhum prejuízo concreto que o ora paciente possa ter sofrido em decorrência da cogitada valoração.

11. As nulidades reclamam, para seu reconhecimento, a comprovação de prejuízo (art. 563 do Código de Processo Penal), vedada a presunção, com o escopo de se evitar excessivo formalismo em prejuízo da

adequada prestação jurisdicional, na esteira da aplicação do princípio *pas de nullité sans grief*, aplicável às nulidades absolutas e relativas.

12. Inexiste excepcionalidade que permita a concessão da ordem, ante a ausência de teratologia na decisão do Superior Tribunal de Justiça que negou provimento ao recurso em *habeas corpus* lá impetrado.

13. Voto pela denegação da ordem de *habeas corpus*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Alexandre de Moraes, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, em denegar a ordem, nos termos do voto do Relator. Impedido o Ministro Marco Aurélio.

Brasília, 6 de março de 2018.

MINISTRO LUIZ FUX – RELATOR

06/03/2018
PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS Nº 137.637 / DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. LUIZ FUX

PACTE.(S): PAULO OCTAVIO ALVES PEREIRA

IMPTE.(S): CEZAR ROBERTO BITENCOURT E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ANTECIPAÇÃO AO RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Eu não recebi nenhuma peça por escrito, apenas uma mensagem que foi captada pelo Gabinete, e eu só vou esclarecer o que era: eu, como membro integrante da Corte Especial do STJ, funcionei num incidente que se referia à Operação Caixa de Pandora, na prisão de um determinado integrante; depois, quando essa denúncia foi recebida, eu não estava mais lá. Então, eu não funcionei em nenhuma matéria de fato ou de direito que diga respeito ao cliente do eminente Advogado, que, lealmente, não suscita agora o impedimento.

Então, eu vou desconsiderar essa questão.

06/03/2018
PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS Nº 137.637 / DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. LUIZ FUX

PACTE.(S): PAULO OCTAVIO ALVES PEREIRA

IMPTE.(S): CEZAR ROBERTO BITENCOURT E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça que negou provimento ao recurso em *habeas corpus* nº 66.137, *in verbis*:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. 1. OPERAÇÃO CAIXA DE PANDORA. DENÚNCIA APRESENTADA PELO MPF PERANTE O STJ. DESMEMBRAMENTO DO PROCESSO. RATIFICAÇÃO DA DENÚNCIA PELA PGJ PERANTE O TJDF. NOVO DESMEMBRAMENTO. ACUSADOS SEM FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. LIVRE DISTRIBUIÇÃO DOS AUTOS PERANTE A 7ª VARA CRIMINAL DE BRASÍLIA. DENÚNCIA ORIGINAL REFORMULADA EM 17 NOVAS INICIAIS. IRRESIGNAÇÃO DA DEFESA. 2. NÃO VINCULAÇÃO DO MPDFT A *OPINIO DELICTI* EXARADA PELO MPF. RATIFICAÇÃO PELA PGJ. IRRELEVÂNCIA. INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DO ÓRGÃO ACUSADOR ATUANTE EM PRIMEIRO GRAU. 3. AUSÊNCIA DE RATIFICAÇÃO QUE NÃO REVELA DESISTÊNCIA DA AÇÃO PENAL. OBRIGATORIEDADE E INDISPONIBILIDADE. PRINCÍPIOS QUE NÃO OBRIGAM À RATIFICAÇÃO DE DENÚNCIA OFERECIDA POR ÓRGÃO SEM LEGITIMIDADE PARA FUNCIONAR NA INSTÂNCIA PRIMEIRA. ANGULARIZAÇÃO PROCESSUAL OCORRIDA APENAS EM PRIMEIRO GRAU. IMPOSSIBILIDADE DE DESISTÊNCIA ANTES DA APRESENTAÇÃO DA INICIAL PELO ÓRGÃO LEGITIMADO. 4. UTILIZAÇÃO DOS ARGUMENTOS JÁ APRESENTADOS NA DEFESA PRELIMINAR PERANTE O STJ. MALFERIMENTO À PARIDADE DE ARMAS E À SEGURANÇA JURÍDICA. INOCORRÊNCIA. PEÇA APRESENTADA ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. MANIFESTAÇÃO QUE OBJETIVA SUA REJEIÇÃO. EVENTUAL INÉPCIA QUE NÃO IMPEDE NOVA DENÚNCIA. POSSIBILIDADE DE APRIMORAMENTO DA INICIAL. SITUAÇÃO QUE ASSEGURA A AMPLA DEFESA. 5. VIOLAÇÃO DAS REGRAS DE CONEXÃO. NÃO OCORRÊNCIA. AÇÕES PENAIS CONCENTRADAS NO MESMO JUÍZO. COMPETÊNCIA DO JUIZ DA 7ª

VARA CRIMINAL DE BRASÍLIA. 6. OFENSA À REGRA DO ART. 80 DO CPP. NÃO VERIFICAÇÃO. SEPARAÇÃO FACULTATIVA DE PROCESSOS CONEXOS. NORMA QUE JUSTIFICA O DESMEMBRAMENTO DO FEITO PELO STJ E PELO TJDF. MANUTENÇÃO DOS PROCESSOS CONEXOS NA 7ª VARA CRIMINAL DE BRASÍLIA. REGRA QUE DIZ RESPEITO À COMPETÊNCIA. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO SOBRE A QUANTIDADE DE AÇÕES PENAIS PROPOSTAS. 7. IRRESIGNAÇÃO QUANTO À TÉCNICA ACUSATÓRIA. VIOLAÇÃO DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. EXCESSO ACUSATÓRIO. INOCORRÊNCIA. PLURALIDADE DE DENÚNCIAS QUE PRIMA PELO PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. EMBORA COMPREENSÍVEL, DO PONTO DE VISTA OPERACIONAL, A INSATISFAÇÃO DA DEFESA COM A TÉCNICA DE ACUSAÇÃO, NÃO HÁ QUE SE FALAR EM CONSTRANGIMENTO ILEGAL 8. RECURSO EM *HABEAS CORPUS* IMPROVIDO.

1. O presente recurso em *habeas corpus* objetiva, em síntese, a anulação das 17 (dezessete) ações penais em trâmite na 7ª Vara Criminal de Brasília, referentes à denominada “Operação Caixa de Pandora”. O pleito se fundamenta na suposta impossibilidade de cisão de uma denúncia única, apresentada inicialmente pelo Ministério Público Federal e ratificada num segundo momento pela Procuradoria-Geral de Justiça em 17 (dezessete) novas denúncias, apresentadas pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, pelos crimes de corrupção ativa, corrupção passiva, quadrilha e lavagem de dinheiro, na instância primeira.

2. Não há se falar que o MPDFT invalidou denúncia apresentada pelo MPF e ratificada pela PGJ, pois nem o MPF nem a PGJ possuem legitimidade para processar os acusados perante o Juízo de primeiro grau, razão pela qual a não ratificação pelo órgão legitimado não implica juízo negativo de valor sobre a denúncia apresentada em outras instâncias, dada a manifesta independência existente. Não cabe à PGJ se imiscuir na atuação dos promotores atuantes em primeiro grau, salvo hipóteses específicas, legalmente previstas (art. 28 do CPP). Entender de modo diverso, ou seja, considerar que os promotores atuantes em primeiro grau se encontram submetidos ao prévio entendimento esposado pelo MPF ou mesmo pela PGJ seria verdadeira subversão da estrutura do Ministério Público, instituição tão cara ao regime democrático e ao ordenamento jurídico, cuja previsão constitucional não deixa dúvidas acerca da sua autonomia e independência funcional.

3. A não ratificação da denúncia apresentada pelo MPF não pode ser tratada como desistência da ação penal, como pretende a defesa do recorrente, até mesmo porque não se mostra possível ao

MPDFT desistir de ação proposta pelo MPF ou vice-versa. De fato, o declínio da competência, com alteração do órgão legitimado para a *persecutio criminis*, por certo não revela desistência da ação penal nem pode ser atribuído ao *Parquet*, uma vez que determinado pelo órgão jurisdicional. Igualmente, não se extrai da leitura da norma trazida no art. 42 do Código de Processo Penal a obrigatoriedade de ratificação da denúncia oferecida por órgão acusatório carente de legitimidade, sendo, portanto, vedada a desistência quando pleiteada pelo próprio *órgão que deu início à ação penal, situação não verificada no caso dos autos*.

4. Eventual utilização dos argumentos apresentados em defesa preliminar perante o STJ, pelo MPDFT, não revela qualquer irregularidade. De fato, a defesa preliminar tem previsão no art. 4º da Lei nº 8.038/1990 e é apresentada antes do recebimento da denúncia, trazendo, em regra, fundamentos para sua rejeição. Dessarte, acaso mantida a ação penal perante o Superior Tribunal de Justiça, sendo acolhida a defesa preliminar, a ponto de gerar a rejeição da denúncia por inépcia, por exemplo, tem-se que o Ministério Público não estaria impedido de oferecer nova inicial acusatória, sanando os defeitos que levaram à inépcia, inclusive se valendo dos fundamentos apresentados pela defesa, visando à apresentação de peça acusatória que permita ao recorrente o exercício do contraditório e da ampla defesa. No ponto, importante registrar que a irrisignação do recorrente, em virtude de o MPDFT ter tido oportunidade de formular uma nova denúncia por lavagem de dinheiro, sem o vício da inépcia reconhecido pelo STJ, não encontra amparo legal. De fato, denúncias formalmente ineptas podem ser reformuladas com a correção dos vícios anteriormente apresentados, situação inclusive que justifica a não ratificação pelo MPDFT de denúncia já considerada parcialmente inepta.

5. As regras de conexão e continência dizem respeito à competência para julgamento do processo, visando a evitar decisões contraditórias, bem como imprimir celeridade processual em causas que tenham relação entre si. Dessa forma, encontrando-se todas as 17 (dezessete) ações penais no mesmo juízo, tem-se observada a regra de conexão. Dúvidas não há sobre a competência originária para julgar o recorrente. De fato, cuidando-se de acusado sem foro por prerrogativa de função, a competência é de uma das varas criminais de Brasília, local onde os fatos se consumaram. Nesse contexto, os autos da investigação foram distribuídos aleatoriamente à 7ª Vara Criminal de Brasília, portanto, Juiz Natural da causa, com atuação do Promotor Natural.

6. A regra do art. 80 do Código de Processo Penal, a qual dispõe ser facultativa a separação dos processos quando diversas as circunstâncias fáticas, bem como quando for excessivo o número de acusados, diz respeito à *não atração do processo por conexão*, fundamento utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça, bem como pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, para cindir a acusação. Não se trata de manter os fatos narrados concentrados na mesma denúncia e, por consequência, na mesma ação penal, mas sim de manter os processos conexos sob a competência do mesmo Juízo.

7. O recorrente não demonstrou em que medida os princípios do contraditório e da ampla defesa estariam violados pela apresentação de 17 (dezesete) denúncias. De fato, não havendo vinculação do MPDFT à denúncia apresentada pelo MPF, tem-se que a apresentação de denúncia única, contendo os mesmos fatos apresentados nas 17 (dezesete) denúncias, por certo não diminuiria o ônus da defesa, cuidando-se, ademais, de afirmação sem qualquer respaldo empírico. Outrossim, denúncia única contra 33 (trinta e três) acusados, por diversos fatos, acarretaria um único processo, com infindáveis volumes, tornando também difícil o manuseio dos autos. Note-se que o processo chegou ao primeiro grau contando já com 43 (quarenta e três) volumes, 324 (trezentos e vinte e quatro) apensos e 1 (um) HD interno (e-STJ fl. 420). Nesse contexto, entendo que o ônus da defesa não advém da fórmula acusatória, mas sim dos fatos em si, que apresentam complexidade ímpar. Em suma, embora compreensível a insatisfação da defesa, quanto à técnica de acusação, do ponto de vista operacional, não há, na hipótese vertente, constrangimento ilegal. Precedentes.

8. Recurso em *habeas corpus* improvido.

Colhe-se dos autos que o ora paciente, conjuntamente com outros 36 (trinta e seis) acusados, foi denunciado perante o STJ a partir de investigações realizadas no âmbito da denominada “Operação Caixa de Pandora”, efetuadas com o objetivo de apurar a existência de suposta organização criminosa envolvendo empresários e integrantes do Governo do Distrito Federal, Deputados Distritais, Desembargadores do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e Membros do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

O STJ, ao examinar a admissibilidade da peça acusatória, recebeu-a estritamente em relação ao único acusado que, por ser Conselheiro do TCDFT, possuía prerrogativa de foro perante aquela Corte Superior, determinando, quanto aos demais, a remessa dos autos ao TJDFT. O STJ, ademais, quanto àquele único acusado, rejeitou parcialmente a denúncia, sob a alegação de inépcia, quanto ao crime

de lavagem de dinheiro, recebendo-a apenas em relação aos crimes de corrupção ativa, corrupção passiva e formação de quadrilha.

Recebidos os autos no TJDF, a denúncia foi ratificada pela Procuradora-Geral de Justiça do MPDFT. A Corte local, contudo, recebeu a peça acusatória apenas em relação aos três acusados que, por serem Deputados Distritais, possuíam prerrogativa de foro perante aquele Tribunal, determinando, quanto aos demais, a remessa dos autos ao juízo natural de 1ª instância.

Recebidas as peças processuais pelo juízo de primeiro grau, o MPDFT, ao invés de ratificar novamente a peça acusatória quanto aos denunciados remanescentes, invocou critério de conexão para cindir a acusação, oferecendo 17 (dezesete) diferentes denúncias, nas quais alterou parcialmente o teor das imputações originárias, inclusive para incluir novos acusados.

Então, citado nos autos do respectivo processo em que foi denunciado, o ora recorrente ofereceu resposta à acusação, ocasião em que alegou que “(...) os Promotores do MPDFT, oficiantes perante o Juízo de piso (GAECO), inovando no mundo jurídico e em relação ao posicionamento da própria PGJ do MPDFT, que os antecedeu na avaliação desta denúncia, substituíram a denúncia original do MPF, já recebida pelo STJ e pelo TJDF em relação àqueles que, naquelas Cortes, respectivamente, possuíam foro, em 17 (dezesete) novas denúncias, acrescentando novos conteúdos nessas peças e, pior, aproveitando-se das defesas apresentadas e expostas ao STJ (...)”. Requereu, assim, fosse declarada a nulidade da cisão promovida pelo Ministério Público, o que, contudo, foi rejeitado pelo juízo de 1º grau, que recebeu a denúncia em face do ora paciente.

Em face da decisão que admitiu a peça acusatória, foi impetrado *habeas corpus* perante o TJDF, cuja ordem foi denegada.

Ato contínuo, a defesa interpôs recurso em *habeas corpus* ao STJ, o qual foi desprovido, nos termos da ementa supratranscrita.

No presente *habeas corpus*, a defesa alegou, em síntese, violação aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e da indisponibilidade da ação penal, por considerar ser um “absurdo jurídico sem precedentes” a divisão de uma denúncia em outras 17 (dezesete), pois, segundo entende, a denúncia oferecida num primeiro momento não pode ser abandonada no mundo jurídico nem trocada por outras, porquanto *no caso dos autos, o MPF, profundo conhecedor dos fatos que investigou durante quase 4 anos, optou por denunciar, em uma única peça, acusados com e sem prerrogativa de foro perante o STJ, afastando, nesse ponto a competência em razão da pessoa (ratione personae), em privilégio da conexão (art. 76 do CPP2), que é causa modificadora da competência, razão pela qual a denúncia era, ao tempo em que foi oferecida, válida e, conseqüentemente, inatacável; que os membros do Parquet que a subscreveram, quando o fizeram, possuíam atribuições para tanto, ou seja, estavam legalmente amparados para fazê-lo.*

Ademais, sustentou que a defesa preliminar já apresentada pelos denunciados perante outros juízos foi usada “pelo Parquet como uma armadilha” e possibilitou ao órgão acusador *preencher lacunas da sua inicial*, violando, assim, a paridade de armas e a segurança jurídica.

Argumentou que o prejuízo é evidente, uma vez que a acusação se manifestou após conhecer os argumentos da defesa, além de ter tido oportunidade de formular uma nova denúncia por lavagem de dinheiro, sem o vício da inépcia reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça.

Aduziu que, com o recebimento das denúncias nas instâncias superiores, já fora angularizada a relação processual, de modo que o órgão ministerial não mais poderia modificar o teor da acusação, sob pena de violação dos artigos 42 e 396-A do CPP.

Ponderou, por fim, que a possibilidade prevista no art. 80 do CPP de separação de processos é de conhecimento exclusivo do órgão jurisdicional, de modo que cabia ao Ministério Público, em razão do princípio da indisponibilidade da ação penal pública, ter oferecido uma única peça acusatória para que o juízo natural pudesse dela conhecer e, se fosse o caso, deliberar pela aplicação do disposto na supracitada regra processual.

Ao final, formulou pedido nos seguintes termos:

1) A concessão de liminar para que seja determinado o sobrestamento da ação penal nº 2013.01.1.122065-5 e todas as demais, bem como de todos os feitos a elas conexos, em tramitação na 7ª Vara Criminal do Distrito Federal, suspendendo-se ainda, por consequência, as audiências de instrução já marcadas, até o julgamento de mérito do presente *writ*;

2) No mérito, a concessão da presente ordem para que o Colendo TJDFT determine a anulação de todo o processado, a partir do oferecimento da denúncia, que caracteriza o desmembramento da denúncia do MPF em outras 17 pelo MPDFT, inclusive, restabelecendo-se a acusação original, com consequente unificação de todos os 17 feitos sob a forma de uma única e mesma denúncia, aquela oferecida perante o c. STJ, sob pena de grave violação às garantias constitucionais da ampla defesa, contraditório, devido processo legal; Para que se evitem discussões laterais sobre prejuízos ou limites do que se anular, destaca-se, desde logo, que sejam anulados todos os atos decisórios, inclusive os recebimentos das denúncias fatiadas, preservando-se, contudo, todas as audiências já realizadas e as provas nelas produzidas, como medida de economia processual.

O pedido liminar foi negado em decisão de minha relatoria.

Posteriormente, o D. Representante do Ministério Público Federal ofereceu parecer pelo não conhecimento do *writ*.

A seguir, em decisão monocrática de minha autoria, negou-se seguimento ao presente *habeas corpus*, com fundamento no art. 21, §1º, do RISTF.

Inconformada, a defesa interpôs agravo regimental, alegando a nulidade da decisão monocrática proferida, sob justificativa de afronta ao RISTF. Para tanto, argumentou, em síntese, que “o presente *habeas corpus*, na forma como anunciado em sua inicial, não tem por objeto matéria com entendimento consolidado em jurisprudência, mas apresenta questão jurídica sem precedentes, que mereceu amplo debate nas instâncias pelas quais passou e larga fundamentação das decisões que a analisaram, o que por si só evidencia não ser manifestamente inadmissível ou improcedente”. Neste contexto, requereu, *in verbis*: “(...) a reconsideração da decisão agravada para o fim de determinar o regular processamento do presente *habeas corpus*, com seu julgamento pela Turma”.

A Primeira Turma do STF, então, em julgamento virtual concluído na data de 02/06/2017, deu provimento ao agravo regimental, para o estrito fim de “reconhecer a nulidade, por contrariedade ao disposto no art. 21, §1º, do RISTF, da decisão monocrática recorrida e, conseqüentemente, submeter o *writ* à apreciação da Primeira Turma deste Tribunal, órgão colegiado competente, em ambiente presencial”.

É o relatório.

06/03/2018
PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS Nº 137.637 / DISTRITO FEDERAL

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) – Senhor Presidente, a habilidade técnica do Patrono que sustentou na tribuna mostra quão gravoso esse nosso sacerdócio, essa nossa função.

Entretanto, fiz aqui algumas observações, e a primeira delas, prevalecida aqui no Supremo Tribunal, é no sentido de que o *habeas corpus* para o Supremo Tribunal Federal tem de ser absolutamente excepcional. No caso, seria, digamos assim, um substitutivo de recurso ordinário que nós temos mitigado.

Mas, ao mesmo tempo, desde recente data, em que o Ministro Celso de Mello lavrou um acórdão bem amplo, de amplo espectro, o *habeas corpus* é recebido quando há ameaça à liberdade de ir e vir. Nós estamos aqui discutindo uma questão processual que poderá ser debatida no primeiro grau, diante desse desmembramento das denúncias; vai poder ser debatida na sentença, na apelação; no recurso especial, principalmente, porque a matéria de violação da lei federal já está prequestionada, quiçá a matéria constitucional. Isso, porque o eminente Patrono, Doutor Antônio Carlos, já prepara suas peças com esses prequestionamentos desde a origem.

Então, aqui, não há nenhuma ameaça à liberdade de ir e vir, em primeiro lugar.

Uma segunda observação é a seguinte: realmente, a regra *in procedendo* do desmembramento do processo para facilitar a instrução etc., ela é uma regra

que depende da anuência do juiz, mas não inibe o Ministério Público de requerer. E, se o Ministério Público desmembra e o juiz aceita, é porque o juiz aceitou o desmembramento solicitado pelo Ministério Público.

Por outro lado, tanto o quanto eu pude ler detalhadamente do processo, a denúncia contra o paciente não foi recebida no STJ nem no TRF. O interesse é a denúncia recebida lá. Quer dizer, com a sua habilidade técnica – que aí, sem nenhuma demagogia –, o eminente Advogado vai ter um amplo campo de debate, obedecido o devido processo legal, nessa primeira instância onde evidentemente se desmembrou o processo. Se há, digamos assim, uma acusação infracionada, o eminente Advogado há de comprovar, por meio da continuidade delitiva ou do princípio da concussão, que algumas condutas estão contidas nas outras.

Exatamente essa a linha que o STJ se manifestou neste acórdão contra o qual se volta o eminente Advogado, não havendo nenhuma teratologia. O acórdão do STJ é bastante extenso. São sete itens e mais de cinco laudas em que o recurso em *habeas corpus* foi improvido.

A sugestão de voto que proponho ao Colegiado, diante desse pano de fundo e das minúcias também aqui lançadas da tribuna, que facilitam o nosso julgamento, eu vou tentar traduzir numa ementa autoexplicativa. Uma questão meramente formal, não vou entrar no fato em si.

06/03/2018
PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS Nº 137.637 / DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): O Supremo Tribunal Federal tem concedido *habeas corpus* em casos de teratologia ou de flagrante ilegalidade, o que não se verifica na hipótese *sub examine*. É que o Superior Tribunal de Justiça em sua fundamentação assentou, *verbis*:

[...]

Nesse contexto, tem-se que não se sustenta o argumento do recorrente no sentido de que a denúncia oferecida pelo MPF não pode ser abandonada no mundo jurídico nem substituída por outra(s), considerando a situação como verdadeiro absurdo jurídico sem precedentes. De fato, a denúncia pode ser rejeitada, aditada, considerada inepta, bem como substituída, a depender das especificidades do caso concreto, cuidando-se de situações totalmente albergadas pelo ordenamento jurídico pátrio.

Aliás, nos autos do Inquérito nº 2424/RJ, ao examinar as questões do desmembramento e da atuação dos órgãos ministeriais, o eminente Ministro Cezar Peluso fez a distinção entre a denúncia recebida e a peça inicial ainda não recebida, para fins de encaminhamento de fatos envolvendo diversos investigados. Veja-se:

(...) Daí, aliás, a não menor impropriedade em cogitar-se de desmembramento de causas penais, no rigoroso sentido técnico da expressão, pois o que, a esse título jurídico aparente, se deu na hipótese foi apenas a remessa, a requerimento do Ministério Público enquanto *dominus litis* e senhor da conveniência desse alvitre, de cópia do inquérito ao juízo que é competente para, segundo aviso do Ministério Público local, determinar outras eventuais diligências de investigação, ou deliberar acerca de denúncia que, com relação a fatos diversos, fosse apresentada contra os demais suspeitos, os quais não fazem jus a foro especial por prerrogativa de função. Desmembramento haveria, apenas se, ao tempo daquela mera providência de cunho não mais que administrativo, já pendesse, nesta Corte, ação penal contra todos os suspeitos, caso em que, aí, sim, deslocamento da causa penal, relativa a denunciados sem prerrogativa de foro, para outro juízo, implicaria separação de processos, enquanto fenômeno situado no âmbito da disciplina normativa da competência, perante o qual teria lugar e pertinência à discussão sobre sua admissibilidade ou legitimidade.

No caso em comento, relembre-se: a denúncia oferecida perante este STJ não havia sido apreciada, quando do primeiro desmembramento; também o TJDFT realizou o segundo desmembramento antes mesmo do recebimento da peça inicial, quanto aos Deputados Distritais à época. Os promotores de justiça oficiantes optaram, então, por outra técnica de acusação (cisão por núcleos político e empresarial UNIREPRO, Infoeducacional, Call, B2Br, ADLER, LINKNET, VERTAX, CAPBRASIL), com o objetivo de obter a melhor prestação jurisdicional. [...]

In casu, consoante também destacou o Superior Tribunal de Justiça, “a denúncia foi recebida apenas contra o réu Domingos Lamoglia, pelos crimes de corrupção ativa, corrupção passiva e quadrilha, sendo rejeitada quanto ao crime de lavagem de dinheiro, por considerar-se inepta a denúncia, assentando-se, ainda, que com o desmembramento, a denúncia foi ratificada pela Procuradoria-Geral de Justiça do MPDFT, com relação aos réus com foro por prerrogativa de função perante o TJDFT, sendo o processo dos demais

acusados remetido ao primeiro grau. Nesse momento, os Promotores do GAECO, em vez de apenas ratificar a inicial, dividiram a acusação em 17 (dezesete) novas denúncias, inserindo, segundo o recorrente, argumentos já apresentados pelos acusados em defesa preliminar.”

Sobre estes apontamentos, cabe destacar, inicialmente, que a única denúncia que restou recebida em face do ora paciente foi aquela apresentada na 1ª instância da Justiça do Distrito Federal e Territórios.

Com efeito, embora, no contexto da “Operação Caixa de Pandora”, o nome do ora paciente, em virtude dos desmembramentos determinados pelos órgãos jurisdicionais competentes, tenha figurado, sucessivamente, nas denúncias apresentadas no STJ, TJDFT (considerando que a peça acusatória proposta no Tribunal Superior foi, posteriormente, ratificada perante a Corte local) e na 1ª instância da justiça distrital (neste caso, a partir da cisão daquela denúncia originária em diferentes peças acusatórias, uma delas abrangendo os fatos atribuídos ao paciente), aquelas duas primeiras denúncias não foram recebidas com relação a ele, mas apenas, respectivamente, no que tange aos acusados que possuíam foro especial por prerrogativa de função no STJ e TJDFT.

Ou seja, a única ação penal efetivamente instaurada em face do ora paciente é aquela que tramita perante o juízo de 1º grau da Justiça do Distrito Federal e Territórios, uma vez que, tanto no STJ quanto no TJDFT, as respectivas determinações de desmembramento foram exaradas sem que, quanto a ele, a denúncia houvesse sido recebida. Isto é, em outras palavras, foram as decisões de desmembramento proferidas antes que houvesse, quanto ao ora paciente, a angularização da relação processual.

Não se pode olvidar, efetivamente, que, nos termos do art. 363, *caput*, do CPP, “o processo terá completada a sua formação quando realizada a citação do acusado”, sendo que, de acordo tanto com o art. 396 do mesmo Diploma Processual (aplicável ao rito ordinário) quanto com o art. 7º da Lei nº 8.038/90 (aplicável às ações penais de competência originária de Tribunais Superiores), o ato de citação só é determinado pelo juízo competente após o recebimento da denúncia.

Impende enfatizar estas circunstâncias fático-processuais para se esclarecer que, no presente caso, a rigor, nem sequer se está a discutir a possibilidade de aditamento da denúncia no curso da ação penal, uma vez que, repita-se, quando os promotores do GAECO deduziram a pretensão acusatória em face do ora paciente, não havia nenhuma ação penal em face dele legitimamente instaurada.

De qualquer modo, a invocação do mencionado instituto não deixa de ser pertinente para a presente discussão, mormente para se ressaltar que se o aditamento é admitido para – a qualquer tempo antes da sentença final e desde que se garanta, oportunamente, o exercício do devido processo legal, ampla defesa e contraditório – modificar a situação jurídica de agente já denunciado, inclusive para fins de alteração da imputação e/ou inclusão de coautores; com muito mais segurança se pode qualificar como compatível com o sistema processual pátrio a modificação do teor de peça acusatória que sequer fora recebida originariamente em face do ora paciente, tendo sido apenas posteriormente às alterações realizadas, já quando oferecida perante o juízo competente.

O aditamento pode, com efeito, nos termos da jurisprudência desta Corte, ocorrer *a qualquer tempo, com vistas a sanar omissões, desde que ocorra (i) em momento anterior à prolação da sentença final e (ii) seja oportunizado ao réu o exercício do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, ex vi do art. 5º, LIV e LV*. Nesse sentido:

PROCESSO PENAL E PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO QUALIFICADO E EXTORSÃO. NULIDADES. ADITAMENTO DA DENÚNCIA. INCLUSÃO DE RÉU ANTES DA SENTENÇA FINAL. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL AUTORIZATIVA DO COGNOMINADO ARQUIVAMENTO IMPLÍCITO. OFENSA À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO PELO ACUSADO. NÃO OCORRÊNCIA. RÉU DEVIDAMENTE CITADO. OPORTUNIZADA A PRODUÇÃO DE PROVAS. RECONHECIMENTO PESSOAL DO PACIENTE. RECONHECIMENTO DE OBJETO. VIOLAÇÃO DOS ART. 226 E 227 DO CPP NÃO CONFIGURADA. INEXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE EM SEDE DE *HABEAS CORPUS*. RECURSO ORDINÁRIO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, DESPROVIDO. 1. O arquivamento implícito não foi concebido pelo ordenamento jurídico brasileiro, de modo que nada obsta que o *Parquet* proceda ao aditamento da exordial acusatória, no momento em que se verificar a presença de indícios suficientes de autoria de outro corréu. (Precedentes: AI nº 803138 AgR/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Dje 15.10.2012; HC nº 104356/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, Dje 02.12.2010; RHC nº 95141/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, Dje 23.10.2009). 2. *O aditamento da denúncia pode ser feito, a qualquer tempo, com vistas a sanar omissões, desde que ocorra (i) em momento anterior à prolação da sentença final e (ii) seja oportunizado ao réu o exercício do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, ex vi do art. 5º, LIV e LV*. 3. *In casu*, o aresto assentou: "(...) verifica-se que embora existissem informações suficientes para se atribuir a Rodney Roldan o crime de extorsão a denúncia foi omissa. Todavia, não houve requerimento de arquivamento a esse respeito. Tal irregularidade, não verificada judicialmente, resultou no recebimento da denúncia sem que os autos retornassem ao Ministério Público, para o necessário aditamento. Entretanto, depois, verificadas também na instrução criminal, indicações do recorrente em tal delito, foi providenciado o aditamento à denúncia." (fl. 90) 4. A análise da suposta nulidade do auto de reconhecimento de objeto e da inexistência de indícios de autoria reclama a incursão no arcabouço fático-probatório acostado aos autos, o que não se afigura possível na estreita via do *habeas corpus*. 5. *Recurso desprovido*. (RHC 113.273, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, Dje de 14/08/2013).

No presente caso, é inquestionável que, em comparação à denúncia que restou efetivamente recebida, houve modificação na acusação que fora dirigida ao ora paciente na denúncia originária, alteração esta que não se limitou à simples cisão da peça em reduzidos núcleos fáticos. De fato, além do desmembramento, houve, na peça acusatória ora questionada, modificação parcial nas imputações e inclusão de novos denunciados. Contudo – e isto é que convém enfatizar – se essas mesmas alterações seriam, observadas as condições acima destacadas, admissíveis na forma de aditamento, é lógico concluir que também o são no contexto peculiar do caso concreto, uma vez que tendo o ora paciente sido citado para que apresentasse defesa já em consideração à última versão da denúncia, é evidente que disporá de todo o curso das fases postulatória e instrutória para exercer o direito de defesa na amplitude que a Constituição Federal lhe assegura.

Por outro lado, tampouco caracteriza teratologia, abuso de poder ou flagrante ilegalidade o fato dos membros do Ministério Público legitimados para atuar perante a 1ª instância da Justiça do Distrito Federal e Territórios terem modificado a estratégia acusatória que fora adotada pelos agentes ministeriais legitimados para atuar perante o STJ e o TJDF, uma vez que, independentemente de eventual subordinação administrativa, não há, quanto à atividade-fim, dado o princípio da *independência funcional* que é basilar à atuação do Ministério Público, qualquer espécie de vinculação técnica entre os membros da instituição que atuam perante instâncias diversas.

É de conhecimento geral que a Constituição Federal de 1988 não apenas redefiniu o papel exercido pelo Ministério Público na ordem jurídica brasileira – não deixando dúvidas quanto à opção por um modelo de persecução essencialmente acusatório –, como também consagrou instrumentos indispensáveis para que tal redefinição tivesse efetividade, entre os quais, os princípios da unidade, indivisibilidade e independência funcional.

É, no caso, especialmente do *princípio fundamental da independência funcional* que, por inspiração nas bases teóricas que fundamentam o princípio do juiz natural, se desenvolveu o *princípio do promotor natural*.

O princípio da *independência funcional* está diretamente atrelado à atividade finalística desenvolvida pelos membros do Ministério Público, gravitando em torno das garantias (a) de uma atuação livre no plano técnico-jurídico, isto é, sem qualquer subordinação a eventuais recomendações exaradas pelos órgãos superiores da instituição; e (b) de não poder ser responsabilizado pelos atos praticados no estrito exercício de suas funções. Nesse sentido, é a lição de EMERSON GARCIA (GARCIA, Emerson. Ministério Público: Essência e Limites da Independência Funcional. *In: Ministério Público: Reflexões sobre Princípios e Funções Institucionais*. Carlos Vinícius Alves Ribeiro – organizador. São Paulo: Atlas, 2010, p. 62-93):

Ao associar os signos da autonomia e da independência ao adjetivo ‘funcional’, afigura-se evidente que ambos se projetam sobre os atos de execução afetos à atividade finalística do Ministério Público. A diferença, no entanto, é que a autonomia é diretamente associada ao “Ministério Público”, verdadeira individualidade existencial, a independência é considerada um princípio institucional, permeando toda e qualquer atividade de cunho funcional desenvolvida no âmbito da Instituição (...).

A autonomia funcional, assim, é mais específica, dizendo respeito à própria Instituição; a independência funcional, por sua vez, face ao seu caráter principiológico, possui maior generalidade e pode ser vista como fruto dessa autonomia, acompanhando toda a atividade finalística desenvolvida pelos membros da Instituição.

(...) Como já tivemos oportunidade de afirmar, o princípio da independência funcional permite que membros do Ministério Público (1) atuem livremente, somente rendendo obediência à sua consciência e à ordem jurídica, não estando vinculados às recomendações expedidas pelos órgãos superiores da Instituição em matérias relacionadas ao exercício de suas atribuições institucionais; (2) impende que sejam responsabilizados pelos atos praticados no estrito exercício de suas funções, gozando de total independência para exercê-las em busca da consecução dos fins a que se destinam.

Consoante o *postulado do promotor natural*, a definição do membro do Ministério Público competente para officiar em um caso deve observar as regras previamente estabelecidas pela instituição para distribuição de atribuições em um determinado foro de atuação, obstando-se a interferência hierárquica indevida da chefia do órgão por meio de eventuais designações especiais.

Para que se confira, no entanto, proteção efetivamente substancial ao princípio em questão, impende que o superior hierárquico seja tolhido de poderes tanto para designar o promotor competente quanto para lhe impor a orientação técnica a ser observada. Caso contrário, sem efetiva independência funcional, o promotor será o natural apenas no plano formal, uma vez que a atuação material seguirá atrelada às imposições dos órgãos superiores da instituição. Ou seja, em suma, o princípio do promotor natural só possuirá concretude se houver independência funcional. Nesse sentido, é a lição de EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 404-408):

(...) ao contrário do que se pensa, e por vezes se afirma, o princípio da independência funcional não guarda relação de prejudicialidade insuperável com o da unidade.

Como já afirmamos, a unidade está ligada às questões relativas à impossibilidade de fracionamento do Ministério Público, enquanto organização institucional do Poder Público, com atribuições constitucionais específicas. Não se opõe à ideia de independência funcional, na medida em que tal princípio (o da independência) é eminentemente – como o próprio nome indica – funcional, particularizado na tutela da liberdade de convencimento e de atuação dos membros do *Parquet*.

Foi exatamente a independência funcional que forneceu a matéria-prima para a elaboração teórica do princípio do promotor natural, cuja inspiração assenta-se na mesma base daquela relativa ao do juiz natural: a vedação da instituição do órgão (juiz, e também aqui, promotor) de exceção, ou seja, cuja designação não tenha se originado a partir de critérios rigidamente impessoais.

Sustenta-se, na doutrina do promotor natural, que, tal como ocorre com o juiz, a escolha do promotor para a atuação em determinado caso penal há de ser feita sempre segundo as regras previamente estabelecidas para a distribuição dos serviços naquele órgão.

(...) É bem verdade que a hierarquia existente no âmbito do Ministério Público é unicamente administrativa, não estando os seus membros, como regra, submetidos ao império do convencimento da chefia ou de seus órgãos superiores.

*(...) Assim, de tudo que se disse pode-se concluir, em síntese: a exigência do promotor natural está relacionada com a necessidade de preservação da independência funcional e da inamovibilidade dos membros do *Parquet*, a impedir toda e qualquer substituição e/ou designação que não atendam a critérios fundados em motivações estritamente impessoais, e desde que em situações devidamente previstas em lei (...). (Grifou-se.)*

Embora não tenha havido, no texto da Constituição Federal de 1988, referência expressa ao princípio do promotor natural, é indubitável que se trata de postulado imanente ao sistema constitucional pátrio, mormente porquanto, repita-se, diretamente atrelado à garantia da independência funcional, fundamento basilar, consoante acima se viu, da autonomia conferida pela Carta Magna ao Ministério Público. É o que se depreende da jurisprudência desta Corte Constitucional, cujo precedente mais paradigmático é o *HC* nº 67.759/RJ, julgado em 06/08/1992 e de relatoria do Min. CELSO DE MELLO:

HABEAS CORPUS – MINISTÉRIO PÚBLICO – SUA DESTINAÇÃO CONSTITUCIONAL – PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS – A QUESTÃO DO PROMOTOR NATURAL EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 – ALEGADO EXCESSO NO EXERCÍCIO DO PODER DE DENUNCIAR – INOCORRÊNCIA – CONSTRANGIMENTO INJUSTO NÃO CARACTERIZADO – PEDIDO INDEFERIDO. – O postulado do Promotor Natural, que se revela imanente ao sistema constitucional brasileiro, repele, a partir da vedação de designações casuísticas efetuadas pela Chefia da Instituição, a figura do acusador de exceção. Esse princípio consagra uma garantia de ordem jurídica, destinada tanto a proteger o membro do Ministério Público, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente do seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o Promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e pré-determinados, estabelecidos em lei. A matriz constitucional desse princípio assenta-se nas cláusulas da independência funcional e da inamovibilidade dos membros da Instituição. O postulado do Promotor Natural limita, por isso mesmo, o poder do Procurador-Geral que, embora expressão visível da unidade institucional, não deve exercer a Chefia do Ministério Público de modo hegemônico e incontestável. Posição dos Ministros CELSO DE MELLO (Relator), SEPÚLVEDA PERTENCE, MARCO AURÉLIO e CARLOS VELLOSO. Divergência, apenas, quanto à aplicabilidade imediata do princípio do Promotor Natural: necessidade da *interpositio legislatoris* para efeito de atuação do princípio (Ministro CELSO DE MELLO); incidência do postulado, independentemente de intermediação legislativa (Ministros SEPÚLVEDA PERTENCE, MARCO AURÉLIO e CARLOS VELLOSO). – Reconhecimento da possibilidade de instituição do princípio do Promotor Natural mediante lei (Ministro SYDNEY SANCHES). – Posição de expressa rejeição à existência desse princípio consignada nos votos dos Ministros PAULO BROSSARD, OCTAVIO GALLOTTI, NÉRI DA SILVEIRA e MOREIRA ALVES.

(HC nº 67759, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 06/08/1992, DJ01-07-1993 PP-13142 EMENTVOL-01710-01 PP-00121).

É certo, de qualquer modo, que, antes mesmo da redefinição promovida pela Constituição Federal de 1988 quanto ao papel exercido pelo Ministério Público, o princípio do promotor natural já era reconhecido como compatível com o sistema persecutório pátrio, sobretudo porquanto amparado pela legislação internacional,

mormente no que condiz com a Declaração Universal dos Direitos Humanos. É o que se depreende do esboço histórico traçado por ANTÔNIO SCARANCE FERNANDES a partir das contribuições doutrinárias de JAQUES DE CAMARGA PENTEADO e PAULO CÉZAR PINHEIRO CARNEIRO (FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 231/232):

JAQUES DE CAMARGO PENTEADO buscou sustentação constitucional, principalmente, no princípio da isonomia, e embasamento na Declaração Universal dos Direitos Humanos para o princípio. Assemelhou-o ao princípio do juiz natural. afirmou que, “se acusada, toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, de o ser publicamente e com justiça por promotor independente, titular do cargo criado pela lei, livre de influências estranhas, apto a dar a cada um o que é seu.”

Sistematizando esse caminho evolutivo e com forte tonalidade constitucional, PAULO CÉZAR PINHEIRO CARNEIRO apresentou tese, intitulada *O Ministério Público no processo civil e penal – Promotor Natural – atribuição e conflito*, na qual se dedicou especificamente à questão do promotor natural. Do princípio da independência que rege a instituição do Ministério Público, resulta a garantia de “toda e qualquer pessoa física, jurídica ou formal que figure em determinado processo que reclame a intervenção do Ministério Público, em ter um órgão específico do *Parquet* atuando livremente com atuação predeterminada em lei e, portanto, o direito subjetivo do cidadão ao Promotor legalmente constituído para o processo”. Em face do princípio da independência funcional, há “o direito do Promotor de oficiar nos processos afetos ao âmbito de suas atribuições”.

Assim, antes mesmo da vigente Constituição Federal, parte da doutrina já considerava ser constitucional a garantia do promotor natural. Essa posição foi fortalecida com o novo texto.

No plano do Direito Comparado, usualmente associado à concepção de juiz natural, é significativo o respaldo conferido ao princípio do promotor natural, merecedor de referência expressa em Cartas Constitucionais de indiscutível relevância e influência para o sistema constitucional brasileiro, tais como a Lei Fundamental da Alemanha e as Constituições de Portugal, Espanha e Itália. Sobre o ponto, dadas a precisão e amplitude histórica da abordagem, cumpre transcrever o seguinte trecho do voto condutor do acórdão exarado pelo Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP no julgamento do Pedido de Providências nº 1.00060/2-016-42, de relatoria do Conselheiro VALTER SHUENQUENER DE ARAÚJO:

Na Alemanha, a Lei Fundamental (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*), de 23 de maio de 1949, preleciona, em seu artigo 101, nº 1, que “são proibidos os tribunais de exceção” e “ninguém pode ser privado de seu juiz legal”. Dessa regra, extraem-se os princípios do juiz e promotor natural, princípios basilares de um Estado de Direito. De nada adiantaria a preocupação com o Juiz natural se fosse possível desconsiderar tal princípio em relação ao *Parquet*, mormente em tempos de simetria constitucional entre as duas carreiras.

A Constituição da República Portuguesa, de 02 de abril de 1976, contempla expressamente a garantia do Juiz Natural, trazendo, em seu art. 211, diversas regras de competência e especialização dos tribunais judiciais, e, já no artigo 32, nº 4, impõe que “toda a instrução é da competência de um juiz, o qual pode, nos termos da lei, delegar noutras entidades a prática dos actos instrutórios que se não prendam directamente com os direitos fundamentais”, vedando, desse modo, a instituição de juízes de exceção.

Com relação à Constituição italiana (*Costituzione della Repubblica Italiana*), de 27 de dezembro de 1947, seu artigo 25, parte inicial, dispõe que “*nul ne peut être distrait de ses juges naturels prévus par la loi*” (tradução livre – ninguém poderá ser subtraído do juiz natural pré-constituído por lei) e, no mesmo sentido, seu artigo 102 preleciona que “*Il ne peut être institué de juges extraordinaires ni de juges spéciaux*” (tradução livre: não poderão ser instituídos juízes de exceção ou juízes especiais).

Já a Constituição espanhola, de 27 de dezembro de 1978, preceitua, em seu artigo 24, nº 2, que “*todos têm direito a um juiz ordinário pré-determinado por lei*”, sendo que, no artigo 117, nº 6, expressamente prevê que “*é proibida a existência de tribunais de exceção*”.

A Constituição Política da Suíça, de 18 de abril de 1999, ao tratar da garantia do Juiz Natural, determina, em seu art. 30, que: “*nelle cause giudiziarie ognuno ha diritto dessere giudicato da um tribunale fondato sulla legge, competente nel merito e imparziale. I Tribunali deccezione sono vietati*” (tradução livre: nos processos judiciais, toda pessoa tem direito de ser julgada pelo tribunal com base na lei, pela comissão competente e imparcial).

A Lei Constitucional Federal da Áustria de 1929 (*Bundesverfassungsgesetz in der Fassung Von 1929*) esclarece, expressamente, a garantia do Juiz Natural quando, em seu artigo 83, nº 2, indica que “*No one may be deprived of his lawful judge*” (tradução livre: ninguém poderá ser privado do seu juiz legal).

Nesse mesmo sentido, a Constituição da Grécia, de 11 de junho de 1975, estabeleceu, em seu art. 8º, intitulado “*the principle of natural judge*”, que “*no person shall be deprived of the judge assigned to him by law against his will*” (tradução livre: ninguém poderá ser subtraído do juiz que a lei lhe assegura, contra a sua vontade) e “*judicial committees or extraordinary courts, under any name whatsoever, shall not be constituted*” (tradução livre: comissões judiciais ou tribunais extraordinários, seja qual for a sua denominação, não serão constituídos).

A matéria relaciona-se com o princípio do juiz natural nesses países, mormente porque impõe que todo cidadão tem o direito de, além de ser processado ou sentenciado pela autoridade judiciária competente, ser acusado por um órgão independente do Ministério Público, escolhido segundo prévios critérios abstratos.

É da obra doutrinária do mesmo Conselheiro, por outro lado, que se extrai a lição de que o princípio do promotor natural, ademais, constitui corolário dos poderes investigatórios reconhecidos por esta Corte Constitucional como próprios do Ministério Público (ARAÚJO, Valter Shuenquener. *O princípio do promotor natural no âmbito do MP brasileiro e os efeitos prospectivos de uma nova orientação do CNMP*. In: *CNMP em Ação – Uma Análise Teórica da sua Jurisprudência*. Brasília: CNMP, 2017, p. 253-259):

Se, de um lado, é salutar que o membro do Ministério Público possa realizar investigações de natureza criminal, tal como já reconhecido pelo STF em sede de repercussão geral, *é certo que ele, também, deve se submeter aos mesmos deveres impostos aos demais órgãos de investigação criminal. Nesse pormenor, impõe-se a livre distribuição desses procedimentos entre os diversos promotores com a mesma atribuição.*

O princípio do promotor natural não se apresenta como uma prerrogativa do *Parquet*, mas, ao revés, uma garantia da coletividade destinada a impedir a maléfica designação de promotor *ad hoc* ou de exceção.

Na mesma linha, pode-se afirmar que os *subprincípios da imparcialidade e do livre convencimento* são corolários do princípio da independência funcional assegurado aos membros do Ministério Público. É cediço, com efeito, que, sem qualquer prejuízo ao postulado da obrigatoriedade que, como regra, pauta a ação penal pública no ordenamento jurídico brasileiro (compreendido como ausência de discricionariedade na deflagração da ação penal quando provada a materialidade

e suficientes os indícios de autoria), possui o membro do Ministério Público *plena liberdade funcional* não apenas na avaliação inicial que faz, ao final da fase de investigação, para aferir a existência de justa causa para o oferecimento da peça acusatória; como também no exame que realiza, ao final da instrução processual, quanto à comprovação dos indícios de autoria originariamente cogitados, podendo, inclusive, se assim o entender cabível, requerer a absolvição do réu.

Ocorre que, em quaisquer dessas duas fases, *só há falar em imparcialidade na formação da opinio delicti se o membro do Ministério Público for efetivamente livre na formação de seu convencimento*, o que implica dizer, por óbvio, que sua atuação de modo algum poderá ser vinculada à eventual valoração técnico-jurídica pretérita dos fatos sob avaliação, mesmo que proveniente de outro membro da instituição que possua atribuição para atuar em instância superior àquele primeiro. Repita-se: *no Ministério Público, se houver subordinação hierárquica, ela é de natureza administrativa; jamais de natureza técnica. É nesse sentido, conforme nova lição de EUGÊNIO PACCELLI DE OLIVEIRA, que deve ser compreendido o princípio da independência funcional* (Oliveira, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 400-402):

Ao contrário de certos posicionamentos que ainda se encontram na prática judiciária, o Ministério Público não é órgão de acusação, mas órgão legitimado para a acusação, nas ações penais públicas. A distinção é significativa: não é por ser o titular da ação penal *pública*, nem por estar a ela obrigado (em razão da regra da obrigatoriedade, já estudada), que o *Parquet* deve necessariamente oferecer a denúncia, nem, estando esta já oferecida, pugnar pela condenação do réu, em quaisquer circunstâncias.

(...) Do outro lado, a obrigatoriedade, como já visto, diz respeito à *vinculação do órgão do Ministério Público ao seu convencimento (opinio delicti)* acerca dos fatos investigados, ou seja, significa apenas ausência de discricionariedade quanto à conveniência ou oportunidade da propositura da ação penal, se presentes o fato (materialidade) criminoso (sua qualificação jurídica) e a autoria.

Portanto, a imparcialidade deverá permear toda a atividade do Ministério Público, em todas as fases da persecução penal, incluindo a fase pré-processual, reservada às investigações.

(...) O atuar imparcial do Ministério Público está relacionado com a inteira liberdade que se lhe reconhece na apreciação dos fatos e do direito a eles aplicável. O Ministério Público é livre e deve ser livre na formação de seu convencimento, sem que esteja vinculado a qualquer valoração ou consideração prévia sobre as consequências que juridicamente possam ser atribuídas aos fatos tidos por delituosos.

Também correlacionando o princípio do promotor natural à garantia constitucional da independência funcional dos membros do Ministério Público é a lição doutrinária de NELSON NERY JÚNIOR. É certo, com efeito, que, para que a atuação dos membros da instituição seja efetivamente independente, não basta que se obstem eventuais designações arbitrárias, mostrando-se necessário que o promotor natural possua, ademais, liberdade para agir conforme sua própria convicção técnica (NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 205/206):

(...) O postulado do promotor natural, que se revela imanente ao sistema constitucional brasileiro, repele, a partir da vedação de designações casuísticas efetuadas pela chefia da Instituição, a figura do acusador de exceção. Esse princípio consagra uma garantia de ordem jurídica, destinada tanto a proteger o membro do MP, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente de seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e predeterminados, estabelecidos em lei. A matriz constitucional desse princípio assenta-se nas cláusulas da independência funcional e da inamovibilidade dos membros da instituição. O postulado do promotor natural limita, por isso mesmo, o poder do Procurador-Geral, que, embora expressão visível da unidade institucional, não deve exercer a chefia do Ministério Público de modo hegemônico e incontrastável.

(...) Para que seja respeitado, o princípio exige a presença de quatro requisitos: a) a investidura no cargo de Promotor de Justiça; b) a existência de órgão de execução; c) a lotação por titularidade e inamovibilidade do Promotor de Justiça no órgão de execução, exceto as hipóteses legais de substituição e remoção; d) a definição em lei das atribuições do órgão.

Por oportuno, porquanto no mesmo sentido, vale transcrever o seguinte trecho do parecer do D. Representante do Ministério Público Federal exarado nos autos, nos seguintes termos, *verbis*:

[...]

8. A questão jurídica em debate refere-se à possibilidade de substituição da denúncia já oferecida, e ainda não recebida, por outras 17 denúncias, quando desmembrado o feito em outros órgãos jurisdicionais.

9. De início, constata-se que tal questão está intimamente ligada com o princípio da independência funcional (art. 127, §1º, da CF), porquanto o órgão ministerial atuante no 1º grau de jurisdição não está obrigado a ratificar a denúncia apresentada por outro órgão ministerial em outra esfera de jurisdição.

10. Conforme bem abordado no acórdão do Tribunal local, citando Eugênio Pacelli: como regra, tal atividade (a persecutória) é privativa do Estado, por meio do Ministério Público (art. 129, CF), reservando-se a determinadas pessoas, em situações específicas, o direito à atividade subsidiária, em caso de inércia estatal, e à iniciativa exclusiva do particular, em atenção às peculiaridades de algumas infrações penais e das consequências específicas que delas resultam. Mas, mesmo tratando-se de legitimidade do Ministério Público, é preciso que se faça, desde logo, uma distinção: embora uno e indivisível, não quer dizer que qualquer órgão do Ministério Público possa validamente postular a aplicação da lei penal. A distribuição de atribuições do *Parquet* tem sede própria na Constituição Federal e é feita, tal como ocorre em relação ao princípio do juiz natural, segundo a matéria e segundo a prerrogativa de função do agente. Assim, a legitimidade ativa para a instauração da ação penal perante a Justiça Federal é atribuída ao Ministério Público Federal, do mesmo modo que ao Promotor de Justiça caberá a iniciativa (e, por isso, a legitimação ativa) para a propositura ou arquivamento de inquérito em tramitação perante a Justiça Estadual. Mesmo no âmbito dos tribunais, há a imposição de uma legitimação ativa, decorrente de atribuição constitucional, a determinados órgãos do Ministério Público.

11. À vista disso, mostram-se insubsistentes os argumentos do impetrante, porquanto toda vez que algum órgão jurisdicional desmembrou o feito e remeteu-o a outro grau de jurisdição, a legitimidade do órgão acusatório também foi modificada. E nem há falar que a ratificação da denúncia pela PGJ perante o Tribunal local, também teria vinculado o órgão ministerial atuante no Juízo singular por conta de uma relação hierárquica entre eles. Isso porque a PGJ não era o órgão competente para o oferecimento da denúncia naquele grau de jurisdição, além de inexistir relação hierárquica quanto à atividade típica ministerial.

12. Nesse sentido, é iterativo o entendimento do acórdão impugnado: não se pode dizer que o MPDFT invalidou denúncia apresentada pelo MPF e ratificada pela PGJ, pois nem o MPF nem a PGJ possuem legitimidade para processar os acusados perante o Juízo de primeiro grau, razão pela qual a não ratificação pelo órgão legitimado não implica juízo negativo de valor sobre a denúncia apresentada em

outras instâncias, dada a manifesta independência existente. No caso dos autos, o próprio juízo competente redirecionou a inicial acusatória apresentada pelo MPF ao órgão legitimado em primeiro grau, uma vez que lhe cabia ratificar, emendar ou mesmo descartar a narrativa na forma como apresentada pelo MPF, mesmo que ratificada em outro momento processual pela PGJ, pois a atribuição para apresentar a inicial ao Juízo de primeiro grau era exclusivamente sua. Com efeito, não cabe à PGJ se imiscuir na atuação dos promotores atuantes em primeiro grau, salvo hipóteses específicas, legalmente previstas, cujo maior exemplo se tem na disciplina trazida pelo art. 28 do CPP.

13. Ainda, cumpre salientar que o art. 129, I, da Constituição da República, atribui ao Ministério Público, com exclusividade, a função de promover a ação penal pública (incondicionada ou condicionada à representação ou requisição) e, para tanto, é necessária a formação da *opinio delicti*. Como já pontuou o Min. Celso de Mello, a formação da *opinio delicti* compete, exclusivamente, ao Ministério Público, em cujas funções institucionais se insere, por consciente opção do legislador constituinte, o próprio monopólio da ação penal pública (CF, art. 129, I). Dessa posição de autonomia jurídica do Ministério Público, resulta a possibilidade, plena, de, até mesmo, não oferecer a própria denúncia (HC nº 68.242/DF, 1ª Turma, DJ 15.03.1991). Apenas o órgão de atuação do Ministério Público detém a *opinio delicti* a partir da qual é possível, ou não, instrumentalizar a persecução criminal (Inq-QO nº 2.341/MT, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJ 17.08.2007) (Inq. nº 2527 AgR/PB, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJe 26.3.2010).

14. Em relação ao suposto prejuízo da defesa, constata-se que o impetrante não indicou sequer quais teriam sido as alterações feitas nas exordiais acusatórias com base nas defesas preliminares dos réus, e a disciplina normativa das nulidades processuais, no sistema jurídico brasileiro, rege-se pelo princípio segundo o qual nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa (CPP, art. 563). Esse postulado básico *pas de nullité sans grief* tem por finalidade rejeitar o excesso de formalismo, desde que eventual preterição de determinada providência legal não tenha causado prejuízo para qualquer das partes. Precedentes (HC nº 93.921 AgR/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 1.2.2017).

15. Por fim, é necessário ponderar a proporcionalidade e a dignidade da pessoa humana com a necessidade de eficiência processual e a razoável duração do processo. Deveras, o MPDFT, quando ofereceu as denúncias substitutivas, esclareceu que a denúncia originária,

ao longo de suas 191 laudas, imputa a 37 acusados uma enorme quantidade de fatos criminosos, o que impediria, nos moldes originais, o andamento célere e regular do processo. A instrução probatória ficaria seriamente comprometida num processo dessa dimensão e certamente o deslinde do feito iria suplantar qualquer prazo razoável. Ressalte-se que, embora conexos, os fatos criminosos descritos são independentes e podem ser veiculados em peças acusatórias distintas, a fim de conferir maior celeridade e eficiência na instrução e no julgamento das ações.

16. Com efeito, esta Corte vem se orientando no sentido de admitir a separação do processo com base na conveniência da instrução e na racionalização dos trabalhos (AP-AgR nº 336, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 10.12.2004; AP nº 351, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 17.09.2004). 4. No caso em questão, a razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII) não vinha sendo atendida, sendo que as condutas dos 8 (oito) acusados foram especificadas na narração contida na denúncia (Inq. nº 2527 AgR/PB, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJe 26.3.2010).

Desse modo, é irrelevante, no presente caso, que, em virtude da análise dos mesmos fatos, outros membros do Ministério Público com atribuição para atuar em instância superior tenham, anteriormente, oferecido denúncia de diferente teor em face do ora paciente. Ocorre que, conforme devidamente reconhecido pelos órgãos jurisdicionais a que submetida a pretensão, não eram aqueles, porquanto incompetente o juízo, os promotores naturais para exercer a pretensão acusatória. Consectariamente, possuindo o promotor natural – aquele com atribuição para atuar na 1ª instância – entendimento jurídico diverso e não se encontrando tecnicamente subordinado àqueles primeiros, não se visualiza a nulidade aventada pelo paciente.

Ademais, conforme também enfatizado no supracitado parecer, tampouco é, no presente caso, suficiente para caracterizar nulidade a alegação da defesa de que sofrera prejuízo em decorrência do fato de que, por ter se pronunciado nas instâncias superiores anteriormente ao desmembramento da ação penal, adiantara suas exceções processuais e de mérito, as quais, inclusive, teriam sido objeto de consideração pelo promotor natural para corrigir supostos vícios que eivariam as denúncias originárias.

No caso, não há falar em nulidade porque, além da alegação defensiva ser incompatível com o acima analisado princípio da independência funcional – já que, repita-se, é plena a liberdade do promotor natural para formar sua *opinio delicti*, independentemente dela, eventualmente, corroborar o alegado pela defesa em fases anteriores do processo –, não houve comprovação quanto a nenhum prejuízo concreto que o ora paciente possa ter sofrido em decorrência da cogitada valoração. Não é por demais salientar, uma vez mais, que o ora paciente já foi, desde o princípio da ação penal, citado para que se defendesse da versão mais recente das denúncias oferecidas, o que implica dizer que disporá de todo curso da relação processual para exercer a sua defesa.

Sobre este último ponto, importa enfatizar ser firme a posição desta Corte no sentido de que as nulidades alegadas, para serem reconhecidas, pressupõem a comprovação do prejuízo, nos termos do artigo 563 do Código de Processo Penal, não podendo esse ser presumido, a fim de se evitar um excessivo formalismo em prejuízo da adequada prestação jurisdicional. A propósito, cuida-se de aplicação do princípio cognominado de *pas de nullité sans grief*, aplicável tanto a nulidades absolutas quanto relativas. Nessa linha:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* PROCESSO PENAL NULIDADE INOCORRÊNCIA *PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF* (CPP, art. 563) PRINCÍPIO APLICÁVEL ÀS NULIDADES ABSOLUTAS E RELATIVAS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE EFETIVO PREJUÍZO, QUE NÃO SE PRESUME PRECEDENTES. CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO EXCEPCIONALIDADE DE SUA DESCONSTITUIÇÃO MEDIANTE *HABEAS CORPUS* INADMISSIBILIDADE NO CASO REVISÃO CRIMINAL COMO INSTRUMENTO PROCESSUAL ADEQUADO PRECEDENTES MECANISMO DE CONVOCAÇÃO E DE SUBSTITUIÇÃO NOS TRIBUNAIS MATÉRIA SOB RESERVA DE LEI INCIDÊNCIA, NA ESPÉCIE, DA LOMAN (art. 118) c/c A RESOLUÇÃO CNJ nº 72/2009 E A PORTARIA TJ/PA nº 1.258/2012 CONVOCAÇÃO DE MAGISTRADA DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, PARA ATUAR NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA POSSIBILIDADE PLENA LEGITIMIDADE DESSE ATO CONVOCATÓRIO ESCOLHA FUNDADA EM DELIBERAÇÃO COLEGIADA (PLENO) DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ ESTRITA OBSERVÂNCIA DA LOMAN (art. 118) E DA RESOLUÇÃO CNJ nº 72/2009 INEXISTÊNCIA, NA ESPÉCIE, DE OFENSA AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL (CF, art. 5º, INCISO LIII) SIGNIFICADO E IMPORTÂNCIA POLÍTICO-JURÍDICA DESSE POSTULADO CONSTITUCIONAL O TEMA DA COMPOSIÇÃO DOS TRIBUNAIS DE SEGUNDO GRAU MEDIANTE CONVOCAÇÃO DE MAGISTRADOS DE PRIMEIRA INSTÂNCIA O *STATUS QUÆSTIONIS* NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL LEGITIMIDADE DA CONDENAÇÃO PENAL IMPOSTA AOS RECORRENTES VALIDADE JURÍDICA DO JULGAMENTO PROFERIDO, EM SEDE DE APELAÇÃO, POR ÓRGÃO COLEGIADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ PRECEDENTES RECURSO DE AGRAVO NÃO PROVIDO. (RHC nº 125.242-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 15/03/2017)

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. HOMICÍDIO SIMPLES E FRAUDE PROCESSUAL. PRONÚNCIA. IRRESIGNAÇÃO. JULGAMENTO DE RECURSO PELO COLEGIADO NO STJ. PARTICIPAÇÃO DE MINISTRO IMPEDIDO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. VOTO QUE NÃO INTERFERIU NO RESULTADO. ORDEM DENEGADA. 1. *No processo penal, o postulado*

pas de nullité sans grief exige a efetiva demonstração de prejuízo para o reconhecimento de nulidade. 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a participação de julgador impedido, quando do julgamento do recurso no órgão colegiado do tribunal, não acarreta automática nulidade da decisão proferida se, excluindo-se o voto do referido magistrado, o resultado da votação permanecesse incólume. 3. Ordem denegada. (HC nº 125.610, Primeira Turma, Rel. p/ Acórdão: Min. Edson Fachin, DJe de 05/08/2016)

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. CONSTITUCIONAL. PENAL. SUSPENSÃO DA AÇÃO PENAL. ALEGAÇÕES DE NULIDADE DECORRENTE DA DISTRIBUIÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES PROVENIENTES DE PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO: AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. Os princípios constitucionais do juiz natural e do promotor natural têm seu emprego restrito às figuras dos magistrados e dos membros do Ministério Público, não podendo ser aplicados por analogia às autoridades policiais ou ao denominado delegado natural, que obviamente carecem da competência de sentenciar ou da atribuição de processar, nos termos estabelecidos na Constituição da República. 2. A conexão probatória e objetiva estabelecida entre os crimes antecedentes e os delitos imputados ao Recorrente torna prevento o Juízo. 3. O inquérito é peça informativa que não contamina a ação penal. Precedentes. 4. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o princípio do pas de nullité sans grief exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, independentemente da sanção prevista para o ato, podendo ser ela tanto a de nulidade absoluta quanto relativa, pois não se decreta nulidade processual por mera presunção. Precedentes. 5. Recurso ao qual se nega provimento. (RHC nº 126.885, Segunda Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 01/02/2016).

Destarte, a atuação *ex officio* desta Corte resta inviabilizada quando não há teratologia ou flagrante ilegalidade no ato impugnado.

Por fim, impende consignar, diante do trânsito em julgado da decisão impugnada em 29/11/2016, que não cabe a rediscussão da matéria perante essa Corte e nesta via processual, porquanto o *habeas corpus* não pode ser utilizado como sucedâneo de recurso ou revisão criminal. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA.

1. A orientação do Supremo Tribunal Federal fixou-se no sentido de que é inviável a utilização do *habeas corpus* como substitutivo de revisão criminal. 2. É possível que o juiz fixe o regime inicial fechado e afaste a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos com base na quantidade e na natureza do entorpecente apreendido. (HC nº 119515, Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia). 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (RHC nº 12.5077-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 4/3/2015).

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL. COMPETÊNCIA PRECÍPUA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *WRIT* SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. INVIABILIDADE. 1. Compete constitucionalmente ao Superior Tribunal de Justiça o julgamento do recurso especial, cabendo-lhe, enquanto órgão *ad quem*, o segundo, e definitivo, juízo de admissibilidade positivo ou negativo quanto a tal recurso de fundamentação vinculada. Salvo hipóteses de flagrante ilegalidade ou abuso de poder, inadmissível o reexame dos pressupostos de admissibilidade do recurso especial pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes. 2. Inadmissível a utilização do *habeas corpus* como sucedâneo de recurso ou revisão criminal. Precedentes. 3. Agravo regimental conhecido e não provido. (HC nº 133.648-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 7/6/2016).

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. CONSTITUCIONAL. PENAL. VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL. TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO PROFERIDA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. IMPETRAÇÃO DE *HABEAS CORPUS* NESTE SUPREMO TRIBUNAL APÓS TRANSCURSO DO PRAZO RECURSAL: IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE *HABEAS CORPUS* COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. DEFICIÊNCIA DE INSTRUÇÃO DO *HABEAS CORPUS*. PRECEDENTES. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. Trânsito em julgado do acórdão objeto da impetração no Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de não ser viável a utilização de *habeas corpus* como sucedâneo de revisão criminal. 2. Não estando o pedido de *habeas corpus* instruído, esta deficiência compromete a sua viabilidade, impedindo que sequer se verifique a caracterização, ou não, do constrangimento ilegal. 3. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (HC nº 132.103, Segunda Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 15/3/2016).

Ex positis, voto pela denegação da ordem de habeas corpus.
É como voto.

06/03/2018
PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS Nº 137.637 / DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Presidente, também cumprimento o Advogado não só pela sustentação, mas pela engenhosidade do argumento.

Do que examinei – e agora foi relatado pelo Ministro Luiz Fux –, o Superior Tribunal de Justiça recebeu a denúncia somente em relação a um acusado: Domingos Lamoglia. Portanto, não houve o recebimento da denúncia contra o paciente no Superior Tribunal de Justiça. Depois do Tribunal de Justiça do Distrito Federal a denúncia foi recebida somente contra os denunciados que tinham foro por prerrogativa de função naquele Tribunal. De modo que tampouco houve o recebimento da denúncia pelo paciente. E, aí, a matéria desce para o primeiro grau, quando, então, os promotores oferecem nova denúncia.

Eu entendo a queixa do Advogado, mas acho que isso foi uma fatalidade, uma circunstância da vida, porque os promotores têm independência funcional. Eles não estão vinculados à denúncia que tenha sido oferecida na instância inferior.

E, aqui, também com todas as vênias, eu penso que o art. 80 do Código de Processo Penal é efetivamente dirigido ao juiz e que diz que ele pode desmembrar. Mas o juiz pode desmembrar se o Ministério Público não tiver feito isso antes para a conveniência da persecução penal da melhor maneira.

E acho também – isso foi pontuado pelo eminente Relator – que, ao final da instrução, o Ministério Público pode aditar a denúncia. Por que não poderia, ao início do processo acusatório, modificar a que havia sido feita por instância superior que não o vincula? Portanto, a importância da denúncia é que ela ofereça ao denunciado, com clareza, a exposição dos fatos para que ele possa se defender. De modo que, aqui, eu penso que isso não aconteceu.

Eu faço uma observação ainda: nem mesmo a inépcia da denúncia impediria o oferecimento de nova denúncia. Portanto, se um Tribunal entender que uma denúncia é inepta, e o Ministério Público quiser denunciar de novo com outros elementos ou com mais elementos, ele pode fazê-lo. De modo que, como disse, o argumento é engenhoso, mas acho que ele não pode prevalecer.

E, por fim, Presidente, se os Tribunais Superiores entendem que é possível desmembrar processos e, portanto, processar, em foros diferentes, acusados pelos mesmos fatos, se os Tribunais Superiores entendem assim, nós temos que conviver com a possibilidade de incongruência entre a decisão do Tribunal Superior e a decisão do Tribunal de primeiro grau. A cisão de processos pressupõe logicamente a possibilidade de decisões incongruentes, porque, senão, você teria de manter todos os processos no mesmo lugar.

De modo que eu entendo a queixa, sobretudo, a queixa de que já havia sido feito um *desclosure* de argumento de defesa. Porém, não acho que isso tenha o efeito jurídico de trazer a nulidade do processo, até porque, diante da imputação por novos fatos, a defesa, com a mesma habilidade, apresentará novos argumentos em favor do seu cliente.

De modo que eu estou acompanhando, Presidente, o Relator, não sem antes registrar o parecer altamente qualificado – diria sedutor – do eminente ex-Colega aqui do Supremo Antônio Cezar Peluso, mas que não alterou a minha convicção nessa matéria. Estou denegando a ordem, porque é originário.

**06/03/2018
PRIMEIRA TURMA**

HABEAS CORPUS Nº 137.637 / DISTRITO FEDERAL

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Senhor Presidente, também começo cumprimentando o Doutor Antônio Carlos de Almeida Castro, que sempre apresenta teses brilhantes e que desafiam, muitas vezes, a minha compreensão e um melhor equacionamento de temas pela habilidade com que elas são esgrimidas. E aqui, especificamente, ainda fundada em dois pareceres brilhantes, o do Jose Aury Klein e também o do nosso querido Ministro Cezar Peluso.

Todavia, da mesma forma que o eminente Relator, o Ministro Luiz Fux, e o Ministro Roberto Barroso, eu pinço como de extrema relevância a circunstância de a denúncia não ter sido recebida quanto aos investigados sem prerrogativa de foro, tanto no STJ quanto no Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Tivesse a denúncia – posteriormente ratificada no Tribunal de Justiça – sido lá recebida, talvez a minha compreensão fosse diversa. O não recebimento, isto é, houve o desmembramento, e, por óbvio, o aspecto que agora acabou de ser realçado pelo Ministro Luís Roberto, também a mim impressiona. A defesa apresentou as suas linhas mestras ou, pelo menos, a sua estratégia naquela defesa. Mas não há como, a meu juízo também, chegar ao efeito pretendido de decretar a nulidade e voltar ao momento anterior com o julgamento das dezessete denúncias – que foram desmembradas – reunidas numa só.

Eu peço vênia, então, para acompanhar o Relator e o Ministro Luís Roberto, Presidente.

É como voto.

06/03/2018
PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS Nº 137.637 / DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (PRESIDENTE):

Acompanho o eminente Ministro Relator. Isso porque não há, como foi alegado, que se falar em desistência da ação penal, exatamente porque não existia nenhuma ação penal em relação ao paciente. Esse aspecto foi ressaltado não só pelos memoriais, mas pelos dois pareceres, pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e também pelos votos do Ministro Luiz Fux e do Ministro Roberto Barroso. Com efeito, em relação ao paciente, o STJ não analisou a denúncia, apenas desmembrou o processo; o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT), da mesma forma, procedeu a novo desmembramento, ou seja, também não deu início à ação penal.

O Ministério Público do Distrito Federal, atuante junto à primeira instância, é que se reveste da qualidade de “promotor natural” do caso em relação ao paciente – não é o Procurador-Geral da República, nem o Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal, porque ambos aceitaram o desmembramento sem qualquer recurso. Assim, o promotor natural, no caso, o Ministério Público de primeiro grau do Distrito Federal, analisou a denúncia ofertada pelo Ministério Público Federal – mas não recebida – como mais um documento, uma peça de informação.

Não vejo nenhuma irregularidade retratada nestes autos, porque nem o Procurador-Geral da República nem o Procurador-Geral de Justiça tinham atribuição, pela Lei Orgânica do Ministério Público, para seguir na ação penal – aquela, como bem ressaltado pela Ministra Rosa Weber, que não havia se iniciado.

Se tivesse havido o recebimento da denúncia por parte do STJ ou do TJDFT, aí, sim, a meu ver, o caso deveria ser analisado com base no art. 80 do CPP, mas entendo não ser necessário assim proceder, porque a ação penal não havia sido iniciada. Em tese, inclusive, os promotores do Distrito Federal poderiam ter pedido o arquivamento do caso, se assim a sua independência funcional e a sua convicção entendesse.

Também não vislumbro cerceamento de defesa ou prejuízo à defesa. A própria defesa afirma, no item 7 dos seus memoriais, que, após o oferecimento das novas denúncias, foi-lhe franqueada oportunidade, em cada um dos casos, de apresentar novamente as suas teses defensivas, ou seja, para cada nova denúncia, houve nova defesa. Quanto a eventual adiantamento da tese defensiva me parece, até agora, não ter sido demonstrado nenhum prejuízo. Pelo contrário, entendo que haveria grande prejuízo ao Estado – e não em relação à defesa – se, eventualmente, houvesse anulação do recebimento das denúncias e a conseqüente anulação das ações penais instauradas, para que houvesse nova análise da primeira denúncia, porque, com isso, a maior parte dos crimes estaria prescrita, em virtude da prescrição retroativa, considerada a data dos fatos. Eventual anulação acarretaria, na maior parte das acusações, a prescrição.

Nesse contexto, não vejo nenhum prejuízo à defesa.

Da mesma forma, também não vislumbro prejuízo no tocante à questão da continuidade delitiva. Não obstante a argumentação expendida pelo eminente advogado, da tribuna, fato é que, após as condenações, se estas efetivamente vierem a ocorrer, o juízo de execuções penais, no incidente de execução da pena, tem a mesma competência do juiz de conhecimento para apreciar o tema. E mais: não me parece ser possível alegar ferimento ao princípio do juiz natural, porque o mesmo juiz ficou com a atribuição de decidir todas as ações. Tem-se, aqui, tão somente, uma estratégia que o titular da ação penal, em virtude do próprio modelo acusatório que a Constituição de 88 adotou, está legitimado a exercer.

Então, diante disso, acompanho integralmente, com essas breves observações, o voto do Ministro Relator.

PRIMEIRA TURMA EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS Nº 137.637

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. LUIZ FUX

PACTE.(S): PAULO OCTAVIO ALVES PEREIRA

IMPTE.(S): CEZAR ROBERTO BITENCOURT (20151/DF) E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma, por unanimidade, denegou a ordem, nos termos do voto do Relator. Falou o Dr. Antônio Carlos de Almeida Castro pelo Paciente. Impedido o Ministro Marco Aurélio. Presidência do Ministro Alexandre de Moraes. Primeira Turma, 6.3.2018.

Presidência do Senhor Ministro Alexandre de Moraes. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux, Rosa Weber e Luís Roberto Barroso.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Juliano Baiocchi Villa-Verde de Carvalho.

Carmen Lilian Oliveira de Souza

Secretária da Primeira Turma

Jurisprudência Eleitoral

• • •

PETIÇÃO Nº 7.319 / DISTRITO FEDERAL

27/03/2018

SEGUNDA TURMA

RELATOR: MIN. EDSON FACHIN

REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. DIAS TOFFOLI

REQTE.(S): VALDEMIR FLAVIO PEREIRA GARRETA

ADV.(A/S): DANYELLE DA SILVA GALVAO E OUTRO(A/S)

REQDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

EMENTA

Agravo regimental. Petição. Doações eleitorais por meio de caixa dois. Fatos que poderiam constituir crime eleitoral de falsidade ideológica (art. 350 do Código Eleitoral). Competência da Justiça Eleitoral. Crimes conexos de competência da Justiça Comum. Irrelevância. Prevalência da Justiça Especial (art. 35, II, do Código Eleitoral e art. 78, IV, do Código de Processo Penal). Precedentes. Remessa dos termos de colaboração premiada ao Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo. Determinação que não firma, em definitivo, a competência do juízo indicado. Investigação em fase embrionária. Impossibilidade, em sede de cognição sumária, de se verticalizar a análise de todos os aspectos concernentes à declinação de competência. Agravo regimental provido.

1. A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que, nos casos de doações eleitorais por meio de caixa 2 – *fatos que poderiam constituir o crime eleitoral de falsidade ideológica (art. 350, Código Eleitoral)* –, a competência para processar e julgar os fatos é da Justiça Eleitoral (PET nº 6.820/DF-AgR-ED, Relator para o acórdão o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 23/3/18).

2. A existência de crimes conexos de competência da Justiça Comum, como corrupção passiva e lavagem de capitais, não afasta a competência da Justiça Eleitoral, por força do art. 35, II, do Código Eleitoral e do art. 78, IV, do Código de Processo Penal.

3. Tratando-se de investigação em fase embrionária e diante da impossibilidade, em sede de cognição sumária, de se verticalizar a análise de todos os aspectos concernentes à declinação de competência, o encaminhamento de termos de colaboração não firmará, em definitivo, a competência do juízo indicado, devendo ser observadas as regras de fixação, de modificação e de concentração de competência, respeitando-se, assim, o princípio do juiz natural (Inq. nº 4.130/PR-QO, Pleno, de minha relatoria, DJe de 3/2/16).

4. Agravo regimental provido, para se determinar a remessa dos termos de colaboração premiada ao Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, para posterior encaminhamento ao juízo de primeiro grau competente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Edson Fachin, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em dar provimento ao agravo regimental para determinar a remessa dos termos dos depoimentos dos colaboradores e da eventual documentação correlata ao Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, para posterior encaminhamento ao juízo de primeiro grau competente, em conformidade com o disposto no art. 35, II, do Código Eleitoral e no art. 78, IV, do Código de Processo Penal, nos termos do voto do Ministro Dias Toffoli.

Brasília, 27 de março de 2018.

MINISTRO DIAS TOFFOLI
Relator para o acórdão

27/03/2018
SEGUNDA TURMA

PETIÇÃO Nº 7.319 / DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. EDSON FACHIN

REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. DIAS TOFFOLI

REQTE.(S): VALDEMIR FLAVIO PEREIRA GARRETA

ADV.(A/S): DANYELLE DA SILVA GALVAO E OUTRO(A/S)

REQDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): Trata-se de agravo regimental interposto por Valdemir Flávio Pereira Garreta em face da decisão de fls. 88-99, prolatada nos autos da PET nº 7.003, por meio da qual se determinou a cisão das investigações com a remessa de cópia das declarações prestadas pelos colaboradores Ricardo Saud (Termo de Depoimento nº 2) e Joesley Batista (Termos de Depoimento nos 1, 2 e 9) às Seções Judiciárias do Distrito Federal e do Paraná (Inquérito nº 1.315/2014), em razão da inexistência de menção à autoridade detentora de foro por prerrogativa nesta Suprema Corte.

Sustenta o agravante, inicialmente, que os fatos narrados pelos colaboradores, atinentes “à campanha de Alexandre Padilha ao Governo de São Paulo em 2014” (fl. 8), em nada se relacionam a episódios envolvendo a empresa Petrobras S/A, tampouco com as Seções Judiciárias destinatárias dos referidos termos de depoimento.

Agrega, com esteio nos mesmos critérios adotados no julgamento das PET’s nº 7.075 (j. 15.8.2017) e nº 6.684, que as peças correlatas devem ser processadas no juízo perante o qual ocorrera a campanha eleitoral indevidamente financiada e sua prestação de contas, sendo, no caso, o Tribunal Regional Eleitoral do Estado de São Paulo.

Requer, desse modo, o provimento do agravo regimental para seja: (i) “utilizado o critério territorial e de especialidade para a fixação da competência para apuração dos fatos relativos ao Agravante (campanha Padilha ao Governo de São Paulo), com a consequente remessa das cópias ao E. Tribunal Regional Eleitoral em São Paulo” (fl. 9); e (ii) determinado aos juízos destinatários das peças que se abstenham de apurar os fatos relativos ao agravante.

Com vista dos autos, a Procuradoria-Geral da República oferta contrarrazões (fls. 37-41), na qual requer o não conhecimento do recurso, por intempestivo, ou seu desprovemento, tendo em conta que a fixação da competência pressupõe a delimitação de sua participação nos fatos, com o término das investigações.

É o relatório.

27/03/2018

SEGUNDA TURMA

PETIÇÃO Nº 7.319 / DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): 1. Insurge-se o agravante contra a determinação de envio de cópia de termos de depoimento às Seções Judiciárias do Distrito Federal e do Paraná (Inquérito nº 1.315/2014), em razão dos critérios territorial e de especialidade que ensejariam, a seu ver, a fixação de competência, como sugere, em favor do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo.

De início, anoto que, não tendo sido o agravante formalmente intimado da decisão anterior, inviável se falar na intempestividade do seu reclamo regimental.

A par disso, convém mencionar, desde logo, o sumário das revelações feitas pelos colaboradores, extraído dos seguintes excertos da decisão agravada (fls. 88-99 da PET nº 7.003):

(...)

Nos termos de depoimento nºs 1, 2 e 9, prestados por Joesley Mendonça Batista, todos coletados no dia 3.5.2017, e o de nº 2, prestado por Ricardo Saud, em 5.5.2017, afirma o Ministério Público Federal que há relatos do pagamento de vantagens indevidas em favor de Luiz Inácio Lula da Silva e Dilma Rousseff, na ordem de U\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de dólares americanos) e U\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de dólares americanos), respectivamente, mediante depósitos em contas distintas no exterior. Atuaria como intermediário a pessoa de Guido Mantega, sendo os negócios realizados no âmbito do Banco Nacional do Desenvolvimento (BNDES), da Fundação Petrobras de Seguridade Social (PETROS) e da Fundação dos Economiários Federais (FUNCEF), com objetivo de beneficiar o grupo empresarial JBS. Nesse mesmo contexto, segundo o relato, João Vaccari Neto solicitou ao colaborador Joesley Mendonça Batista a disponibilização de uma conta bancária no exterior para o depósito de valores, com a abertura de uma planilha de conta corrente para que os pagamentos fossem realizados mediante (a) notas fiscais com conteúdo e datas ideologicamente falsos; (b) em dinheiro; (c) depósitos em contas no exterior; (d) doações eleitorais dissimuladas (fls. 88-89).

Nada obstante a limitação imposta ao Poder Judiciário quanto à definição da competência no atual momento da *persecutio criminis*, por demandar a incursão aprofundada nos elementos de informação coletados, em respeito ao princípio acusatório que vige no processo penal guiado pelos ideais do Estado Democrático de Direito, é certo que a pretensão do agravante coincide, ao menos em parte, com a compreensão esposada no julgamento da PET nº 7.075.

Com efeito, questionada acerca da remessa desses mesmos termos de depoimento às Seções Judiciárias do Distrito Federal e do Paraná, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, naquela assentada, deliberou, por maioria – *ficando vencido, no ponto, este relator* –, pela ausência de conexão aparente dos fatos neles consignados com os relativos de fraudes e desvios de recursos no âmbito da Petrobras S/A, à luz do que decidido no Inq. nº 4.130-QO, (Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, Dje 3.2.2016).

Eis, por relevante, a ementa do julgado:

Agravo regimental. 2. Agravos regimentais interpostos contra decisão do Relator na Petição nº 7.003, que atendeu requerimento do Procurador-Geral da República para que fosse *reconhecida a incompetência do Supremo Tribunal Federal*, para julgamento de eventuais delitos constantes de atos de colaboração premiada, e declinada a competência para a Justiça Federal no Distrito Federal e no Paraná. Peças de informação de relevância criminal em procedimento em trâmite no STF. Competência do STF para realizar a cisão subjetiva e objetiva dos feitos, na forma do art. 80 do CPP e, caso assim opte, remeter o feito a outro Juízo (art. 108, §1º, CPP). Precedentes (Questões de Ordem nas Ações Penais nºs 871, 872, 873, 874, 875, 876, 877 e 878, julgadas em 10.6.2014; Inq. nº 3.305, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 12.8.2014; Inq. nº 2.842, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 2.5.2013). 3. Necessidade de indicar, ainda que em caráter provisório e sem efeitos vinculantes, o Juízo competente. Declinação da competência dos mesmos fatos e sujeitos para dois Juízos diversos. Inexistência de razões para tanto. 4. Competência do Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba, por conexão ou continência. Interpretação do Pleno no sentido de que os fatos a serem reputados conexos com feitos da Operação Lava Jato são os relativos a *fraudes e desvios de recursos no âmbito da Petrobras* Questão de Ordem no Inquérito nº 4.130, Rel. Min. Dias Toffoli, julgada em 23.9.2015. Ausência de conexão aparente. 5. Competência territorial do Juízo Federal do Distrito Federal. 6. Agravos regimentais providos para reformar a decisão agravada apenas quanto à determinação de remessa de cópia dos atos de colaboração à Justiça Federal no Paraná. Maioria.

Desse modo, tendo sido atestada pela Suprema Corte, ainda que em sede de cognição provisória, a competência territorial dos fatos insertos nos mesmos termos de depoimento em referência, com a remessa do material à Seção Judiciária do Distrito Federal, não há como avançar na pretensão de remessa desse mesmo material informativo, por se tratar de circunstâncias fáticas assemelhadas, ao Tribunal Regional Eleitoral do Estado de São Paulo.

Cumpra consignar, em contrapartida, que a indicação do juízo competente, segundo consta da própria ementa de julgamento da PET nº 7.075, não significa definição de competência, mas constitui medida de caráter provisório e sem efeitos vinculantes, hábil a resguardar, ao fim e ao cabo, a autonomia jurisdicional do juízo destinatário dos autos na verificação, mediante o cotejo com os demais feitos que ali tramitam, da existência ou não da conexão em quaisquer das suas modalidades.

2. Ante o exposto, *nego provimento* ao agravo regimental.

É o voto.

27/03/2018
SEGUNDA TURMA

PETIÇÃO Nº 7.319 / DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Respeitosamente, ousou divergir de Sua Excelência.

Os supostos crimes se relacionariam à campanha eleitoral de Alexandre Padilha para o governo do Estado de São Paulo em 2014.

Esta Colenda Segunda Turma, no *recentíssimo* (sessão de 6/2/18) julgamento de embargos declaratórios recebidos como agravos regimentais na PET nº 6.820, Relator para o acórdão o Ministro Ricardo Lewandowski, por expressiva maioria de votos (4x1), firmou o entendimento de que, *nos casos de doações eleitorais por meio de caixa 2 – vale dizer, de fatos que poderiam constituir o crime eleitoral de falsidade ideológica (art. 350, Código Eleitoral) –, a competência para processar e julgar os fatos é da Justiça Eleitoral.*

Ao abrir divergência com o eminente Relator, Ministro Edson Fachin, o Ministro Ricardo Lewandowski, no voto condutor da divergência, assentou que, *mesmo em face da existência de crimes conexos de competência da Justiça Comum, tais como corrupção e lavagem de dinheiro, subsistiria a competência da Justiça Eleitoral, por força do art. 35, II, do Código Eleitoral, segundo o qual compete aos juízes eleitorais “processar e julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhe forem conexos.”*

Naquela sessão de julgamento, ao aderir à divergência, acrescentei, *para firmar a competência da Justiça Eleitoral, que o próprio Código de Processo Penal, ao tratar da determinação da competência por conexão, estabelece que, “no concurso entre a jurisdição comum e a especial, prevalecerá esta” (art. 78, IV).*

Como também observou o Ministro Ricardo Lewandowski, “o denominado ‘Caixa 2’ sempre foi tratado como crime eleitoral”, destacando ainda que:

[e]m casos semelhantes, de conflito de competência entre a Justiça comum e a especializada, a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, com o intuito de evitar possíveis nulidades, assenta que:

(...) em se verificando (...) que há processo penal, em andamento na Justiça Federal, por crimes eleitorais e crimes comuns conexos, é de se conceder *habeas corpus*, de ofício, para anulação, a partir da denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal, e encaminhamento dos autos respectivos à Justiça Eleitoral de primeira instância (CC nº 7033/SP, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, de 2/10/1996 – Grifei).

A mesma orientação se vê em julgados mais recentes, a exemplo da PET nº 5.700/DF, na qual a colaboração descrevia um suposto pagamento de “Caixa 2” para as campanhas, ao Senado, de Aloisio Nunes (PSDB) e Aloizio Mercadante (PT), ambos por meio de recursos de origem alegadamente ilícita da UTC Engenharia.

Naquele feito, o próprio Procurador-Geral da República à época opinou pelo desmembramento e remessa dos autos à Justiça Eleitoral por constatar a eventual prática do crime de “Caixa 2”, enquadrado no art. 350 do Código Eleitoral, em conexão com o crime de lavagem de dinheiro (art. 1º §1º, da Lei nº 9.613/98), ambos descritos na inicial da mencionada PET nº 5.700/DF.

No referido precedente, ressalto que o então PGR esclareceu ao Plenário desta Suprema Corte que havia opinado pela remessa da PET nº 5.700/DF para a Justiça Eleitoral de São Paulo “independentemente da origem ilícita da verba”, entre outras razões, porque se tratava de “Caixa 2” (art. 350 do Código Eleitoral).

Esse, inclusive, é o posicionamento que tenho adotado ao apreciar pedidos de cisão das investigações formulados pela Procuradoria-Geral da República em procedimentos *sigilosos* sob minha relatoria (v.g., PET nº 7.125).

Nesses procedimentos, havendo notícia da prática de crime eleitoral e de crimes comuns conexos, tenho determinado o encaminhamento dos termos de colaboração à Justiça Eleitoral, observada a presença ou não de titular de prerrogativa de foro, em conformidade com o disposto no art. 35, II, do Código Eleitoral e no art. 78, IV, do Código de Processo Penal.

Por fim, registro que, como a investigação se encontra em fase embrionária e diante da impossibilidade, em sede de cognição sumária, de se verticalizar a análise de todos os aspectos concernentes à declinação de competência, *o encaminhamento de termos de colaboração e respectivos anexos não firmará, em definitivo, a competência do juízo indicado*, devendo ser observadas, exemplificativamente, as regras de fixação, de modificação e de concentração de competência referidas no Inq. nº 4.130/PR-QO, respeitando-se, assim, o princípio do juiz natural.

Nesse contexto, *na linha do entendimento assentado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal no julgamento da PET nº 6.820-AgR, mantendo-me coerente com o posicionamento que, monocraticamente, tenho adotado em casos similares*, dou provimento ao agravo regimental para determinar a remessa dos termos dos depoimentos dos colaboradores e da eventual documentação correlata ao Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, para posterior encaminhamento ao juízo de primeiro grau competente, em conformidade com o disposto no art. 35, II, do Código Eleitoral e no art. 78, IV, do Código de Processo Penal.

É como voto.

27/03/2018
SEGUNDA TURMA

PETIÇÃO Nº 7.319 / DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Peço vênia, Senhor Presidente, para acompanhar o dissenso iniciado pelo eminente Ministro DIAS TOFFOLI, considerando, *para tanto*, voto que proferi em caso anterior *em tudo idêntico ao que ora se examina*.

Ao julgar a PET nº 6.820-AgR-ED/DF, Red. p/ o acórdão Min. RICARDO LEWANDOWSKI, observei que tem sido tradicional, em nosso constitucionalismo, a partir da Constituição de 1934 (art. 83,h) e com exceção da Carta Política de 1937 (art. 90), a inclusão de “um conjunto irreduzível de atribuições” (RTJ 100/1005, Rel. Min. RAFAEL MAYER) na esfera da Justiça Eleitoral, a quem se outorgou competência, entre outras matérias, para processar e julgar os delitos eleitorais e as infrações penais comuns que lhes forem conexas.

Com efeito, a Constituição de 1946 (art. 119, VII) e as Cartas Políticas de 1967 (art. 130, VII) e de 1969 (art. 137, VII) incluíram no âmbito de competência da Justiça Eleitoral a atribuição para processar e julgar os crimes eleitorais e, também, os ilícitos penais a eles conexos.

Com a superveniência da Constituição Federal de 1988, no entanto, rompeu-se essa tradição, pois o vigente estatuto fundamental não mais define, no plano da competência da Justiça Eleitoral, um núcleo mínimo de atribuições, havendo optado por submeter ao domínio normativo da lei complementar “a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais” (art. 121, caput – grifei).

Isso significa, portanto, que, hoje, as normas de competência dos órgãos da Justiça Eleitoral qualificam-se, juridicamente, em virtude do princípio da recepção, como normas impregnadas de força, valor e eficácia de lei complementar (GOMES, José Jairo. Crimes Eleitorais e Processo Penal Eleitoral. p. 318, item nº 3.8.2.1, 2ª ed., 2016, Atlas, v.g.), como sucede, p. ex., com aquela inscrita no art. 35, inciso II, do Código Eleitoral, que assim dispõe:

Art. 35. Compete aos Juízes:

.....

II – processar e julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhes forem conexos, ressalvada a competência originária do Tribunal Superior e dos Tribunais Regionais (...). (Grifei.)

É por essa razão, Senhor Presidente, que, no concurso entre a jurisdição penal comum e a especial (como a eleitoral), prevalecerá esta na hipótese de conexão entre um delito eleitoral e uma infração penal comum, como observam, entre outros eminentes autores, DAMÁSIO E. DE JESUS (Código de Processo Penal Anotado. p. 128, 27ª ed.,

Saraiva, 2015), GUILHERME DE SOUZA NUCCI (*Código de Processo Penal Comentado*. p. 273/274, item nº 26, 16ª ed., Forense, 2017), JOSÉ JAIRO GOMES (*Crimes Eleitorais e Processo Penal Eleitoral*, p. 325/327, item nº 3.8.2.3, 2ª ed., Atlas, 2016), FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO (*Código de Processo Penal Comentado*. vol. 1/346-347, 14ª ed., Saraiva, 2012) e SUZANA DE CAMARGO GOMES (*Crimes Eleitorais*. p. 48/51, item nº 3.7, 4ª ed., RT, 2010), *cujas lições também encontram reflexo no magistério, sempre autorizado*, de JULIO FABBRINI MIRABETE (*Código de Processo Penal Interpretado*. p.315, item nº 78.5, 11ª ed., Atlas, 2008):

(...) havendo o concurso entre “jurisdição” comum e a especial, prevalece esta. Assim, a competência da Justiça Eleitoral para julgar os crimes eleitorais prevalece com relação à Justiça Comum, federal ou estadual. O juiz ou tribunal da Justiça Eleitoral julgará também o crime comum. (...) (Grifei.)

Vale assinalar, por relevante, que esse entendimento é igualmente perfilhado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que, nos casos de crime eleitoral e de delitos comuns a ele conexos, instaurar-se-á a competência penal da Justiça Eleitoral em relação a todas essas infrações:

DIREITO CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL.
JURISDIÇÃO. COMPETÊNCIA. CONFLITO. JUSTIÇA ELEITORAL. JUSTIÇA FEDERAL. CRIME ELEITORAL E CRIMES CONEXOS. (...)

.....

4. *Em se verificando, porém, que há processo penal, em andamento na Justiça Federal, por crimes eleitorais e crimes comuns conexos, é de se conceder Habeas Corpus, de ofício, para sua anulação, a partir da denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal, e encaminhamento dos autos respectivos à Justiça Eleitoral de 1ª instância, a fim de que o Ministério Público, oficiando perante esta, requeira o que lhe parecer de direito. (...)*

(CC nº 7.033/SP, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, Pleno – Grifei.)

DESOBEDIÊNCIA – Denúncia posteriormente aditada para atribuir ao réu, também, a prática de crime eleitoral em conexão com o primeiro – Competência que passa a ser da Justiça especial – Conhecimento de habeas corpus por esta, e não pela Justiça comum – Conflito negativo de jurisdição procedente – Inteligência dos arts. 330 do CP, 35, II, e 347 do Código Eleitoral e 78, IV, do CPP.

(RT 587/411, Rel. Min. FRANCISCO REZEK, Pleno – Grifei.)

O Plenário desta Corte Suprema, por sua vez, ao apreciar idêntica controvérsia, já havia consagrado essa mesma orientação, tal como se observa, p. ex., do julgamento do CJ 6.070/MG, Rel. Min. MOREIRA ALVES (RTJ 84/386-389), oportunidade em que o Supremo Tribunal Federal deixou consignada, na matéria, a seguinte lição:

Ora, a Justiça Eleitoral é especial em face quer da Justiça Estadual, quer da Justiça Federal Comum. Por isso, e tendo em vista a aplicação combinada dos arts. 76, III, 78, IV, e 79, caput, do Código de Processo Penal, impõe-se a conclusão de que, na espécie, a competência cabe à Justiça Eleitoral. (Grifei.)

Devo ressaltar, Senhor Presidente, que também assim me posicionei em decisão proferida nesta Corte nos autos da PET nº 5.700/DF, de que fui Relator.

Cabe registrar, finalmente, que essa diretriz jurisprudencial tem sido observada por outros Tribunais judiciais, como se vê, p. ex., de expressivo julgado proferido pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Jurisprudência do Tribunal de Justiça, SP, vol. 186/276-278, Rel. Des. MARCIAL HOLLANDA):

COMPETÊNCIA CRIMINAL – Conexão – Crime eleitoral conexo com crimes da competência da Justiça Comum – Julgamento afeto à Justiça Eleitoral – Artigo 78, inciso IV, do Código de Processo Penal – Nulidade do processo, ab initio, decretada de ofício – Remessa dos autos determinada.

Havendo crime eleitoral conexo com crime de competência da Justiça Comum (Estadual ou Federal), prevalece a competência da Justiça Eleitoral. (Grifei.)

Concluo o meu voto, Senhor Presidente. E, ao fazê-lo, peço vênia a Vossa Excelência para acompanhar o eminente Ministro DIAS TOFFOLI, eis que reconheço configurada, na espécie, a competência penal da Justiça Eleitoral, considerado o que dispõe o art. 35, inciso II, do Código Eleitoral.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: (...) o que está em consonância com o §9º do art. 14 – que estabelece a lei de inelegibilidade como lei complementar, no caso, a LC nº 64/90, com as alterações da LC nº 135/2010, a chamada Lei da Ficha Limpa – e que também vai ao encontro do art. 16, que estabelece o Princípio da Anualidade. Ou seja, dá maior estabilidade ao processo eleitoral e à competência da Justiça Eleitoral, evitando que o casuísmo de uma maioria diante de uma eleição alterasse as competências da Justiça Eleitoral, o que subtrairia a possibilidade de um processo eleitoral seguro e previsível.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: *As razões que venho de invocar e aquelas expostas por Vossa Excelência, eminente Ministro DIAS TOFFOLI, justificam plenamente a conclusão de que se impõe reconhecer, no caso, a competência da Justiça Eleitoral.*

**SEGUNDA TURMA
EXTRATO DE ATA**

PETIÇÃO Nº 7.319

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. EDSON FACHIN

REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. DIAS TOFFOLI

REQTE.(S): VALDEMIR FLAVIO PEREIRA GARRETA

ADV.(A/S): DANYELLE DA SILVA GALVAO (34006/DF, 40508/PR, 340931/SP) E OUTRO(A/S)

REQDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Decisão: A Turma, por maioria, deu provimento ao agravo regimental para determinar a remessa dos termos de depoimento dos colaboradores e de eventual documentação correlata ao Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, para posterior encaminhamento ao juízo de primeiro grau competente, em conformidade com o disposto no art. 35, II, do Código Eleitoral e no art. 78, IV, do Código de Processo Penal, nos termos do voto do Ministro Dias Toffoli, vencido o Ministro Edson Fachin. Redator para o acórdão o Ministro Dias Toffoli. Ausentes, justificadamente, os Ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski. Presidência do Ministro Edson Fachin. 2ª Turma, 27.3.2018.

Presidência do Senhor Ministro Edson Fachin. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello e Dias Toffoli. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Ravena Siqueira

Secretária

Superior Tribunal de Justiça

• • •

Jurisprudência Criminal

• • •

**HABEAS CORPUS Nº 390.038 / SÃO PAULO
(2017/0041657-0)**

RELATOR: MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO: THIAGO PEDRO PAGLIUCA DOS SANTOS – SP314233

IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE: PEDRO HENRIQUE DE JESUS

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO §4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006. REINCIDÊNCIA CONSIDERADA DE MANEIRA EQUIVOCADA. ORDEM CONCEDIDA.

1. É inconcebível considerar, em nítida interpretação prejudicial ao réu, que o tempo de prisão provisória seja o mesmo que o tempo de prisão no cumprimento de pena, haja vista tratar-se de institutos absolutamente distintos em todos os seus aspectos e objetivos.

2. A decisão de extinção da punibilidade, na hipótese, aproxima-se muito mais do exaurimento do direito de exercício da pretensão punitiva como forma de reconhecimento, pelo Estado, da prática de coerção cautelar desproporcional no curso do processo – que culminou com a condenação por porte de substância entorpecente para consumo próprio – do que com o esgotamento de processo executivo pelo cumprimento de pena.

3. Se o paciente não houvesse ficado preso preventivamente – prisão que, posteriormente, se mostrou ilegal, dada a impossibilidade de se aplicar tal medida aos acusados da prática do crime de porte de substância entorpecente para consumo próprio –, ele teria feito jus à transação penal (conforme, aliás, expressamente, entendeu ser

possível o próprio membro do Ministério Público), benefício que, como é sabido, não é apto a configurar nem maus antecedentes nem reincidência. A prevalecer entendimento contrário, estaria o paciente a sofrer em duplicidade os efeitos decorrentes de um processo que, ao final, não traduziu a gravidade que inicialmente se imaginou.

4. Ordem concedida, para afastar a reincidência do paciente e, por conseguinte, determinar o retorno dos autos ao Juízo de primeiro grau para que analise o eventual preenchimento, pelo paciente, dos demais requisitos necessários ao reconhecimento da minorante prevista no art. 33, §4º, da Lei de Drogas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro.

Brasília (DF), 06 de fevereiro de 2018

MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

HABEAS CORPUS Nº 390.038 / SP (2017/0041657-0)

RELATOR: MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO: THIAGO PEDRO PAGLIUCA DOS SANTOS – SP314233

IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE: PEDRO HENRIQUE DE JESUS

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

PEDRO HENRIQUE DE JESUS, paciente neste *habeas corpus*, estaria sofrendo constrangimento ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo* (Apelação Criminal nº 0004517-78.2012.8.26.0050).

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006.

Neste *writ*, o impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que a reincidência do paciente, fruto do resultado do Processo nº 0032033-10.2011.8.26.0050, foi considerada de maneira equivocada. Em sua ótica, a sentença proferida naquele caso, que desclassificou o delito pelo qual respondia o acusado, atribuindo-lhe o crime de porte de substância entorpecente para consumo próprio (art. 28 da Lei nº 11.343/2006) e, ato contínuo, declarando extinta a punibilidade por aplicação de uma espécie de “detração penal analógica virtual” (fl. 3) – uma vez que ele teria respondido ao processo preso provisoriamente –, não pode servir para efeitos de reincidência.

Afirma, diante disso, que o óbice ao benefício previsto no §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 acaba por impedir a necessária redução da reprimenda imposta – 5 anos de reclusão –, bem como a fixação de regime de cumprimento de pena mais branda e a sua substituição por restritiva de direitos.

Além disso, com a incidência da referida minorante, esclarece que é afastado o caráter hediondo do delito, o que viabiliza a concessão de indulto e a progressão de regime com o cumprimento de lapso temporal menor.

Requer, liminarmente e no mérito, seja afastada a agravante da reincidência e, por conseguinte (fl. 5):

- a) ele seja colocado imediatamente em regime aberto;
- b) seja levada em consideração, para cálculos da execução, a pena de 1 ano e 8 meses (referente a crime comum, não hediondo).

Subsidiariamente, pleiteia a suspensão dos efeitos do acórdão impugnado, “oficiando-se ao Juízo das Execuções onde tramita o processo de execução nº 1017943 – até o julgamento definitivo do *writ*” (fl. 5).

A liminar foi por mim deferida, nos termos da decisão de fls. 26-29, “para sobrestar os efeitos do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nos autos da Apelação Criminal nº 0004517-78.2012.8.26.0050 e, por conseguinte, suspender o cumprimento da pena imposta ao paciente, até o julgamento de mérito deste *habeas corpus*” (fl. 29).

Depois de as informações terem sido prestadas, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus*.

HABEAS CORPUS Nº 390.038 / SP (2017/0041657-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO §4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006. REINCIDÊNCIA CONSIDERADA DE MANEIRA EQUIVOCADA. ORDEM CONCEDIDA.

1. É inconcebível considerar, em nítida interpretação prejudicial ao réu, que o tempo de prisão provisória seja o mesmo que o tempo de prisão no cumprimento de pena, haja vista tratar-se de institutos absolutamente distintos em todos os seus aspectos e objetivos.
2. A decisão de extinção da punibilidade, na hipótese, aproxima-se muito mais do exaurimento do direito de exercício da pretensão punitiva como forma de reconhecimento, pelo Estado, da prática de coerção cautelar desproporcional no curso do processo – que culminou com a condenação por porte de substância entorpecente para consumo próprio – do que com o esgotamento de processo executivo pelo cumprimento de pena.
3. Se o paciente não houvesse ficado preso preventivamente – prisão que, posteriormente, se mostrou ilegal, dada a impossibilidade de se aplicar tal medida aos acusados da prática do crime de porte de substância entorpecente para consumo próprio –, ele teria feito jus à transação penal (conforme, aliás, expressamente, entendeu ser possível o próprio membro do Ministério Público), benefício que, como é sabido, não é apto a configurar nem maus antecedentes nem reincidência. A prevalecer entendimento contrário, estaria o paciente a sofrer em duplicidade os efeitos decorrentes de um processo que, ao final, não traduziu a gravidade que inicialmente se imaginou.
4. Ordem concedida, para afastar a reincidência do paciente e, por conseguinte, determinar o retorno dos autos ao Juízo de primeiro grau para que analise o eventual preenchimento, pelo paciente, dos demais requisitos necessários ao reconhecimento da minorante prevista no art. 33, §4º, da Lei de Drogas.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

Consta dos autos que o paciente foi condenado à reprimenda de 5 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006. Na ocasião, o Juiz sentenciante assim fundamentou a impossibilidade de incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no §4º do art. 33 da Lei de Drogas, *in verbis* (fl. 13):

Finalmente, inviável a aplicação do redutor previsto no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/06; *não se trata de réu primário* e a extinção da punibilidade (fl. 4, apenso FA) decorre de cumprimento de pena, por aplicação de “detração analógica virtual”, de forma a permitir o reconhecimento da reincidência, obstativa da benesse [...].

A Corte estadual, por sua vez, manteve o indeferimento do benefício em questão nos termos a seguir aduzido (fl. 20):

Em seguida, deixou de aplicar o §4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, em face da reincidência do réu (fl. 05 do apenso), nada havendo a se alterar.

Isso porque a extinção da punibilidade do acusado decorreu de cumprimento de pena, fato que permite o reconhecimento da reincidência.

O caso posto em debate traz interessante controvérsia existente entre a *natureza jurídica da decisão que extingue a punibilidade ao levar em conta o tempo de prisão provisória do acusado e a possível medida a ser imposta pela condenação por porte de substância entorpecente para consumo próprio* (art. 28 da Lei nº 11.343/2006).

De fato, as instâncias ordinárias deixaram de reconhecer a incidência da causa especial de diminuição prevista no §4º do art. 33 da referida Lei, porque concluíram que a extinção da punibilidade, nesses casos, assemelhar-se-ia à extinção do processo executivo pelo cumprimento de pena e, por conseguinte, seria apta a gerar a reincidência. Isso implica, tal como alega o impetrante, significativo impacto na fixação da pena e na escolha do regime de seu cumprimento, bem como nos possíveis benefícios de execução penal.

No entanto, entendo que a *compreensão adotada pelas instâncias ordinárias não se mostrou adequada*.

Com efeito, ao examinar o único processo que consta na vida pregressa do paciente – com cópias essenciais devidamente juntadas aos autos (fl. 22) – e que foi utilizado como parâmetro para a constatação da reincidência, observo que, no momento da sentença, o Juiz *desclassificou* a imputação pelo crime de tráfico de drogas (processo em que o paciente respondia preso cautelarmente) para a conduta de porte de substância entorpecente para consumo próprio. Ato contínuo, considerou o tempo de prisão provisória mais do que suficiente para compensar eventual medida a ser imposta ao acusado e, diante disso, *extinguiu a sua punibilidade*.

Eis os termos da decisão, no que interessa (fl. 22):

Julgo parcialmente procedente a denúncia para desclassificar, como desclassifico, em relação ao réu PEDRO HENRIQUE DE JESUS, qualificado nos autos, o artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 para o artigo 28 da mesma Lei. Trânsito em julgado ao Ministério Público – 29/08/2011. [...] *Entendendo o Ministério Público ser aplicável o instituto da transação penal, mas tendo-se em vista que o acusado ficou preso*

processualmente da data do flagrante até 04/08/2011 [...], julgo extinta a punibilidade de PEDRO HENRIQUE DE JESUS, aplicando-se a detração penal analógica virtual, pois qualquer pena que seria aplicável ao caso em tela estaria fatalmente cumprida, nem havendo justa causa ou interesse processual para o prosseguimento do feito. [...]

A par da acertada decisão do Magistrado de primeiro grau – que extinguiu a punibilidade de forma congruente e compatível com a dogmática penal –, *não há como desprezar que o tempo de constrição considerado para a extinção da punibilidade se deu no âmbito exclusivo da prisão preventiva. É inconcebível compreender, em nítida interpretação prejudicial ao réu, que o tempo de prisão provisória seja o mesmo que o tempo de prisão no cumprimento de pena, haja vista tratar-se de institutos absolutamente distintos em todos os seus aspectos e objetivos.*

A decisão de extinção da punibilidade, na hipótese, aproxima-se muito mais do exaurimento do direito de exercício da pretensão punitiva como forma de reconhecimento, pelo Estado, da prática de *coerção cautelar desproporcional no curso do processo* –, que culminou com a condenação por porte de substância entorpecente para consumo próprio – do que com o esgotamento de processo executivo pelo cumprimento de pena. Aliás, como conceber o cumprimento de pena sem a existência de sentença condenatória?

Ora, se nos casos em que há a perda do direito ao exercício do *jus puniendi* pelo Estado, em razão do decurso do tempo, são exterminados todos os efeitos penais (principais e secundários) de eventual condenação sem o trânsito em julgado (v. g., HC nº 338.975/RJ, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 1º/12/2015), com muito mais razão não se podem exigir efeitos de decisão, sujeita a recurso, que extingue o processo por entender, ainda que implicitamente, que houve desproporção na adoção de medida acautelatória constritiva.

Veja-se, ademais, que, se o paciente não houvesse ficado preso preventivamente – prisão que, posteriormente, se mostrou ilegal, dada a impossibilidade de se aplicar tal medida aos acusados da prática do crime de porte de substância entorpecente para consumo próprio –, ele teria feito jus à *transação penal* (conforme, aliás, expressamente, reputou ser possível o próprio membro do Ministério Público – fl. 22), benefício que, como é sabido, não é apto a configurar nem maus antecedentes nem reincidência.

Por tais razões, entendo que o único processo anterior existente em desfavor do réu *não pode ser considerado para fins de reincidência*. Por conseguinte, afastada a reincidência, devem os autos retornar ao Juízo da 16ª Vara Criminal da Comarca da Capital – SP para se manifestar sobre a causa especial de diminuição de pena prevista no §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, a fim de que analise o eventual preenchimento dos *demais requisitos* necessários ao reconhecimento da benesse em questão, quais sejam, a não dedicação a atividades delituosas e a não integração em organização criminosa.

À vista do exposto, *concedo a ordem* para afastar a reincidência do paciente e, por conseguinte, determinar o retorno dos autos ao Juízo da 16ª Vara Criminal da Comarca da Capital – SP para que analise o eventual preenchimento, pelo acusado, dos demais requisitos necessários ao reconhecimento da minorante prevista no art. 33, §4º, da Lei de Drogas.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0041657-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC nº 390.038 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0004517782012 00045177820128260050 1017943 20130000191222
4517782012 45177820128260050

EM MESA

JULGADO: 06/02/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ ADONIS CALLOU DE ARAÚJO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO: THIAGO PEDRO PAGLIUCA DOS SANTOS – SP314233

IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE: PEDRO HENRIQUE DE JESUS

ASSUNTO: DIREITO PENAL – Crimes Previstos na Legislação Extravagante – Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas – Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro.

HABEAS CORPUS Nº 408.736 / ESPÍRITO SANTO (2017/0176054-6)

RELATORA: MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PACIENTE: AILTO GINELI

EMENTA

DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 68 DA LEI Nº 9.605/98. PRESCRIÇÃO. PUBLICIDADE DA SENTENÇA. ART. 389 DO CPP. REQUISITOS NÃO ATENDIDOS. PUBLICAÇÃO DA MOVIMENTAÇÃO PROCESSUAL NA INTERNET. CARÁTER MERAMENTE INFORMATIVO E NÃO VINCULATIVO. CONSIDERAÇÃO DO PRIMEIRO ATO SUBSEQUENTE COMO DATA DA PUBLICAÇÃO. PRESCRIÇÃO RETROATIVA ENTRE A DATA DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E A SENTENÇA CONDENATÓRIA. ORDEM CONCEDIDA.

1. A publicidade, requisito de existência da sentença penal, é ato complexo que se compraz com o recebimento da sentença pelo escrivão, com a lavratura dos autos no respectivo termo e com o registro em livro especialmente destinado para esse fim, na forma do art. 389 do Código de Processo Penal.

2. O lançamento da movimentação processual na internet cinge-se a uma facilidade posta à disposição dos jurisdicionais, de cunho meramente informativo e não vinculativo, não podendo ser caracterizado como ato processual propriamente dito e, via de consequência, não possuindo o condão de atender aos requisitos de publicidade exigidos pelo CPP. Não havendo a publicização do édito condenatório em sua acepção técnica, também não há se falar em interrupção do lapso prescricional, na forma do art. 117, IV, do Código Penal.

3. *“Na omissão da lavratura do termo de recebimento pelo escrivão, previsto no art. 389 do Código de Processo Penal, a sentença deve ser considerada publicada na data da prática do ato subsequente, que, de maneira inequívoca, demonstre a publicidade do decreto condenatório.”*

(RHC nº 28.822/AL, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 22/08/2011, DJe 13/10/2011). *In casu*, o ato processual subsequente com força a atribuir publicidade ao

decreto construtivo reside na data de expedição do mandado de intimação da sentença em 20.10.2014.

4. O paciente foi condenado à pena privativa de liberdade de 1 (um) ano de detenção pela prática do crime previsto no art. 68 da Lei nº 9.605/98. Entre a data de recebimento da denúncia, em 28.09.2010, e o marco considerado como de publicação da sentença condenatória, em 20.10.2014, houve o transcurso de mais de 4 (quatro) anos, nos termos do art. 109, V, do Código Penal, fulminando a pretensão punitiva estatal pela prescrição retroativa, conforme art. 107, IV, do referido diploma legal.

5. Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro.

Brasília, 06 de fevereiro de 2018 (Data do julgamento)

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora

HABEAS CORPUS Nº 408.736 / ES (2017/0176054-6)

RELATORA: MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PACIENTE: AILTO GINELI

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de AILTO GENELI, apontando, como autoridade coatora, o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (Embargos de Declaração em Apelação Criminal nº 030100067153).

Segundo os autos, o paciente foi condenado à pena de 1 ano de detenção, em regime aberto, pela prática do delito previsto no art. 68, *caput*, da Lei nº 9.605/98 (fls. 16/26).

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante a Corte de origem, ao qual foi negado provimento (fls. 32/35).

Alegando a prescrição da pretensão punitiva, a defesa opôs embargos de declaração, que, por sua vez, foram rejeitados (fls. 45/47).

No presente *mandamus*, insiste a impetrante na tese de prescrição da pretensão punitiva.

Ressalta que “após a prolação da referida sentença, não houve registro nos autos de qualquer recebimento de sua parte pelo escrivão, vindo ela a surtir efeitos nos autos apenas em 22/10/2014, através de intimação do paciente”. Assim, sustenta que, ultrapassados mais de 4 anos entre o recebimento da denúncia (28.09.2010) e a referida intimação, houve a prescrição da pretensão punitiva, na forma do art. 109, V, e art. 107, IV, ambos do Código Penal.

Aduz que não se pode precisar a data da chegada em cartório da decisão, não sendo possível considerar o lançamento da movimentação no sistema EJUD como ato processual. No ponto, ressalta que não foram atendidas as formalidades do art. 389 do CPP.

Ao final, pede, liminarmente e no mérito, o reconhecimento da prescrição.

Liminar indeferida às fls. 56/63.

Informações prestadas às fls. 73/80, 83/100, 101/119, 127/135 e 136/152.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 121/125).

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 408.736 / ES (2017/0176054-6)

EMENTA

DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 68 DA LEI Nº 9.605/98. PRESCRIÇÃO. PUBLICIDADE DA SENTENÇA. ART. 389 DO CPP. REQUISITOS NÃO ATENDIDOS. PUBLICAÇÃO DA MOVIMENTAÇÃO PROCESSUAL NA INTERNET. CARÁTER MERAMENTE INFORMATIVO E NÃO VINCULATIVO. CONSIDERAÇÃO DO PRIMEIRO ATO SUBSEQUENTE COMO DATA DA PUBLICAÇÃO. PRESCRIÇÃO RETROATIVA ENTRE A DATA DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E A SENTENÇA CONDENATÓRIA. ORDEM CONCEDIDA.

1. A publicidade, requisito de existência da sentença penal, é ato complexo que se compraz com o recebimento da sentença pelo

escrivão, com a lavratura dos autos no respectivo termo e com o registro em livro especialmente destinado para esse fim, na forma do art. 389 do Código de Processo Penal.

2. O lançamento da movimentação processual na internet cinge-se a uma facilidade posta à disposição dos jurisdicionais, de cunho meramente informativo e não vinculativo, não podendo ser caracterizado como ato processual propriamente dito e, via de consequência, não possuindo o condão de atender aos requisitos de publicidade exigidos pelo CPP. Não havendo a publicização do édito condenatório em sua acepção técnica, também não há se falar em interrupção do lapso prescricional, na forma do art. 117, IV, do Código Penal.

3. “Na omissão da lavratura do termo de recebimento pelo escrivão, previsto no art. 389 do Código de Processo Penal, a sentença deve ser considerada publicada na data da prática do ato subsequente, que, de maneira inequívoca, demonstre a publicidade do decreto condenatório.”

(RHC nº 28.822/AL, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 22/08/2011, DJe 13/10/2011). *In casu*, o ato processual subsequente com força a atribuir publicidade ao decreto construtivo reside na data de expedição do mandado de intimação da sentença em 20.10.2014.

4. O paciente foi condenado à pena privativa de liberdade de 1 (um) ano de detenção pela prática do crime previsto no art. 68 da Lei nº 9.605/98. Entre a data de recebimento da denúncia, em 28.09.2010, e o marco considerado como de publicação da sentença condenatória, em 20.10.2014, houve o transcurso de mais de 4 (quatro) anos, nos termos do art. 109, V, do Código Penal, fulminando a pretensão punitiva estatal pela prescrição retroativa, conforme art. 107, IV, do referido diploma legal.

5. Ordem concedida.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

A controvérsia jurídica cinge-se a analisar a ocorrência da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa.

Alega a defesa, em síntese, que as formalidades previstas no art. 389 do Código de Processo Penal – CPP – para publicação da sentença condenatória não teriam sido observadas. Ressalta que o lançamento da movimentação dos autos no sistema eletrônico do Sodalício não se caracteriza como ato processual e, portanto, não possuiria o condão de interromper o lapso prescricional. Nesses termos, defende que

a publicação do édito condenatório deve surtir efeitos apenas em 22.10.2014, quando houve a efetiva intimação do paciente, momento em que já fulminada a pretensão punitiva pela prescrição.

Em sede de embargos de declaração, o Tribunal de Justiça refutou a tese autoral nos seguintes termos (fls. 46/48):

(...)

Contudo, ante a natureza jurídica do instituto da prescrição que permite seu reconhecimento, a qualquer tempo, passo a analisar o pedido formulado.

Melhor sorte não o socorre e para isso valho-me dos seguintes preceitos legais atinentes.

Extingue-se a punibilidade:

IV – pela prescrição, decadência ou preempção; [...]

O artigo 109 do CPB também estabelece que:

A prescrição antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no §1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

V – em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois.

E, também, o *caput* do art. 110 e seu §1º do Código Penal preconiza:

Art. 110 – A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.

§1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa.

Da análise dos autos, observo que a denúncia foi recebida em 28/09/2010.

O embargante foi condenado à pena de 01 (um) ano de detenção, oportunidade em que a prescrição se cristalizaria em 27/09/2014.

A defesa alega que não há nos autos certidão de publicação da sentença e, por tal motivo, deveria ser considerado o marco interruptivo da publicação da sentença o dia 20/10/2014, data da expedição do mandado de intimação da sentença.

Contudo, não vejo como acolher tal argumento.

Em que pese, lamentavelmente, não ter sido cumprida a formalidade da certificação da publicação da sentença, podemos extrair, do sistema eletrônico de gerenciamento de processos (eJUD), é possível constatar que no dia 04/06/2014 foi lançado o andamento “Mandado Expeça-se – sentença”, cuja responsabilidade se deu pelo Cartório. (sic)

Ora, cediço é o entendimento de que a publicação da sentença ocorre com sua entrega ao cartório, o que nos permite extrair que deve ser considerada a referida data como o marco interruptivo da prescrição. Em consequência, afastada a tese defensiva.

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO dos presentes Embargos de Declaração.

A publicidade dos atos processuais é princípio expressamente consignado no texto constitucional (art. 5º, LX, da CF), como expressão da transparência a ser observada pelos agentes do Estado, permitindo o controle social sobre os serviços do Judiciário.

No tocante à sentença, a publicidade se apresenta como requisito indispensável à própria existência do ato, retirando-lhe o caráter eminentemente particular e privado, para que possa ser adjetivado como um autêntico ato processual.

Nessa linha de inteligência, o Código de Processo Penal, em seu artigo 389, define a forma pela qual se dará a publicidade do ato decisório privativo do magistrado, *verbis*:

Art. 389 – A sentença será publicada em mão do escrivão, que lavrará nos autos o respectivo termo, registrando-a em livro especialmente destinado a esse fim.

Do que se observa, a publicação é ato complexo que demanda o preenchimento de algumas formalidades. Outrossim, o ato se compraz com o recebimento da sentença pelo escrivão, com a lavratura nos autos do respectivo termo e com o registro em livro especialmente destinado para esse fim. Nesse sentido, leciona a doutrina:

Publicação da sentença: a publicação dá efetiva existência à sentença, tornando-a um ato processual. Enquanto não publicada, a sentença é mero ato particular do juiz, um estudo ou parecer privado, sem força vinculante. A sentença é tida como publicada quando adquire publicidade. Mas não há necessidade de que várias pessoas tomem conhecimento dela. Daí por que se considera que, na hipótese de sentença escrita, esta se considera proferida quando publicada em cartório, pois é nesse momento que passa a valer como

*ato jurisdicional, e não na data que consta na sentença (CPP, art. 381, VI). Em face do art. 389 do CPP, tem-se que a sentença será publicada no momento em que for recebida pelo escrivão, que lavrará nos autos o respectivo termo, registrando-a em livro especialmente destinado a esse fim. Formaliza-se, então, a publicação com a juntada da sentença aos autos pelo escrivão e o termo por ele lavrado, e o seu registro com a transcrição em livro próprio. Portanto, não se deve confundir a publicação em cartório, que se dá quando a sentença é entregue nas mãos do escrivão, com a intimação das partes, a ser feita pessoalmente ou por meio de publicação na imprensa. (...) (LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal Comentado*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p.1086.)*

Publicação em nome do escrivão: é a transformação do ato individual do juiz, sem valor jurídico, em ato processual, pois passa a ser do conhecimento geral do veredicto dado. *Nos autos, será lavrado um termo, bem como há, em todo ofício, um livro específico para o seu registro*. Normalmente é composto pelas cópias das decisões proferidas pelos juízes em exercício na Vara, com termo de abertura e encerramento feito pelo magistrado encarregado da corregedoria do cartório. (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.806.)

No caso dos autos, o próprio Sodalício estadual reconhece que as formalidades *supra* descritas não foram adequadamente cumpridas, porquanto não há registros quanto à certificação da publicação da sentença. O que existe é, apenas e tão somente, o lançamento do andamento processual “Mandado Expeça-sentença”, registrado junto ao sistema eletrônico de gerenciamento de processos (eJUD) do Tribunal.

A meu ver, assiste razão à defesa quando sustenta que a publicação da movimentação processual no sistema eletrônico não atende aos requisitos da regra insculpida no art. 389 do CPP. Isso porque o registro em comento não pode ser caracterizado como ato processual. Trata-se, efetivamente, de uma facilidade oferecida aos jurisdicionados para que possam acompanhar com maior comodidade o andamento dos feitos judiciais. Nesse diapasão, não desponta qualquer efeito legal do simples registro de movimentação dos autos físicos na internet, de cunho meramente informativo e não vinculativo. Via de consequência, sob a óptica do direito penal, tal evento não possui o condão de interromper o lapso prescricional, na forma do art. 117, IV, do CP, *verbis*:

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 acórdão condenatórios recorríveis; (Redação dada pela Lei nº 11.596, de 2007).

Cumpre, então, perscrutar quando efetivamente ocorre a publicação da sentença na hipótese em que há o descumprimento ao disposto no art. 389 do Código de Processo Penal, ou seja, quando não efetuada a lavra do respectivo termo de recebimento.

Sobre o tema, a jurisprudência desta Corte, arraigada em precedente do Supremo Tribunal Federal, tem reconhecido que, em casos desta estirpe, deve ser considerada como data de publicação a data do primeiro ato que demonstrou, de maneira incontestada, a ciência da sentença pelas partes. Nesse sentido:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PENAL. AMEAÇA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. SENTENÇA. TERMO DE RECEBIMENTO PELO ESCRIVÃO. INEXISTÊNCIA. CONSIDERAÇÃO DO PRIMEIRO ATO SUBSEQUENTE COMO DATA DA PUBLICAÇÃO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA CONSUMADA ENTRE O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E A PUBLICIDADE DA SENTENÇA.

1. Esta Corte tem entendimento firmado de que a interrupção da prescrição ocorre na data em que a sentença condenatória é entregue ao escrivão, e não quando a acusação ou a defesa dela tomam ciência, ou mesmo na data de publicação no órgão oficial.

2. Contudo, na omissão da lavratura do termo de recebimento pelo escrivão, previsto no art. 389 do Código de Processo Penal, a sentença deve ser considerada publicada na data da prática do ato subsequente que, de maneira inequívoca, demonstre a publicidade do decreto condenatório. Precedente do Supremo Tribunal Federal.

3. No caso, o primeiro ato que demonstrou, de maneira inequívoca, a publicidade da sentença foi o ciente que o Ministério Público nela apôs, devendo esta data, portanto, ser considerada como sendo a efetiva publicação.

4. Se imposta ao paciente a pena de 6 meses de detenção por sentença transitada em julgado, em razão de delito praticado antes da vigência da Lei nº 12.234/2010, uma vez transcorridos mais de 2 anos entre a data do recebimento da denúncia e a publicação da sentença, houve a consumação da prescrição da pretensão punitiva.

5. Recurso ordinário provido.

(RHC nº 28.822/AL, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 22/08/2011, DJe 13/10/2011)

Da lavra do Supremo Tribunal Federal:

HABEAS-CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. INTERRUÇÃO DA PRESCRIÇÃO PELA PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA. PUBLICAÇÃO E INTIMAÇÃO DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA (CPP, ARTS. 389 E 414) 1. *A publicação da sentença ocorre quando o escrivão a recebe do Juiz (CPP, art. 389), independentemente de qualquer outra formalidade: a não lavratura de termo nos autos implica se considerar como data da publicação a do primeiro ato subsequente; o registro no livro próprio é formalidade que se destina a sua conservação, não comprometendo a validade da sentença.* 2. *A publicação da sentença de pronúncia, tal como prevista no art. 389 do CPP, e que não se confunde com a intimação das partes, interrompe a prescrição (CP, art. 117, II).* 3. *A intimação pessoal do pronunciado (CPP, art. 414) não é condição para a interrupção da prescrição; tem outra finalidade, relacionada com o prosseguimento do processo (CPP, art. 413, caput).* 4. *Habeas-corpus conhecido, mas indeferido. (HC nº 73.242/GO, Ministro Maurício Correa, Segunda Turma, DJ 24/5/1996)*

E, no caso dos autos, o primeiro indicativo de publicidade reside, justamente, na data de expedição do mandado de intimação da sentença, em 20.10.2014, conforme bem asseverado pela impetrante. Com efeito, em havendo dúvida resultante da omissão cartória em certificar a data recebimento da sentença, a solução adotada não deve ser aquela mais prejudicial ao réu, que seria presumir a data de publicação com o mero lançamento de movimentação dos autos na internet.

Registro que a tese em tela não confronta a jurisprudência consolidada desta Corte de Justiça no sentido de que “a interrupção do curso da prescrição se dá com a publicação da sentença condenatória em cartório, que em nada se confunde com a intimação das partes, pessoalmente ou por intermédio do órgão de imprensa oficial” (HC nº 81.669/SC, Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJe 22/10/2007), a qual fora erigida como argumento pelo parecerista em atuação neste Tribunal para fundamentar a denegação da ordem. É que aqui falta o próprio pressuposto lógico dessa linha argumentativa, que é a efetiva publicação da sentença com a entrega em cartório e realização das formalidades do art. 389 do CPP, devendo, como visto, ser relegada a publicidade para o primeiro ato posterior de ciência das partes, o qual, coincidentemente, se deu com a intimação por mandado das partes quanto aos termos do édito condenatório.

Dito isso, a equalização da controvérsia passa a depender apenas da verificação dos lapsos prescricionais.

Sustenta a defesa a prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa, cuja normatização é dada pelo art. 110 do Código Penal:

Prescrição depois de transitar em julgado sentença final condenatória

Art. 110 – A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória *regula-se pela pena aplicada* e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984.)

§1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa. (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010.)

No caso dos autos, o paciente foi condenado à pena privativa de liberdade de 1 (um) ano de detenção pela prática do crime previsto no art. 68 da Lei nº 9.605/98. Entre a data de recebimento da denúncia, em 28.09.2010 (fl. 2), e o marco considerado como de publicação da sentença condenatória, em 20.10.2014, houve o transcurso de mais de 4 (quatro) anos, nos termos do art. 109, V, do Código Penal, fulminando a pretensão punitiva estatal pela prescrição retroativa, conforme art. 107, IV, do referido diploma legal.

Ante o exposto, *concedo a ordem* para declarar extinta a punibilidade do paciente pela prescrição da pretensão punitiva, tornando sem efeito a condenação proferida nos autos da ação penal nº 030.10.006715-3, da 3ª Vara Criminal de Linhares – ES.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0176054-6

PROCESSO ELETRÔNICO HC nº 408.736 / ES

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00067152320108080030 0301000067153 030100067153
301000067153 30100067153

67152320108080030

EM MESA

JULGADO: 06/02/2018

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. JOSÉ ADONIS CALLOU DE ARAÚJO
Secretário
Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PACIENTE: AILTO GINELI

ASSUNTO: DIREITO PENAL – Crimes Previstos na Legislação Extravagante – Crimes contra o Meio Ambiente e o Patrimônio Genético

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 48.851 / PARÁ (2015/0175938-0)

RELATOR: MINISTRO NEFI CORDEIRO

AGRAVANTE: IMERYS RIO CAPIM CAULIM S.A.

ADVOGADO: MARIO BARROS NETO E OUTRO(S) - PA011109

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TEORIA DA DUPLA IMPUTAÇÃO. PESSOA JURÍDICA QUE FIGURA ISOLADAMENTE COMO RÉ NA DENÚNCIA POR CRIME AMBIENTAL. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

2. Este Superior Tribunal, na linha do entendimento externado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a entender que, nos crimes societários, não é indispensável a aplicação da teoria da dupla imputação ou imputação simultânea, podendo subsistir a ação penal proposta contra a pessoa jurídica, mesmo se afastando a pessoa física do polo passivo da ação. Precedentes.

3. O trancamento de ação penal somente deve ser acolhido se restar, de forma indubitável, comprovada a ocorrência de circunstância extintiva da punibilidade, de ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito e ainda da atipicidade da conduta.

4. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao

agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogério Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de fevereiro de 2018 (Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO

Relator

AgRg no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 48.851 / PA (2015/0175938-0)

RELATOR: MINISTRO NEFI CORDEIRO

AGRAVANTE: IMERYS RIO CAPIM CAULIM S.A.

ADVOGADO: MARIO BARROS NETO E OUTRO(S) - PA011109

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ

RELATÓRIO

O EXMO. SR . MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de agravo regimental, interposto por IMERYS RIO CAPIM CAULIM S.A., em face de decisão que negou provimento a recurso em mandado de segurança, nos termos da Súmula nº 568/STJ.

Ratifica a agravante as considerações feitas no recurso, aduzindo que “assim como a apelação, O RECURSO ORDINÁRIO DEVOLVE AO TRIBUNAL TODAS AS MATÉRIAS VENTILADAS NA IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA, de modo que, mesmo que o acórdão recorrido não tenha examinado determinado tema, nada obsta que a corte ad quem o aprecie, tendo em vista a ampla devolutividade do recurso” (fl. 187) “[...] os acórdãos que fundamentam o *decisum* recorrido não devem ser considerados precedentes judiciais nem se basearam em súmula, súmula vinculante, jurisprudência consolidada, tampouco se trata de recursos repetitivos, muito menos adotaram orientação do respectivo plenário ou órgão especial” (fl.191).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento do agravo regimental (fls. 222/228).

É o relatório.

AgRg no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 48.851 / PA (2015/0175938-0)

VOTO

O EXMO. SR . MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

A decisão agravada foi proferida nos seguintes termos (fls. 174/178):

Trata-se de recurso em mandado de segurança impetrado em face de acórdão que contou com a seguinte ementa (fls. 92/99):

MANDADO DE SEGURANÇA – CRIME AMBIENTAL PRATICADO POR PESSOA JURÍDICA – VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL – IMPROCEDÊNCIA – PESSOA JURÍDICA QUE PODE SER PROCESSADA POR CRIME AMBIENTAL INDEPENDENTE DE OS SEUS DIRETORES OU ADMINISTRADORES FIGURAREM NO POLO PASSIVO DA AÇÃO PENAL – SEGURANÇA DENEGADA. DECISÃO UNÂNIME.

1. INOBSERVÂNCIA DA TEORIA DA DUPLA IMPUTAÇÃO. O ordenamento jurídico brasileiro não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica pela prática de crime ambiental à acusação conjunta dos seus sócios ou administradores. Em outros termos, o §3º do art. 225 da Constituição Federal não consagra a teoria da dupla imputação, não havendo, pois, nesses autos, qualquer ofensa ao direito líquido certo ao devido processo legal, alegado pela impetrante. Precedente do STF.

2. Segurança conhecida e denegada. Decisão unânime.

Com a impetração, buscam-se o reconhecimento de nulidade da denúncia por inépcia e o conseqüente trancamento da ação penal com base na teoria da dupla imputação. Assevera que a peça acusatória padece da descrição das elementares contidas no *caput* do art. 3º da Lei nº 8605/98: 8: (i) “decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu *Órgão colegiado* e (ii) o ‘Interesse ou benefício da sua entidade’ (...) devendo a denúncia apta expor a ação/omissão dos gestores que tenha beneficiado a respectiva entidade.”

A recorrente foi denunciada pelo crime descrito no art. 54, §2º, V, Lei nº 9.605/98.

O parecer do Ministério Público Federal é pelo não provimento do recurso (fls. 154/157).

Na origem, a ação penal 0005595-38.2013.8.14.0008 está em fase instrutória, conforme informações processuais eletrônicas disponíveis em 7/7/2016.

É o relatório.

DECIDO.

A extinção da ação penal por falta de justa causa ou por inépcia formal da denúncia situa-se no campo da excepcionalidade.

Somente é cabível o trancamento da ação penal quando houver comprovação, de plano, da ausência de justa causa, em razão da atipicidade da conduta supostamente praticada pelo acusado, da ausência de indícios de autoria e materialidade delitiva ou ainda da incidência de causa de extinção da punibilidade.

Com a impetração, buscam-se o reconhecimento de nulidade da denúncia por inépcia e o consequente trancamento da ação penal, com base na teoria da dupla imputação.

O acórdão recorrido foi assim fundamentado (fls. 96/99):

Alega a impetrante que o impetrado, quando deixou de receber a denúncia contra os seus dirigentes e administradores, não observou a teoria da dupla imputação, que determina que as pessoas jurídicas não podem ser responsabilizadas criminalmente de forma isolada de uma pessoa humana, violando-se, dessa forma, o seu direito líquido e certo ao devido processo legal.

Disciplinando a matéria, dispõe o §3º do art. 225 da Constituição Federal:

§3º – As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Como se vê, em nenhum momento, a Constituição Federal exige, como condição de procedibilidade para a propositura de ações penais contra pessoas jurídicas, a acusação conjunta dos seus sócios ou administradores, cuja responsabilidade pode ser apurada em processo autônomo.

[...]

Portanto, não há que se afirmar que a denúncia é inepta nem houve qualquer violação ao devido processo legal.

Ante o exposto, não vislumbro direito e líquido e certo pelo que denego a segurança impetrada, nos termos da fundamentação.

Registra-se que a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 548.181/PR, de relatoria da em. Ministra Rosa Weber, decidiu que o art. 225, §3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa.

O novel entendimento da Suprema Corte foi encampado pelo Superior Tribunal de Justiça conforme se verifica dos seguintes julgados:

PROCESSUAL PENAL. CRIME AMBIENTAL. DESNECESSIDADE DE DUPLA IMPUTAÇÃO. DESCRIÇÃO PORMENORIZADA DA CONDUTA DOS GESTORES DA EMPRESA. PRESCINDIBILIDADE. ART. 54 DA LEI Nº 9.605/1998. CRIME FORMAL. POTENCIALIDADE EVIDENCIADA. LAUDO QUE ATESTA VÍCIOS NA ESTRUTURA UTILIZADA PELA EMPRESA. RESPONSABILIDADE QUE NÃO SE AFASTA EM RAZÃO DE CULPA OU DOLO DE TERCEIROS.

1. *A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 548.181/PR, de relatoria da em. Ministra Rosa Weber, decidiu que o art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa.*

2. *Abandonada a teoria da dupla imputação necessária, eventual ausência de descrição pormenorizada da conduta dos gestores da empresa não resulta no esvaziamento do elemento volitivo do tipo penal (culpa ou dolo) em relação à pessoa jurídica.*

3. De acordo com o entendimento deste Tribunal, a Lei de Crimes Ambientais deve ser interpretada à luz dos princípios do desenvolvimento sustentável e da prevenção, indicando o acerto da análise que a doutrina e a jurisprudência têm conferido à parte inicial do art. 54 da Lei nº 9.605/1998, de que *a mera possibilidade de causar dano à saúde humana é suficiente para configurar o crime de poluição, dada a sua natureza formal ou, ainda, de perigo abstrato.*

4. Concretização do dano que evidencia a potencialidade preexistente.

5. Responsabilidade que não se afasta em razão de culpa ou dolo de terceiros, considerando-se a existência de laudo técnico que atesta diversos vícios referentes à segurança da estrutura utilizada pela empresa para o transporte de minério destinado à sua atividade econômica.

6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no RMS nº 48.085/PA, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 05/11/2015, DJe 20/11/2015)

RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO AMBIENTAL. PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL EM RELAÇÃO À PESSOA FÍSICA E À PESSOA JURÍDICA. PREJUDICIALIDADE DO PEDIDO EM RELAÇÃO À PESSOA FÍSICA. PACIENTE BENEFICIADO COM PROVIMENTO DE OUTRO RECURSO EM *HABEAS CORPUS* (RHC nº 43.354/PA). ANÁLISE DA QUESTÃO EM RELAÇÃO À PESSOA JURÍDICA. DEBATE DO TEMA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. AUSÊNCIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ENTENDIMENTO, ADEMAIS, DE QUE A VIA DO *HABEAS CORPUS* É INADEQUADA PARA A ANÁLISE DA PRETENSÃO. AUSÊNCIA DE OFENSA À LIBERDADE AMBULATORIAL. SUPERAÇÃO DO ENTENDIMENTO NO SENTIDO DA IMPRESCINDIBILIDADE DA DUPLA IMPUTAÇÃO. ENTENDIMENTO DO STF E DO STJ. INVIABILIDADE DE VERIFICAÇÃO DA PRÁTICA DO CRIME EM BENEFÍCIO DO ENTE MORAL. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA.

1. Esta Corte pacificou o entendimento de que o trancamento de ação penal pela via eleita é medida excepcional, cabível apenas quando demonstrada, de plano, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a manifesta ausência de provas da existência do crime e de indícios de autoria.

2. Evidenciado que o paciente (pessoa física) foi beneficiado com o provimento do RHC nº 43.354/PA, no qual se reconheceu a inépcia da denúncia em relação a ele, trancando-se, por consequência, a ação penal que lhe imputara a prática de crime contra a administração ambiental, o pleito de trancamento da ação penal se encontra prejudicado no tocante a ele.

3. Verificado que o Tribunal de origem não se manifestou sobre a inépcia da denúncia em relação à pessoa jurídica, o conhecimento originário do tema por este Superior Tribunal configuraria indevida supressão de instância.

4. Por não configurar ofensa à liberdade de locomoção, deve ser mantido o entendimento do Tribunal de origem, de que a via do *habeas corpus* é inadequada para pleitear o trancamento da ação penal em relação à pessoa jurídica.

5. Este Superior Tribunal, na linha do entendimento externado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a entender que, nos crimes societários, não é indispensável a aplicação da teoria da dupla imputação ou imputação simultânea, podendo subsistir a ação penal proposta contra

a pessoa jurídica, mesmo se afastando a pessoa física do polo passivo da ação. Assim, sendo viável a separação dos entes, o *habeas corpus* se restringiria, em princípio, apenas à pessoa física.

6. Para chegar à conclusão de que o delito ambiental não foi praticado no interesse ou em benefício do ente moral (art. 3º da Lei nº 9.605/1998), seria necessário analisar fatos e provas, o que é inadmissível na via eleita.

7. Recurso não conhecido.

(RHC nº 48.172/PA, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/10/2015, DJe 10/11/2015)

Assim, não há que se falar em inépcia da denúncia pelo fato de a pessoa jurídica figurar isoladamente no rol da peça acusatória, com base na jurisprudência sedimentada do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Assevera também a recorrente que a peça acusatória padece da descrição das elementares contidas no *caput* do art. 3º da Lei nº 8605/98: 8: (i) “decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu Órgão colegiado e (ii) o ‘Interesse ou benefício da sua entidade’ (...) devendo a denúncia apta expor a ação/omissão dos gestores que tenha beneficiado a respectiva entidade.”

Do acórdão recorrido, percebe-se que as referidas teses não foram expressamente analisadas, razão pela qual não podem ser examinadas nesta Corte para evitar indevida supressão de instância.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso em mandado de segurança, nos termos da Súmula nº 568/STJ.

Publique-se.

Intimem-se.

Conforme já assinalado na decisão agravada, o que pretende a agravante é o reconhecimento de nulidade da denúncia por inépcia e o consequente trancamento da ação penal, com base na teoria da dupla imputação.

Assevera que a peça acusatória padece da descrição das elementares contidas no *caput* do art. 3º da Lei nº 8.605/98: 8: (i) “decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu Órgão colegiado e (ii) o ‘Interesse ou benefício da sua entidade’ (...) devendo a denúncia apta expor a ação/omissão dos gestores que tenha beneficiado a respectiva entidade.” Entretanto, conforme assinalado na decisão recorrida, a jurisprudência da Corte afiliou-se à nova interpretação conferida pelo STF no sentido de que, *nos crimes*

societários, não é indispensável a aplicação da teoria da dupla imputação ou imputação simultânea, podendo subsistir a ação penal proposta contra a pessoa jurídica, mesmo se afastando a pessoa física do polo passivo da ação.

Outrossim, quanto à alegação de ausência de supressão de instância, verifica-se que o acórdão recorrido efetivamente não enfrentou as demais teses sustentadas no presente recurso, razão que implica seu não conhecimento nos termos da jurisprudência da Corte, veja-se: RMS nº 44.892/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 5/4/2016, DJe 15/4/2016; RMS nº 30.856/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/3/2016, DJe 31/3/2016; RMS nº 31.099/GO, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 2/2/2016.

Diante desses elementos, mantenho a decisão agravada por seus próprios fundamentos, uma vez que a recorrente não apresentou argumentos aptos a descon siderar as premissas fáticas e jurídicas nela assentadas.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo regimental.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

AgRg no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 48.851 / PA (2015/0175938-0)

MATÉRIA CRIMINAL

Número Registro: 2015/0175938-0

Números Origem: 00010559720158140000 0005595-38.2013.814.0008
00055953820138140008 10559720158140000 16478820138140008 20150034364784
55953820138140008

PAUTA: 20/02/2018

JULGADO: 20/02/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS FREDERICO SANTOS**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE: IMERYS RIO CAPIM CAULIM S.A.

ADVOGADO: MARIO BARROS NETO E OUTRO(S) - PA011109

RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ

ASSUNTO: DIREITO PENAL – Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes contra o Meio Ambiente e o Patrimônio Genético

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE: IMERYS RIO CAPIM CAULIM S.A.

ADVOGADO: MARIO BARROS NETO E OUTRO(S) - PA011109

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.



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 HERZOG E OUTROS VS. BRASIL

Sentença de 15 de Março de 2018
(Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas)

No *Caso Herzog e outros*,
a Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “Corte Interamericana”, “Corte” ou “Tribunal”), constituída pelos seguintes juizes:¹

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Presidente;
Eduardo Vio Grossi, Vice-Presidente;
Humberto Antonio Sierra Porto, Juiz;
Elizabeth Odio Benito, Juíza;
Eugenio Raúl Zaffaroni, Juiz; e
L. Patricio Pazmiño Freire, Juiz;

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 “Convenção Americana” ou “Convenção”) e com os artigos 31, 32, 42, 65 e 67 do Regulamento da Corte (doravante denominado “Regulamento”), profere a presente Sentença que se estrutura na ordem que se segue.

SUMÁRIO

I. INTRODUÇÃO DA CAUSA E OBJETO DA CONTROVÉRSIA

II. PROCEDIMENTO PERANTE A CORTE

III. COMPETÊNCIA

IV. EXCEÇÕES PRELIMINARES

A. Exceções preliminares relativas à alegada incompetência do Tribunal por razão de tempo

B. Incompetência em virtude da matéria quanto a supostas violações dos artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura

¹ O Juiz Roberto F. Caldas, de nacionalidade brasileira, não participou da deliberação da presente Sentença, em conformidade com o disposto nos artigos 19.2 do Estatuto e 19.1 do Regulamento da Corte.

- C. Falta de esgotamento dos recursos internos para obter reparações
- D. Descumprimento do prazo para a apresentação da petição à Comissão
- E. Incompetência *ratione materiae* para revisar decisões internas sobre possíveis violações dos artigos 8 e 25 da Convenção Americana (exceção de quarta instância)
- F. Alegada inconvenção da publicação do Relatório de Mérito por parte da Comissão Interamericana
- G. Incompetência da Corte para examinar fatos propostos pelos representantes

V. PROVA

- A. Prova documental, testemunhal e pericial
- B. Admissibilidade da prova
- C. Apreciação da prova

VI. FATOS PROVADOS

- A. Contexto histórico
- B. Sobre Vladimir Herzog
- C. Operação Radar
- D. Os fatos ocorridos em 25 de outubro de 1975
- E. Inquérito Policial Militar (IPM Nº 1173-75)
- F. Ação declaratória nº 136-76
- G. Sobre a Lei de Anistia
- H. Inquérito Policial nº 487/92 (Justiça Estadual de São Paulo)
- I. Reconhecimento de responsabilidade por meio da Lei nº 9.140/1995
- J. Atuação do Ministério Público Federal (Processo nº 2008.61.81.013434-2)
- K. Ação Civil Pública apresentada pelo Ministério Público Federal em 2008
- L. Ações da Comissão Nacional da Verdade (CNV)

VII. MÉRITO

VII-1. DIREITO ÀS GARANTIAS JUDICIAIS E À PROTEÇÃO JUDICIAL

- A. Alegações das partes e da Comissão
- B. Considerações da Corte
 - B.1. Crimes contra a humanidade
 - B.2. Consequência da perpetração de um crime contra a humanidade
 - B.3. A tortura e o assassinato de Vladimir Herzog (25 de outubro de 1975)
 - B.4. Análise da atuação estatal
 - B.5. Conclusão

VII-2. DIREITO A CONHECER A VERDADE

- A. Alegações das partes e da Comissão
- B. Considerações da Corte

VII-3. DIREITO À INTEGRIDADE PESSOAL

- A. Alegações das partes e da Comissão
- B. Considerações da Corte

VIII. REPARAÇÕES

- A. Parte lesada
- B. Obrigação de investigar
- C. Medidas de não repetição
- D. Medidas de satisfação
- E. Outras medidas de reparação solicitadas pelos representantes
- F. Indenização compensatória
- G. Custas e gastos
- H. Reembolso dos gastos ao Fundo de Assistência Jurídica
- I. Modalidade de cumprimento dos pagamentos ordenados

IX. PONTOS RESOLUTIVOS

I.

INTRODUÇÃO DA CAUSA E OBJETO DA CONTROVÉRSIA

1. *O caso submetido à Corte* – Em 22 de abril de 2016, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “Comissão Interamericana” ou “Comissão”) submeteu à Corte o Caso Vladimir Herzog e outros contra a República Federativa do Brasil (doravante denominado “Estado” ou “Brasil”). De acordo com informações da Comissão, o caso se refere à suposta responsabilidade internacional do Estado pela situação de impunidade em que se encontram a detenção arbitrária, a tortura e a morte do jornalista Vladimir Herzog, ocorridas em 25 de outubro de 1975, durante a ditadura militar. Essa impunidade seria causada, entre outros, pela Lei nº 6.683/79 (Lei de Anistia), promulgada durante a ditadura militar brasileira. As supostas vítimas no presente caso são Clarice Herzog, Ivo Herzog, André Herzog e Zora Herzog.

2. *Tramitação perante a Comissão* – A tramitação do caso perante a Comissão Interamericana foi a seguinte.

a) *Petição* – Em 10 de julho de 2009, a Comissão recebeu a petição inicial, à qual foi atribuído o número de caso 12.879, apresentada pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL); pela Fundação Interamericana de Defesa dos Direitos Humanos (FidDH);

pelo Centro Santos Dias, da Arquidiocese de São Paulo; e pelo Grupo Tortura Nunca Mais, de São Paulo.

b) *Relatório de Admissibilidade* – Em 8 de novembro de 2012, a Comissão aprovou o Relatório de Admissibilidade nº 80/12 (doravante denominado “Relatório de Admissibilidade”).

c) *Relatório de Mérito* – Em 28 de outubro de 2015, a Comissão aprovou o Relatório de Mérito nº 71/15 (doravante denominado “Relatório de Mérito”), em conformidade com o artigo 50 da Convenção Americana.

i) *Conclusões* – A Comissão concluiu que o Estado era responsável internacionalmente:

a. pela violação dos direitos consagrados nos artigos I, IV, VII, XVIII, XXII e XXV da Declaração Americana;

b. pela violação dos direitos consagrados nos artigos 5.1, 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento;

c. pela violação dos artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (doravante denominada “CIPST”).

ii) *Recomendações* – Por conseguinte, a Comissão recomendou ao Estado:

a. determinar, por meio da jurisdição de direito comum, a responsabilidade criminal pela detenção arbitrária, a tortura e o assassinato de Vladimir Herzog, mediante uma investigação judicial completa e imparcial dos fatos, em conformidade com o devido processo legal, a fim de identificar e punir penalmente os responsáveis por essas violações, e publicar os resultados dessa investigação. Para o cumprimento dessa recomendação, o Estado deverá considerar que os crimes de lesa-humanidade são inaniestáveis e imprescritíveis;

b. adotar todas as medidas necessárias para garantir que a Lei nº 6.683/79 (Lei de Anistia) e outras disposições do direito penal, como a prescrição, a coisa julgada e os princípios de irretroatividade e de *non bis in idem* não continuem representando um obstáculo para a ação penal contra graves violações de direitos humanos;

c. oferecer reparação aos familiares de Vladimir Herzog, que inclua o tratamento físico e psicológico e a realização de atos de importância simbólica que garantam a não

repetição dos crimes cometidos no presente caso, além do reconhecimento da responsabilidade do Estado pela detenção arbitrária, tortura e assassinato de Vladimir Herzog, e pela dor de seus familiares; e

d. reparar adequadamente as violações de direitos humanos no aspecto tanto material como moral.

3. *Notificação ao Estado* – O Relatório de Mérito foi notificado ao Estado mediante comunicação de 22 de dezembro de 2015, na qual se concedia um prazo de dois meses para informar sobre o cumprimento das recomendações. O Estado reiterou a informação apresentada na etapa de mérito perante a Comissão e acrescentou alguns aspectos relacionados a uma proposta de indenização pecuniária. No entanto, a Comissão observou que o Estado não prestou informação sobre a reabertura da investigação do caso concreto.

4. *Apresentação à Corte* – Em 22 de abril de 2016, a Comissão submeteu à Corte o caso relacionado aos fatos e violações de direitos humanos descritos no Relatório de Mérito, “pela necessidade de obtenção de justiça”, e porque “envolvem questões de ordem pública interamericana”.² Especificamente, a Comissão submeteu à Corte as ações e omissões estatais que ocorreram, ou continuaram ocorrendo, posteriormente a 10 de dezembro de 1998, data de aceitação da competência da Corte por parte do Estado.³

5. *Solicitações da Comissão Interamericana* – Com base no exposto, a Comissão Interamericana solicitou a este Tribunal que determinasse e declarasse a responsabilidade internacional do Brasil pelas violações constantes do Relatório de Mérito, ocorridas após a aceitação da competência da Corte, e que se ordenasse ao Estado, como medidas de reparação, as recomendações incluídas nesse Relatório (par. 2 *supra*).

II.

PROCEDIMENTO PERANTE A CORTE

6. *Notificação ao Estado e aos representantes* – O caso foi notificado ao Brasil e aos representantes das supostas vítimas (doravante denominados “representantes”) em 13 de junho de 2016.

² A Comissão Interamericana designou como delegados o Comissário Francisco Eguiguren, o então Secretário Executivo Emilio Álvarez Icaza L. e o Relator Especial para a Liberdade de Expressão, Edison Lanza e, como assessoras jurídicas, a Secretária Executiva Adjunta, Elizabeth Abi-Mershed, e as advogadas da Secretaria Executiva, Silvia Serrano Guzmán, Ona Flores e Tatiana Teubner. Posteriormente, a Comissão designou Paulo Abrão como Secretário Executivo.

³ Dentro dessas ações e omissões se encontram: 1) as violações à Convenção Americana e à Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, decorrentes da atuação das autoridades estatais no âmbito do Processo nº 2008.61.81.013434-2, que culminou com o arquivamento do inquérito, em janeiro de 2009. Esse arquivamento foi motivado pela aplicação da Lei de Anistia bem como das figuras de prescrição e coisa julgada; 2) a atuação das autoridades estatais no âmbito da ação civil pública nº 2008.61.00.011414-5; 3) o dano à integridade pessoal dos familiares em consequência da situação de impunidade e denegação de justiça descrita no Relatório de Mérito.

7. *Escrito de solicitudes, argumentos e provas* – Em 16 de agosto de 2016, os representantes⁴ apresentaram o escrito de solicitações, argumentos e provas. Nesse escrito, coincidiram com as manifestações da Comissão quanto às normas supostamente violadas e, além disso, alegaram violações do dever de garantia do direito à integridade pessoal e à liberdade de expressão (artigos 5 e 13 da Convenção), em relação aos artigos 1.1, 8 e 25 do mesmo instrumento, bem como dos artigos 1, 6 e 8 da CIPST, em detrimento de Vladimir Herzog, em razão da não investigação da tortura contra sua pessoa até a presente data. Alegaram também a violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, previstos nos artigos 8 e 25 da Convenção, em relação aos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento, em detrimento dos familiares do senhor Herzog. Por outro lado, solicitaram a declaração da violação do direito à verdade, estabelecido nos artigos 5, 8, 13 e 25, em conjunto com o artigo 1.1 da Convenção, em detrimento dos familiares, em razão da falsa versão de suicídio, e da ocultação e denegação de informação sobre o caso. Alegaram também a violação do direito à integridade pessoal, estabelecido no artigo 5 da Convenção Americana, em detrimento dos familiares de Vladimir Herzog. Além disso, as supostas vítimas solicitaram, por meio de seus representantes, o acesso ao Fundo de Assistência Jurídica a Vítimas da Corte Interamericana (doravante denominado “Fundo de Assistência da Corte” ou “Fundo”). Finalmente, os representantes solicitaram à Corte que ordenasse ao Estado a adoção de diversas medidas de reparação e o reembolso de determinadas custas e gastos.

8. *Escrito de exceções preliminares e contestação* – Em 14 de novembro de 2016, o Estado⁵ apresentou seu escrito de interposição de exceções preliminares e contestação à apresentação do caso e observações sobre o escrito de solicitações, argumentos e provas (doravante denominado “contestação” ou “escrito de contestação”), nos termos do artigo 41 do Regulamento do Tribunal. O Estado interpôs nove exceções preliminares e reconheceu a responsabilidade de seus agentes na violação do artigo 5 da Convenção, em relação aos familiares de Vladimir Herzog, como resultado da prisão arbitrária, da tortura e da morte. Por outro lado, se opôs às demais violações alegadas.

9. *Observações sobre as exceções preliminares e sobre o reconhecimento de responsabilidade efetuado pelo Estado* – Em 9 de janeiro de 2017, a Comissão e os representantes enviaram suas observações sobre o reconhecimento de responsabilidade do Estado e sobre as exceções preliminares.

10. *Proteção do Fundo de Assistência Jurídica* – Mediante resolução do Presidente em exercício da Corte, de 23 de fevereiro de 2017, declarou-se procedente a solicitação interposta pelas supostas vítimas, por meio de seus representantes, para recorrer ao Fundo de Assistência Jurídica a Vítimas da Corte.⁶

⁴ O Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) exerce a representação das supostas vítimas nesse caso.

⁵ O Estado designou como agente para o presente caso o senhor Fernando Jacques de Magalhães Pimenta e como agentes suplentes, Flávia Piovesan, Pedro Saldanha, Maria Cristina Martins dos Anjos, Boni de Moraes Soares, João Guilherme Fernandes Maranhão, Gustavo Campelo, Silvio José Albuquerque e Silva, Andrea Vergara da Silva, Daniela Ferreira Marques, Rodrigo de Oliveira Moraes, Luciana Peres, Ana Flávia Longo Lombardi e Mariana Carvalho de Ávila Negri.

⁶ *Caso Herzog e outros vs. Brasil. Fundo de Assistência Jurídica a Vítimas*. Resolução do Presidente em exercício da Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 23 de fevereiro de 2017. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/vladimir_herzog_fv_17es.pdf.

11. *Audiência pública* – Em 7 de abril de 2017, o Presidente em exercício da Corte emitiu resolução⁷ em que convocou as partes e a Comissão para uma audiência pública sobre exceções preliminares e eventuais mérito, reparações e custas, e para ouvir as alegações e observações finais orais das partes e da Comissão, respectivamente. Também ordenou o recebimento, em audiência, do depoimento de uma suposta vítima, uma testemunha e dois peritos propostos pelos representantes e pelo Estado. Do mesmo modo, nessa resolução se ordenou o recebimento dos depoimentos prestados perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) por duas supostas vítimas e oito peritos propostos pelas partes e pela Comissão. A audiência pública foi realizada em 24 de maio de 2017, durante o 118º Período Ordinário de Sessões da Corte, na cidade de San José, Costa Rica.⁸

12. *Amici curiae* – O Tribunal recebeu cinco escritos de *amici curiae*, apresentados: 1) pelo Grupo de Pesquisa Direito à Verdade e à Memória e Justiça de Transição, da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS),⁹ sobre o direito à verdade e sobre os retrocessos no processo de justiça de transição do Brasil; 2) de forma conjunta, pela Clínica de Direitos Humanos e Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas e pelo Grupo de Pesquisa de Direitos Humanos do Amazonas,¹⁰ sobre a inconveniência das leis de anistia promulgadas durante os períodos de transição das ditaduras latino-americanas, em prol da obtenção da verdade e da justiça em casos de graves e sistemáticas violações de direitos humanos; 3) pelo Núcleo de Estudos em Sistemas Internacionais de Direitos Humanos (NESIDH) da Universidade Federal do Paraná (UFPR),¹¹ sobre o direito à verdade; 4) pela organização Artigo 19,¹² sobre as graves violações do direito à liberdade de expressão a partir de sua dimensão coletiva; 5) pela Comissão Nacional dos Direitos Humanos do México,¹³ sobre as normas de proteção a jornalistas, com especial ênfase no efeito amedrontador (também chamado *chilling effect*), que pode ter origem em agressões e ataques contra jornalistas.

13. *Alegações e observações finais escritas* – Em 26 de junho de 2017, os representantes e o Estado enviaram, respectivamente, suas alegações finais escritas, bem como determinados anexos, e a Comissão apresentou suas observações finais escritas.

⁷ *Caso Herzog e outros vs. Brasil*. Resolução do Presidente em exercício da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 7 de abril de 2017. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/herzog_07_04_17.pdf.

⁸ A essa audiência compareceram: a) pela Comissão Interamericana: o Relator Especial para a Liberdade de Expressão, Edison Lanza; e as assessoras Sílvia Serrano Guzmán e Selene Soto Rodríguez; b) pelos representantes das supostas vítimas: Viviana Krsticevic, Beatriz Affonso, Alejandra Vicente, Helena Rocha, Erick Curvelo; c) pelo Estado: Fernando Jacques de Magalhães Pimenta, Elias Martins Filho, Idervânio Costa, Alexandre Reis Siqueira Freire, Fernanda Menezes Pereira, Bruna Mara Liso Gabliardi, Luciana Peres, Bruno Correia Cardoso, Claudia Giovannetti Pereira dos Anjos e Sávio Andrade Filho.

⁹ O escrito foi assinado por José Carlos Moreira da Silva Filho, Camila Tamanquevis dos Santos, Caroline Ramos, Sofia Bordin Rolim, Andressa de Bittencourt Siqueira da Silva, Ivonei Souza Trinidades, Leticia Vieira Magalhães, Marília Benvenuto.

¹⁰ O escrito foi assinado por Sílvia Maria da Silveira Loureiro, Pedro José Calafate Villa Simões, Emerson Victor Hugo Costa De Sá, Marcelo Phillipe Aguiar Martins, Eduardo Araujo Pereira Junior, Jamilly Izabela de Brito Silva, Breno Matheus Barrozo de Miranda, Caio Henrique Faustino da Silva, Érika Guedes De Sousa Lima e Victoria Braga Brasil.

¹¹ O escrito foi assinado por Melina Girardi Fachin.

¹² O escrito foi assinado por Paula Martins, Camila Marques, Carolina Martins e Raissa Maia.

¹³ O escrito foi assinado por Luis Raúl González Pérez.

14. *Observações das partes e da Comissão* – Em 27 de junho de 2017, a Secretaria da Corte remeteu os anexos das alegações finais escritas apresentadas pelos representantes e solicitou ao Estado e à Comissão as observações que julgasse pertinentes. Mediante comunicação de 12 de julho de 2017, o Estado enviou as observações solicitadas. A Comissão não apresentou observações.

15. *Despesas em aplicação do Fundo de Assistência* – Em 6 de novembro, a Secretaria, seguindo instruções do Presidente em exercício da Corte, enviou informação ao Estado sobre as despesas efetuadas em aplicação do Fundo de Assistência Jurídica a Vítimas no presente caso e, segundo o disposto no artigo 5 do Regulamento da Corte sobre o funcionamento do referido Fundo, concedeu-lhe um prazo para apresentar as observações que julgasse pertinentes. O Estado apresentou observações por meio do escrito de 30 de novembro de 2017, no prazo concedido para esse efeito.

16. Deliberação do presente caso – A Corte iniciou a deliberação da presente Sentença em 15 de março de 2018.

III. COMPETÊNCIA

17. A Corte Interamericana é competente para conhecer do presente caso, nos termos do artigo 62.3 da Convenção, em razão de o Brasil ser Estado Parte na Convenção Americana desde 25 de setembro de 1992 e ter reconhecido a competência contenciosa da Corte em 10 de dezembro de 1998.

IV. EXCEÇÕES PRELIMINARES

18. Em seu escrito de contestação, o Estado apresentou nove exceções preliminares sobre: a) a incompetência *ratione temporis* sobre fatos anteriores ao reconhecimento de competência contenciosa da Corte; b) a incompetência *ratione temporis* sobre fatos anteriores à adesão à Convenção Americana; c) a incompetência *ratione materiae* quanto a supostas violações dos artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (CIPST); d) a incompetência *ratione temporis* sobre fatos anteriores à entrada em vigor da CIPST para o Estado brasileiro; e) o descumprimento do prazo para a apresentação da petição à Comissão a respeito de alegadas violações dos artigos 8.1 e 25 da Convenção Americana e do artigo 8 da CIPST; f) a falta de esgotamento dos recursos internos para obter uma reparação pecuniária por alegadas violações dos artigos 8 e 25 da Convenção Americana e reparações de qualquer natureza sobre a alegada violação do artigo 5.1 do mesmo instrumento; g) a incompetência *ratione materiae* para revisar decisões internas sobre possíveis violações dos artigos 8 e 25 da Convenção (exceção de quarta instância); h) a incompetência *ratione materiae* para analisar fatos diferentes daqueles submetidos pela Comissão; e i) a inconveniência da publicação do Relatório de Mérito por parte da Comissão.

19. Em atenção ao princípio de economia processual, a Corte analisará conjuntamente as três exceções preliminares apresentadas pelo Estado que se referem à falta de competência do Tribunal em virtude do tempo (*ratione temporis*), uma vez que aludem a circunstâncias que estão relacionadas entre si e supõem o exame de alegações de natureza semelhante.

A. Exceções preliminares relativas à alegada incompetência do Tribunal em virtude do tempo

A.1. Alegações do Estado, observações da Comissão e dos representantes

20. O Estado salientou que formalizou sua adesão à Convenção Americana mediante a emissão de um decreto, em 6 de novembro de 1992, e que reconheceu a competência contenciosa da Corte em 10 de dezembro de 1998. Nesse mesmo sentido, informou que há dois tipos de aceitação da jurisdição da Corte, e que cada um deles pode produzir efeitos temporais distintos. O primeiro impede a Corte de julgar fatos instantâneos anteriores à sua competência, mas permite o julgamento de violações continuadas. Por outro lado, o segundo faz referência à aceitação com limites temporais, que não permite a responsabilidade por fatos continuados, mas somente por violações posteriores e independentes.

21. O Estado afirmou que, em virtude do princípio de irretroatividade que rege o Direito dos Tratados, as violações de caráter continuado iniciadas antes do reconhecimento da jurisdição da Corte se contrapõem às violações instantâneas, que não se prolongam no tempo. Para a representação do Brasil, os processos criminais iniciados antes de 10 de dezembro de 1998, mesmo que estejam ainda em curso, não podem gerar responsabilidade internacional, pois, nesse caso, os fatos que gerariam a responsabilidade do Estado são anteriores ao reconhecimento de competência. De acordo com o Estado, se a Corte aceitasse o caso, estaria considerando que tem competência para analisar qualquer fato por suposta denegação de justiça.

22. Além disso, no que se refere à adesão à Convenção Americana, o Estado informou que ocorreu em 25 de setembro de 1992, e que, por esse motivo, a Corte deve reconhecer sua incompetência temporal para analisar fatos anteriores a essa data. Por outro lado, salientou que ratificou a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (CIPST) em 20 de julho de 1989, e que os fatos relacionados a Vladimir Herzog ocorreram em 1975, antes da adesão do Brasil à CIPST. Portanto, o Estado alegou que ambas as convenções só podem ser aplicadas a respeito de ações ou omissões posteriores à sua respectiva ratificação.

23. A *Comissão* informou que, na nota de encaminhamento do caso, fez constar que os fatos submetidos ao conhecimento da Corte são unicamente aqueles que tiveram lugar depois de 10 de dezembro de 1998. Nesse sentido, a Comissão considerou que as exceções preliminares são improcedentes, pois o âmbito temporal sobre o qual a Corte pode se pronunciar já foi plenamente delimitado conforme o princípio de irretroatividade e a jurisprudência do Tribunal na matéria.

24. Informou também que as violações da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura se incluem na competência temporal da Corte Interamericana, pois se relacionam àquelas associadas à obrigação de investigar e punir atos de tortura, decorrentes precisamente das violações autônomas aos artigos 8 e 25 da Convenção Americana.

25. Os *Representantes* sustentaram que não alegaram violações por fatos anteriores a 10 de dezembro de 1998. Destacaram, além disso, que a Corte reiterou que tem competência para analisar se fatos que tenham tido início antes da data de reconhecimento da competência do Tribunal continuam ou permanecem depois dessa data.

26. Do mesmo modo, alegaram que as violações fundamentadas na falta de investigação e punição dos crimes de lesa-humanidade e graves violações de direitos humanos praticadas no presente caso persistiram antes e depois de 1998, estendendo-se até a atualidade. Por esse motivo, salientaram que os fatos se caracterizam como uma situação de violação permanente do dever de investigar e punir a tortura.

A.2. Considerações da Corte

27. O Brasil ratificou a CIPST e a Convenção Americana em 20 de julho de 1989 e 25 de setembro de 1992, respectivamente. A Corte observa que as obrigações internacionais que decorrem dos citados instrumentos adquiriram plena força legal a partir das referidas datas. Não obstante, o Tribunal observa que não foi senão em 10 de dezembro de 1998 que o Brasil reconheceu a competência contenciosa da Corte Interamericana e a ela se submeteu. Em sua declaração, afirmou que o Tribunal teria competência a respeito de “fatos posteriores” a esse reconhecimento.¹⁴ Com base no exposto e no princípio de irretroatividade, a Corte não pode exercer sua competência contenciosa para aplicar a Convenção e declarar uma violação de suas normas a respeito de fatos alegados ou de condutas do Estado que sejam anteriores a esse reconhecimento de competência.¹⁵

28. Não obstante, este Tribunal também concluiu que, no transcurso de um processo investigativo ou judicial, podem ocorrer fatos independentes que poderiam configurar violações específicas e autônomas.¹⁶ Por conseguinte, a Corte tem competência para examinar e se pronunciar sobre possíveis violações de direitos humanos a respeito de um processo de investigação ocorrido posteriormente à data

¹⁴ O reconhecimento de competência feito pelo Brasil em 10 de dezembro de 1998 salienta que “[o] Governo da República Federativa do Brasil declara que reconhece, por tempo indeterminado, como obrigatória e de pleno direito, a competência da Corte Interamericana de Derechos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana [sobre] Derechos Humanos, em conformidade com o artigo 62 da referida Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a esta Declaração”. Informação geral do Tratado: Convenção Americana sobre Derechos Humanos. Brasil, reconhecimento de competência. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-32.html>.

¹⁵ Cf. *Caso das Irmãs Serrano Cruz vs. El Salvador. Exceções Preliminares*. Sentença de 23 de novembro de 2004. Série C nº 118, par. 66; e *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C nº 219, par. 16.

¹⁶ Cf. *Caso das Irmãs Serrano Cruz vs. El Salvador. Exceções Preliminares*. Sentença de 23 de novembro de 2004. Série C nº 118, par. 84; e *Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 16 de fevereiro de 2017. Série C nº 333, par. 49.

de reconhecimento de competência do Tribunal, ainda que esse processo tenha tido início antes do reconhecimento da competência contenciosa.¹⁷

29. A Corte observa que tanto a Comissão como os representantes afirmaram não pretender que se declare a responsabilidade internacional do Estado por fatos anteriores a 10 de dezembro de 1998. Considerando os critérios expostos, o Tribunal tem competência para analisar os supostos fatos e omissões do Estado, ocorridos a partir de 10 de dezembro de 1998, tanto em relação à Convenção Americana como a respeito dos artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, pois se referem à obrigação estatal de investigar, julgar e punir.

30. Com base no acima exposto, o Tribunal reafirma sua jurisprudência constante sobre esse tema e considera parcialmente fundadas as exceções preliminares.

B. Incompetência em virtude da matéria quanto a supostas violações dos artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura

B.1. Alegações do Estado, observações da Comissão e dos representantes

31. O Estado declarou que o reconhecimento da competência deve se basear na vontade estatal de se submeter à jurisdição contenciosa internacional. Nesse sentido, afirmou que não reconheceu a competência da Corte para analisar as supostas violações da CIPST. A juízo do Estado, sua aplicação violaria o princípio *pacta sunt servanda*.

32. O Estado argumentou que a única manifestação de vontade do Estado brasileiro que reconhece a competência desta Corte se restringe a casos relativos à interpretação e aplicação da Convenção Americana. Por conseguinte, solicitou que se declare a incompetência *ratione materiae* para processar e julgar possíveis violações da CIPST.

33. A Comissão ressaltou que existe uma prática reiterada pela Corte em aplicar a CIPST com a finalidade de estabelecer o alcance da responsabilidade estatal em casos vinculados à falta de investigação de atos de tortura. Salientou que tanto a Comissão como a Corte declararam violações dessas disposições em casos similares, no entendimento de que o parágrafo terceiro do artigo 8 da CIPST incorpora uma cláusula geral de competência aceita pelos Estados ao ratificar esse instrumento ou a ele aderir. Por conseguinte, considerou que não há motivo para que a Corte se afaste de seu critério reiterado e solicitou à Corte que declare a improcedência dessa exceção preliminar.

34. Os Representantes salientaram que, de acordo com o princípio de *compétence de la compétence*, a Corte tem capacidade de determinar o alcance de sua própria competência. Também afirmaram que, de acordo com a jurisprudência interamericana, não é necessário que os tratados interamericanos de direitos humanos contenham cláusulas específicas que outorguem competência à Corte.

¹⁷ Cf. *Caso Alfonso Martín del Campo Dodd. Exceções Preliminares*. Sentença de 3 de setembro de 2004. Série C nº 113, par. 68; e *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 12 de agosto de 2008. Série C nº 186, par. 25.

35. Argumentaram que a adoção de uma interpretação restritiva quanto ao alcance da competência deste Tribunal não só iria contra o objeto e a finalidade da Convenção, mas afetaria o efeito útil do próprio Tratado e da garantia de proteção por ele disposta.

B.2. Considerações da Corte

36. Este Tribunal determinou que pode exercer sua competência contenciosa a respeito de instrumentos interamericanos distintos da Convenção Americana, quando estabeleçam um sistema de petições objeto de supervisão internacional no âmbito regional.¹⁸ Assim, a declaração especial de aceitação da competência contenciosa da Corte, segundo a Convenção Americana, e em conformidade com seu artigo 62, permite que o Tribunal conheça tanto de violações da Convenção como de outros instrumentos interamericanos que a ela outorguem competência.¹⁹

37. Embora o artigo 8º da Convenção contra a Tortura²⁰ não mencione explicitamente a Corte Interamericana, este Tribunal já se referiu à sua própria competência para interpretar e aplicar essa Convenção.²¹ O referido artigo autoriza “instâncias internacionais, cuja competência tenha sido aceita [pelo] Estado” ao qual se atribui a violação desse tratado. No entanto, a Corte declarou a violação desses tratados em diversos casos, utilizando um meio de interpretação complementar (os trabalhos preparatórios) ante a possível ambiguidade da disposição.²² Desse modo, no *Caso Villagrán Morales e outros vs. Guatemala*, o Tribunal se referiu à razão histórica desse artigo, isto é, que no momento de redigir a Convenção contra a Tortura ainda havia alguns países membros da Organização dos Estados Americanos que não eram Partes da Convenção Americana, e salientou que, com uma cláusula geral de competência, que não fizesse referência expressa e exclusiva à Corte Interamericana, abriu-se a possibilidade de que o maior número de Estados ratifique a Convenção contra a Tortura ou a ela adiram. Ao aprovar essa Convenção, considerou-se importante atribuir a competência para aplicar a Convenção contra a Tortura a um órgão internacional, quer se trate de uma comissão, um comitê ou um tribunal existente, quer se trate de um que venha a ser criado no futuro.²³ Nesse sentido, a Comissão e, conseqüentemente, a Corte têm competências para analisar e declarar violações a essa Convenção.

38. Em virtude das considerações acima, a Corte reitera sua jurisprudência constante,²⁴ no sentido de que é competente para interpretar e aplicar a Convenção

¹⁸ Cf. *Caso Las Palmeras vs. Colômbia. Exceções Preliminares*, par. 34; e *Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil*, par. 64.

¹⁹ Cf. *Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”) vs. México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 16 de novembro de 2009. Série C nº 205, par. 37; e *Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil*, par. 64.

²⁰ Esse preceito dispõe a respeito da competência para aplicá-la que “[u]ma vez esgotado o procedimento jurídico interno do respectivo Estado e os recursos que este prevê, o caso poderá ser submetido a instâncias internacionais, cuja competência tenha sido aceita por esse Estado” ao qual se atribui a violação desse tratado.

²¹ Cf. *Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”) vs. México*, par. 51; e *Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil*, par. 65.

²² Cf. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala. Mérito*. Sentença de 19 de novembro de 1999. Série C nº 63, par. 247 e 248; *Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”) vs. México*, par. 51.

²³ Cf. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala. Mérito*, par. 247 e 248; e *Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*, par. 65.

²⁴ Cf. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros). Mérito*, par. 247 e 248; *Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”)*, par. 51; *Caso Las Palmeras*, par. 34; *Caso Cantoral Huamani e García Santa Cruz, vs.*

contra a Tortura e declarar a responsabilidade de um Estado que tenha dado seu consentimento para obrigar-se por essa Convenção e tenha aceito, além disso, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. De acordo com esse entendimento, o Tribunal já teve a oportunidade de aplicar a Convenção contra a Tortura e avaliar a responsabilidade de diversos Estados, em razão de sua alegada violação, em mais de 40 casos contenciosos.²⁵ Dado que o Brasil é Parte na Convenção contra a Tortura e reconheceu a competência contenciosa deste Tribunal, a Corte tem competência *ratione materiae* para pronunciar-se neste caso sobre a alegada responsabilidade do Estado por violação a esse instrumento. Portanto, a Corte julga improcedente a exceção preliminar de falta de competência interposta pelo Estado.

C. Falta de esgotamento dos recursos internos para obter reparações

C.1. Alegações do Estado, observações da Comissão e dos representantes

39. O Estado salientou que o primeiro requisito de admissibilidade de uma petição perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos é o esgotamento de recursos internos, pois a vítima não pode recorrer à tutela jurisdicional internacional sem antes ter-se valido de um recurso interno que permita o reconhecimento da violação e sua reparação. Sustentou que, quando a vítima só esgotou os recursos internos para solicitar que se declare a violação do direito à vida de uma pessoa assassinada pelo Estado, não pode, em seguida, valer-se da jurisdição internacional para solicitar a reparação dessa violação, pois o Estado não pode ser surpreendido por um pedido de reparação pecuniária que não pôde analisar internamente.

40. Também destacou que no presente caso havia recursos internos disponíveis para declarar as violações alegadas e para obter as reparações respectivas, os quais não foram esgotados pelas supostas vítimas. O Estado afirmou que não pagou compensações econômicas além das estabelecidas pela via administrativa porque as supostas vítimas não o solicitaram perante a jurisdição interna, apesar da existência dos mecanismos judiciais idôneos para apresentar essa reclamação.

41. Nesse mesmo sentido, o Estado argumentou que a falta de esgotamento de recursos internos é justificada pelos representantes mediante a invocação do artigo 46.2.b da Convenção. Não obstante, salientou que, embora isso se aproxime sensivelmente do mérito do assunto, não pode ser uma justificativa em si mesma para que não se esgote a jurisdição doméstica.

42. O Estado transcreveu, em seu escrito de contestação, várias sentenças de tribunais internos, nas quais se condenou o Estado a pagar indenizações por danos ocasionados por detenções e atos de tortura ocorridos durante a ditadura militar, e salientou que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) declarou que as ações de indenização por fatos similares aos do presente caso não estão sujeitas a prescrição.

Peru. Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 10 de julho de 2007, Série C n° 167, nota de rodapé 6; e *Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil*, par. 66.

²⁵ Ver lista no *Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil*, par. 66.

Em atenção a isso, o Estado concluiu que havia um ambiente amplamente favorável à concessão de indenização neste caso. Acrescentou que no presente caso as vítimas receberam indenização no valor de R\$ 100.000,00 (quantia, na época, equivalente a aproximadamente US\$ 100.000,00), o que mostra que o Estado procurou cumprir seu dever de reparar os danos causados. O Estado argumentou também que, além da solicitação administrativa – que foi atendida –, não dispõe de informação de outra solicitação que tenha sido apresentada pelos familiares da vítima e tenha sido negada.

43. Quanto às alegações de negativa de acesso aos documentos sobre violações de direitos humanos ocorridas sob o regime militar, o Estado informou que não tem conhecimento, nem foi demonstrado que as supostas vítimas ou seus representantes tenham apresentado uma solicitação de *habeas data*.

44. O Estado afirmou que a investigação criminal e o julgamento perante o foro ordinário não são os únicos recursos que devem ser considerados. Sustentou que não reconhecer isso representaria uma grave violação do princípio de subsidiariedade do Sistema Interamericano e do direito de defesa do Estado.

45. A *Comissão* observou que a jurisprudência da Corte em matéria de exceções preliminares de falta de esgotamento dos recursos internos destacou que esta deve ser apresentada no momento processual oportuno e que o Estado deve especificar claramente os recursos que, a seu critério, não foram esgotados. Ressaltou que, nos escritos de maio e outubro de 2012, o Estado não interpôs a exceção de falta de esgotamento dos recursos internos, nem fez referência aos recursos que deveriam ser esgotados quando invocou essa exceção, razão pela qual considerou essa exceção extemporânea. Ressaltou também que a Convenção Americana não prevê que se esgotem mecanismos adicionais para que as vítimas possam obter uma reparação relacionada com fatos referentes aos recursos internos que sejam pertinentes, motivo por que uma interpretação como a proposta pelo Estado não só jogaria sobre as vítimas uma carga desproporcional, mas contrariaria o disposto na própria Convenção e a razão de ser tanto do requisito de esgotamento dos recursos internos como da instituição da reparação.

46. Afirmou que o requisito de esgotamento dos recursos internos diz respeito aos fatos que alegadamente violam os direitos humanos. A pretensão das reparações decorre da declaração de responsabilidade internacional do Estado e, portanto, essa pretensão não depende do esgotamento de recursos internos.

47. Os *Representantes* destacaram que o Estado não alegou oportunamente a exceção de não esgotamento dos recursos internos. Destacaram também que os argumentos do Estado são inconsistentes, porque também alegou que a promulgação da Lei de Anistia efetivamente impediu o esgotamento dos recursos na jurisdição interna. Salientaram que o Estado afirmou que os recursos foram esgotados pela decisão do Superior Tribunal de Justiça, de 18 de agosto de 1993. Desse modo, além da extemporaneidade da exceção, consideraram que o Estado viola o princípio do *estoppel*, ao adotar conduta processual contraditória.

48. Finalmente, argumentaram que, no que se refere ao recurso de *habeas data*, não constitui ele um recurso adequado para estabelecer as responsabilidades correspondentes à prisão arbitrária, à tortura e à execução de Vladimir Herzog. O

recurso que atende a essas características são a investigação e a ação penal, que foram repetidamente obstruídas pelas autoridades brasileiras. Os representantes sustentaram que a Corte deve recusar a exceção de falta de esgotamento de recursos internos interposta pelo Estado.

C.2. Considerações da Corte

49. A Corte elaborou diretrizes claras para analisar uma exceção preliminar baseada num suposto descumprimento do requisito de esgotamento dos recursos internos. Em primeiro lugar, interpretou a exceção como uma defesa disponível para o Estado e, como tal, o Estado pode renunciar a ela, seja expressa, seja tacitamente. Em segundo lugar, essa exceção deve ser apresentada oportunamente, com o propósito de que o Estado possa exercer seu direito de defesa. Em terceiro lugar, a Corte afirmou que o Estado que apresenta essa exceção deve especificar os recursos internos que ainda não tenham sido esgotados e demonstrar que esses recursos são aplicáveis e efetivos.²⁶

50. A Corte salientou que o artigo 46.1.a da Convenção dispõe que, para determinar a admissibilidade de uma petição ou comunicação apresentada à Comissão, em conformidade com os artigos 44 ou 45 da Convenção, é necessário que tenham sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, conforme os princípios do Direito Internacional geralmente reconhecidos.²⁷

51. Portanto, durante a etapa de admissibilidade do caso junto à Comissão, o Estado deve especificar claramente os recursos que, a seu critério, ainda não foram esgotados, considerando a necessidade de salvaguardar o princípio de igualdade processual entre as partes, que deve reger todo o procedimento perante o Sistema Interamericano.²⁸ Como a Corte estabeleceu de maneira reiterada, não é tarefa deste Tribunal, nem da Comissão, identificar *ex officio* quais são os recursos internos pendentes de esgotamento, porquanto não compete aos órgãos internacionais corrigir a falta de exatidão das alegações do Estado.²⁹ Do mesmo modo, os argumentos que dão conteúdo à exceção preliminar interposta pelo Estado perante a Comissão durante a etapa de admissibilidade devem corresponder àqueles expostos perante a Corte.³⁰

52. A Corte constata que essas circunstâncias não se verificam no presente caso, ou seja, o Estado apresentou alegações diferentes na etapa de admissibilidade perante a Comissão e na exceção preliminar perante a Corte.³¹ Além disso, o Tribunal constata que, em sua primeira comunicação à Comissão, o Estado não opôs essa exceção, motivo por que sua apresentação ao Tribunal é extemporânea.

²⁶ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Exceções Preliminares*, par. 88; e *Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil*, par. 76.

²⁷ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Exceções Preliminares*, par. 85; e *Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil*, par. 77.

²⁸ Cf. *Caso Gonzales Llu y outros vs. Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 1º de setembro de 2015. Série C nº 298, par. 28; e *Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil*, par. 78.

²⁹ Cf. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 30 de junho de 2009. Série C nº 197, par. 23; e *Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil*, par. 78.

³⁰ Cf. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*, par. 23; e *Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil*, par. 78.

³¹ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Exceções Preliminares*, par. 88.

53. Em virtude de todo o acima exposto, a Corte desconsidera a exceção interposta pelo Estado por considerá-la improcedente.

D. Descumprimento do prazo para a apresentação da petição à Comissão

D.1. Alegações do Estado e observações da Comissão e dos representantes

54. O Estado declarou que a Convenção Americana dispõe que a petição deve ser apresentada à Comissão seis meses depois do esgotamento dos recursos internos. Excepcionalmente, quando esse prazo não é aplicável, a petição deve ser apresentada num prazo razoável. O Brasil afirmou que no presente caso não se observou o prazo razoável ou, subsidiariamente, o prazo de seis meses no que se referem às alegadas violações decorrentes da suposta ausência de ação penal.

55. Segundo o Estado, no presente caso, a Comissão aplicou a exceção de esgotamento prévio de recursos internos prevista no artigo 46.2.a da Convenção Americana, no entendimento de que a Lei de Anistia configuraria uma situação de ausência de devido processo legal para a proteção dos direitos supostamente violados, razão pela qual passou ao exame do prazo razoável. O Estado argumentou que se deixou de considerar os fatos principais, nesse momento da análise de admissibilidade, relacionados com a detenção arbitrária, tortura e morte da vítima, para considerar o questionamento da Lei de Anistia como elemento central da petição, motivo pelo qual solicitou que a Corte procedesse ao controle de legalidade da atuação da Comissão.

56. Em segundo lugar, afirmou que não é válido considerar a data de promulgação da Lei de Anistia para o cômputo do prazo razoável, pois implicaria o exercício em abstrato da jurisdição contenciosa da Corte. Acrescentou que, mesmo que se considere essa data, 30 anos se passaram da promulgação da Lei à apresentação da petição à Comissão. Em terceiro lugar, alegou que não é adequado considerar as tentativas de iniciar uma investigação, ou os procedimentos para conceder medidas de reparação, como marco temporal para contabilizar o prazo razoável. Em quarto lugar, aduziu que o alegado caráter continuado de impunidade dos fatos não permite estabelecer um marco temporal de referência, o que impede qualquer análise do prazo razoável. Afirmou, ainda, que, a partir de 28 de agosto de 1979, não havia recurso interno para promover a investigação das violações sofridas por Vladimir Herzog, que foram de caráter instantâneo, não continuado.

57. Também alegou que é fato que, em 1992, o Brasil ratificou a Convenção Americana e, desde esse momento, as organizações peticionárias podiam apresentar seu caso à Comissão. Diante da falta de recursos internos, o Estado salientou que não se aplicava a regra dos seis meses disposta no artigo 46 da Convenção, mas sim o dever de apresentar a petição dentro de um prazo razoável.

58. O Brasil considerou que os critérios da Comissão para considerar um prazo razoável são "extremamente" flexíveis e variam de acordo com considerações casuísticas. Destacou que, no caso *sub judice*, apresentam-se violações de caráter

instantâneo, e que transcorreram 30 anos entre a ocorrência dos fatos e a apresentação da petição. Para o Estado, isso não constitui um prazo razoável.

59. Por último, julgou inadequado que se utilize a última tentativa de reabrir as investigações do caso concreto como marco para o cômputo do prazo razoável. Ressaltou que o objeto da reclamação apresentada em 2007 à Procuradoria da República era a ausência de apresentação, por parte da União, de ações de regresso (cobrança de indenização) contra os autores de danos nos termos da Lei nº 9.140, de 1995. Essa reclamação não se circunscrevia ao caso de Vladimir Herzog e tampouco perseguia fins penais, mas, pelo contrário, segundo o Estado, reconhecia a prescrição das ações penais. Portanto, a representação do Estado afirmou que o que ocorreu em 2008 não foi um arquivamento da investigação e que, conseqüentemente, o prazo razoável não corre a partir dessa última data. Finalmente, salientou que, no Relatório de Mérito, a Comissão não identificou de maneira clara quais seriam os termos para a avaliação do prazo razoável e tampouco que essa avaliação tinha a obrigação de identificar o início do prazo.

60. A Comissão observou, em primeiro lugar, que o Estado solicitou que a Corte procedesse a um controle de legalidade quanto à análise do prazo de seis meses. Declarou que tem plena autonomia no exercício de suas faculdades convencionais e que a revisão de questões de admissibilidade deveria ser efetuada somente em circunstâncias excepcionais, quando coincidam os seguintes elementos: i) que haja um erro de procedimento; ii) que seja qualificado como grave; iii) que afete o direito de defesa da parte que o invoca; e iv) que fique provado prejuízo concreto. A Comissão considerou que nenhum dos quatro elementos se configura no presente caso.

61. Em segundo lugar, a Comissão considerou que era aplicável a exceção ao requisito de esgotamento dos recursos internos, contemplada no artigo 46.2.a da Convenção, razão pela qual o prazo de seis meses não era aplicável. A Comissão reiterou, em todos os seus termos, o relatório de admissibilidade, no qual afirmou que, em casos que supostamente implicam delitos penais passíveis de ação de ofício no Brasil – a detenção arbitrária, a tortura e a execução extrajudicial de uma pessoa –, o recurso idôneo e efetivo é uma investigação criminal e um julgamento no sistema de justiça ordinária. Também observou que a Lei de Anistia é “um obstáculo à acusação criminal dos responsáveis” pelas violações cometidas contra a suposta vítima e, portanto, a Comissão determinou que a petição era admissível porque a legislação interna do Brasil não contempla o devido processo legal para a proteção dos direitos que se alega terem sido violados. Além disso, a Comissão sustentou que houve múltiplas ações no âmbito interno, nos anos de 2008 e 2009, motivo pelo qual a apresentação da petição em 2009 foi razoável.

62. Em virtude do exposto, a Comissão solicitou à Corte que rejeite a solicitação do Estado de efetuar um controle de legalidade sobre esse aspecto, pois o Estado não demonstrou que se encontram presentes os pressupostos para que esse controle tenha lugar. Subsidiariamente, solicitou à Corte que determine que a análise constante do relatório de admissibilidade sobre o requisito de apresentação oportuna da petição se encontra dentro do marco convencional e regulamentar e, conseqüentemente, que declare improcedente essa exceção preliminar.

63. Os *Representantes* destacaram que, na jurisprudência reiterada desta Corte, se determina a improcedência da exceção referente ao prazo de seis meses, caso o Estado tenha alegado o não esgotamento dos recursos internos, em razão da contradição intrínseca entre esses argumentos. Sem prejuízo do exposto, destacaram que a Comissão Interamericana tem autonomia e independência para examinar as petições individuais submetidas a seu conhecimento, no exercício de seu mandato convencional.

64. Além disso, argumentaram que, de acordo com as sentenças desta Corte, a revisão do procedimento perante a Comissão só teria procedência se alguma das partes alegasse, de maneira fundamentada, a existência de um erro grave ou de alguma inobservância dos requisitos de admissibilidade que violasse o direito de defesa da parte interessada. Salientaram que a parte que o alega assume o ônus probatório de demonstrar efetivamente o prejuízo a seu direito de defesa, razão pela qual não é suficiente uma queixa ou discrepância de critérios em relação às medidas adotadas pela Comissão.

65. Destacaram que a razoabilidade do prazo é uma decisão da Comissão, para o que leva em conta a data dos fatos e as circunstâncias concretas do caso. Os representantes enfatizaram a incompatibilidade da Lei de Anistia com a Convenção Americana, além da impunidade, sob a referida Lei, das violações de direitos humanos ocorridas durante o regime militar, razões que levaram a Comissão a concluir que a petição foi apresentada em prazo razoável.

D.2. Considerações da Corte

66. O Estado solicitou à Corte que realizasse um controle de legalidade do procedimento perante a Comissão, embora, a juízo do Tribunal, no presente caso, o enfoque proposto corresponda a uma exceção preliminar que questiona a admissibilidade da petição pelo suposto descumprimento do requisito estabelecido no artigo 46.2.a da Convenção Americana.³² Por esse motivo, a Corte examinará as alegações das partes à luz dessas circunstâncias.

67. Em primeiro lugar, é necessário que a Corte avalie se, durante a etapa de admissibilidade do caso perante a Comissão, os argumentos que dão conteúdo à exceção preliminar interposta pelo Estado correspondem àqueles apresentados perante a Corte.³³

³² Artigo 46 – “1. Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário:

a) que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos;

b) que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva; [...]

2. As disposições das alíneas a e b do inciso 1 deste artigo não se aplicarão quando:

a) não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados”.

³³ Cf. *Caso Furlan e familiares vs. Argentina. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de agosto de 2012. Série C nº 246, par. 29; e *Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil*, par. 78.

68. No presente caso, durante a etapa de admissibilidade, o Estado apresentou dois escritos à Comissão, um em 30 de maio de 2012 e outro em 18 de junho desse mesmo ano. Em ambos os escritos apresentou argumentos similares sobre o prazo para a interposição da petição inicial. Posteriormente, no escrito de contestação no âmbito do processo perante a Corte, o Estado se referiu novamente à mencionada exceção preliminar. Com base no exposto, a Corte observa que os argumentos que dão conteúdo à exceção preliminar interposta pelo Estado perante a Comissão durante a etapa de admissibilidade correspondem àqueles apresentados perante a Corte, de modo que passará a analisar seu conteúdo material.

69. A Corte constata que o Estado reconheceu a inexistência de recursos disponíveis para as vítimas, em virtude da Lei de Anistia,³⁴ ou seja, não há controvérsia entre as partes nesse aspecto. Em virtude disso, a regra dos seis meses é inaplicável e, por isso, compete ao Tribunal verificar se transcorreu um prazo razoável para que os peticionários recorressem à Comissão Interamericana. Nesse sentido, a Corte observa que há, de fato, uma controvérsia entre as partes sobre qual deve ser considerada a data pertinente para o cômputo desse prazo razoável.

70. A Corte observa que, embora em 18 de agosto de 1993 tenha sido concluído oficialmente o inquérito policial nº 487/92 na justiça estadual de São Paulo (par. 140 a 145 *infra*), em 4 de dezembro de 1995, foi promulgada a Lei nº 9.140/1995, que criou a Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP) (par. 146 a 151 *infra*), que emitiu seu relatório final no ano de 2007. Além disso, o Tribunal nota que foi com base no resultado desse relatório que se apresentou a denúncia ao Ministério Público Federal que deu início ao processo nº 2008.61.81.013434-2. O arquivamento desse processo, ocorrido em 9 de janeiro de 2009 (par. 152 a 160 *infra*), finalmente motivou a apresentação da petição inicial perante a Comissão Interamericana, em 10 de julho desse mesmo ano.

71. No presente caso, a Corte constata que o suposto dano que motiva a apresentação da petição inicial é a impunidade em que se encontram a morte e a tortura de Vladimir Herzog. Com base no acima exposto, a Corte é de opinião que os peticionários tinham uma expectativa razoável de que o Estado remediasse essa situação de impunidade a partir do retorno da democracia e, sobretudo, a partir da apresentação do relatório final da Comissão criada pela Lei nº 9.140/1995. Por esses motivos, o Tribunal considera que as circunstâncias específicas do presente caso, em especial a influência da Lei de Anistia na possibilidade de investigar e julgar a morte do senhor Herzog, a emissão do relatório da CEMDP, em 2007, e as ações iniciadas pelo Ministério Público Federal são, em seu conjunto, ações que podiam ter contribuído para a eliminação da impunidade e, portanto, são fatos relevantes que permitem determinar que a apresentação da petição inicial ocorreu dentro de um prazo razoável. Portanto, a petição era admissível e, por isso, a Corte resolve declarar improcedente a exceção preliminar apresentada pelo Estado.

³⁴ Ver escrito de contestação do Estado, par. 161 (expediente de mérito, folha 372).

E. Incompetência *ratione materiae* para revisar decisões internas sobre possíveis violações dos artigos 8 e 25 da Convenção Americana (exceção de quarta instância)

E.1. Alegações do Estado, observações da Comissão e dos representantes

72. O Estado observou que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos não tem como propósito revisar o mérito das conclusões alcançadas pelas autoridades nacionais no exercício legítimo de suas competências, e que, portanto, está fora da competência *ratione materiae* da Comissão e da Corte assumir o papel das autoridades nacionais e agir como se fossem um tribunal de recursos.

73. Reiterou que o procedimento iniciado em 2008 não é um recurso interno apto para efeitos do cômputo do prazo razoável da apresentação da petição perante a Comissão. Acrescentou que, ainda que se admitisse a idoneidade do referido recurso e que, portanto, a petição foi apresentada dentro de um prazo razoável, o respeito à coisa julgada material e a prescrição da ação penal – ambas protegidas pela Convenção – impedem o exame do mérito do assunto.

74. Recordou que a decisão judicial adotada no ano de 1992 foi anterior aos avanços jurisprudenciais da Corte Interamericana quanto à imprescritibilidade da ação penal em casos semelhantes, e afirmou que exigir uma reinterpretação judicial de decisões passadas com fundamento em teses jurisprudenciais que não existiam na época reduziria o alcance das garantias judiciais.

75. Finalmente, o Estado alegou que, na investigação judicial concluída no ano de 1992, além de ouvir os depoimentos e as declarações das supostas vítimas, foram realizadas várias diligências e produzidas numerosas provas. Portanto, embora não se tenha proferido uma condenação penal, não houve falta de diligência e a investigação não permaneceu suspensa sem que se conduzissem diligências probatórias. Além disso, houve reparação pecuniária, em conformidade com a jurisprudência da Corte no caso *Gomes Lund e outros*.

76. A Comissão observou que a alegação estatal não constitui uma exceção preliminar, pois não se refere a questões de competência nem aos requisitos de admissibilidade estabelecidos na Convenção. Desse modo, essa questão não pode ser resolvida como exceção preliminar, e o mesmo ocorre com a questão relativa ao montante da reparação, porque ambas constituem temas de mérito.

77. A Comissão argumentou que, no presente caso, a Corte é chamada a analisar, entre outros aspectos, se os processos internos seguidos em relação aos fatos do caso constituíram um meio idôneo e efetivo para conseguir proteção judicial frente aos direitos violados. Da mesma maneira, a forma de reparar e a eventual necessidade de que a Corte determine reparações complementares excedem uma exceção preliminar e também constitui uma questão de mérito.

78. Por conseguinte, a Comissão solicitou à Corte que estabeleça que a abordagem do Estado sobre a falta de competência para revisar decisões internas não constitui uma exceção preliminar e, portanto, é improcedente.

79. Os *Representantes* definiram os enfoques do Estado como uma exceção de quarta instância. Nesse sentido, alegaram que, para que isso efetivamente fosse o caso, seria necessário que se tivesse solicitado à Corte uma revisão de uma decisão interna do Estado por apreciação incorreta das provas, dos fatos ou do direito interno. Alegaram que, no presente caso, não se pretende que a Corte exerça essas funções sobre decisões internas expedidas pelos órgãos judiciais do Estado. Pelo contrário, salientaram que sua pretensão reside em que, no presente caso, a Corte declare a responsabilidade internacional do Estado brasileiro por faltas e obstruções de diferentes atores estatais, que violaram o dever de garantir os direitos à integridade física, à liberdade de expressão, ao acesso à justiça e às garantias judiciais, previstos na Convenção Americana.

E.2. Considerações da Corte

80. Em primeiro lugar, o Tribunal recorda que, independentemente de o Estado definir uma alegação como “exceção preliminar”, esta perderá seu caráter preliminar e não poderá ser analisada como tal caso, ao analisá-la, seja necessário entrar, previamente, na consideração do mérito de um caso.³⁵

81. A Corte também reitera que a jurisdição internacional tem caráter coadjuvante e complementar,³⁶ razão pela qual não desempenha funções de tribunal de “quarta instância”, nem é um tribunal de alçada ou de recurso para dirimir as desavenças que tenham as partes sobre alguns alcances da avaliação de prova ou da aplicação do direito interno em aspectos que não estejam diretamente relacionados ao cumprimento de obrigações internacionais em direitos humanos.³⁷

82. A Corte considera que as alegações do Estado poderiam ser consideradas uma exceção de quarta instância; no entanto, para que essa exceção seja procedente, é necessário que o solicitante peça que a Corte revise a sentença de um tribunal interno, em virtude de sua incorreta apreciação da prova, dos fatos ou do direito interno, sem que, ao mesmo tempo, se alegue que essa sentença incorreu em uma violação de tratados internacionais a respeito dos quais o Tribunal tenha competência.³⁸ Além disso, a Corte considerou que, ao se avaliar o cumprimento de certas obrigações internacionais, pode ocorrer uma inter-relação intrínseca entre a análise de direito internacional e a de direito interno. Portanto, a determinação quanto a se as ações

³⁵ Cf. *Caso Castañeda Gutman vs. México. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 6 de agosto de 2008. Série C nº 184, par. 39; e *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*, par. 72.

³⁶ No Preâmbulo da Convenção Americana se afirma que a proteção internacional é “de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados Americanos”. Ver também *O Efeito das Reservas sobre a Entrada em Vigor da Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (art. 74 e 75). Parecer Consultivo OC-2/82, de 24 de setembro de 1982. Série A nº 2, par. 31; *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 nº 6, par. 26; *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Mérito*. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C nº 4, par. 61; e *Caso García Ibarra e outros vs. Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 17 de novembro de 2015, par.17.

³⁷ Cf. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 26 de novembro de 2010. Série C nº 220, par. 16; e *Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil*, par. 56.

³⁸ Cf. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*, par. 18; e *Caso Tarazona Arrieta e outros vs. Peru*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 15 de outubro de 2014. Série C nº 286, par. 22.

de órgãos judiciais constituem ou não uma violação das obrigações internacionais do Estado pode levar a que a Corte se ocupe de examinar os respectivos processos internos para estabelecer sua compatibilidade com a Convenção Americana.³⁹

83. No presente caso, nem a Comissão nem os representantes solicitaram a revisão de decisões internas relacionadas à avaliação das provas, dos fatos ou da aplicação do direito interno. A Corte considera que é objeto de estudo de mérito analisar, em conformidade com a Convenção Americana e o Direito Internacional, as alegações das partes sobre se os processos judiciais internos foram idôneos e eficazes, e se os recursos tramitaram e foram solucionados devidamente. Do mesmo modo, se deverá analisar no mérito se o pagamento feito a título de reparação de danos materiais foi suficiente e se houve atos e omissões que violaram garantias de acesso à justiça que poderiam ter gerado responsabilidade internacional ao Estado. Pelo exposto, a Corte declara improcedente a presente exceção preliminar.

F. Alegada inconveniência da publicação do Relatório de Mérito por parte da Comissão Interamericana

F.1. Alegações do Estado, observações da Comissão e dos representantes

84. O Estado salientou que a Comissão manteve em sua página eletrônica o texto completo do Relatório Preliminar de Mérito nº 71/2015, de 28 de outubro de 2015, antes de submeter o caso à Corte. O Estado considerou que essa circunstância viola o artigo 51 da Convenção, que autoriza a Comissão a emitir um relatório definitivo e, eventualmente, a publicá-lo ou a submetê-lo à jurisdição da Corte. Salientou também que, de maneira alguma, a Comissão tem a faculdade de publicá-lo antes de levar o caso à Corte. Portanto, o Estado solicitou que se declare que a Comissão violou os artigos 50 e 51 da Convenção e que retire de sua página eletrônica o referido Relatório.

85. A Comissão observou que a alegação do Estado não constitui uma exceção preliminar, pois não se refere a questões de competência, nem aos requisitos de admissibilidade estabelecidos na Convenção. Sem prejuízo do anterior, expôs que o Relatório de Mérito emitido em conformidade com o artigo 50 da Convenção Americana é preliminar e tem natureza confidencial, e que, no momento em que a Comissão opta por uma das vias mencionadas no artigo 51, o relatório perde o caráter preliminar e confidencial. Além disso, publicar o relatório na página eletrônica é prática reiterada da Comissão, que não contraria nenhuma norma convencional ou regulamentar, como se afirmou em recentes sentenças a respeito do Brasil. Por conseguinte, a Comissão solicitou à Corte que reitere o decidido em casos anteriores sobre o assunto e descarte essa exceção preliminar.

86. Os Representantes ressaltaram que a exceção preliminar apresentada pelo Estado é contraditória ao pretender que se determine uma violação com base num tratado internacional de direitos humanos em seu prejuízo, desconhecendo

³⁹ *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala. Mérito*, par. 222; e *Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil*, par. 56.

que justamente é o Estado que assina tratados internacionais de direitos humanos, assumindo a obrigação de garantir o gozo dos direitos e liberdades de todo ser humano sob sua jurisdição. Além disso, afirmaram que o argumento apresentado não constitui uma exceção preliminar, motivo pelo qual deve ser rejeitado.

87. Sem prejuízo do exposto, alegaram que o Estado deve fundamentar que a ação da Comissão constitui erro grave e que redundaria em prejuízo de seu direito de defesa.

F.2. Considerações da Corte

88. A Corte observa que os argumentos do Estado são idênticos aos apresentados na exceção preliminar nos casos *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde*, *Favela Nova Brasília* e *Povo Indígena Xucuru*.⁴⁰ Nas sentenças referentes a esses casos, a Corte procedeu a uma análise detalhada da alegação estatal e concluiu que o Estado não demonstrou sua afirmação relativa a que a publicação do Relatório de Mérito do caso se havia dado de forma diferente do exposto pela Comissão ou de maneira contrária ao estabelecido na Convenção Americana. A afirmação do Tribunal nos casos citados se aplica também ao presente, pois o Estado tampouco demonstrou que a publicação do Relatório de Mérito tenha sido feita de forma contrária ao exposto pela Comissão ou contrariando o estabelecido na Convenção Americana, razão pela qual a Corte considera que a alegação do Brasil é improcedente.

G. Incompetência da Corte para examinar fatos propostos pelos representantes

G.1. Alegações do Estado, observações da Comissão e dos representantes

89. O Estado apresentou uma exceção preliminar na qual expôs que os representantes das supostas vítimas não podem propor fatos novos diferentes dos apresentados pela Comissão em seu Relatório de Mérito, embora seja possível formular pretensões de direito diferentes das apresentadas pela Comissão. Salientou que, no presente caso, a ocultação dos arquivos militares e a negativa de acesso a esses documentos não estão no Relatório de Mérito da Comissão, e que, portanto, a pretensão dos representantes de que se declare a violação do direito à verdade carece de fundamento fático.

90. Também afirmou que não há, no Relatório de Mérito da Comissão, menção à suposta violação do direito à verdade nem à ação civil pública, que já estava em tramitação nesse momento. Portanto, o Estado considerou que, no presente caso, se faz necessário o reconhecimento da incompetência *ratione materiae* para a análise de fatos que são alheios ao relatório de admissibilidade e do escrito de apresentação do caso à Corte.

⁴⁰ Cf. *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*, par. 23 a 27; *Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil*, par. 24 a 28; e *Caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 5 de fevereiro de 2018. Série C n° 346, par. 24.

91. A esse respeito, a *Comissão* observou que os argumentos do Estado não têm caráter de exceção preliminar, mas de controvérsia de mérito. Acrescentou que o proposto pelo Estado não busca objetar a competência por razão de tempo, matéria, tempo ou lugar, nem tem caráter preliminar, mas, pelo contrário, se refere a fatos alegados pelos representantes que supostamente não fariam parte do quadro fático definido no Relatório de Mérito da Comissão.

92. Em virtude do exposto, a Comissão lembrou que o quadro fático do processo perante a Corte é constituído pelos fatos constantes do Relatório de Mérito submetido pela Comissão, sem prejuízo de que os representantes formulem argumentos jurídicos autônomos e exponham fatos que permitam explicar, esclarecer ou desconsiderar os que tenham sido submetidos à consideração da Corte, a qual é convocada a avaliar se os aspectos abordados explicam ou esclarecem os fatos expostos pela Comissão em seu Relatório de Mérito e se guardam relação com o quadro fático do caso.

93. Finalmente, a Comissão considerou que o alegado pelos representantes constitui precisamente uma explicação do contexto de acobertamento institucional estabelecido no Relatório de Mérito. Do mesmo modo, podia entender-se como vinculado às tentativas das diversas instâncias internas de obter informação por parte de entidades públicas, inclusive a instituição militar, e, nesse sentido, se encontra relacionado razoavelmente ao quadro fático e à análise realizada no Relatório de Mérito.

94. Os *Representantes* destacaram que o quadro fático não constitui uma exceção preliminar e sim uma análise que deverá ser feita pela Corte ao determinar o mérito do caso, como se depreende da jurisprudência deste Tribunal.

95. Sem prejuízo do exposto, com respeito à inclusão de fatos que não estavam expostos no Relatório de Mérito, alegaram que essa circunstância é possível quando se refira a fatos que expliquem, esclareçam ou rechacem os fatos submetidos à consideração da Corte. Do mesmo modo, salientaram que é possível admitir os fatos qualificados como supervenientes. Nesse sentido, compete à Corte Interamericana decidir em cada caso concreto acerca da procedência de argumentos relativos ao quadro fático, resguardado o equilíbrio processual das partes e o princípio do contraditório.

96. Além disso, os representantes salientaram que sua alegação relativa à suposta violação do direito à verdade ocorreu por três fatos que foram abordados no Relatório de Mérito da Comissão Interamericana: i) a versão oficial de suicídio por enforcamento de Vladimir Herzog; ii) a ausência de documentos oficiais sobre as circunstâncias de sua detenção arbitrária, tortura e assassinato; e iii) a ausência de investigação adequada.

G.2. Considerações da Corte

97. A Corte recorda que as exceções preliminares são objeções que têm caráter prévio e tendem a impedir a análise do mérito de um assunto questionado, mediante a oposição à admissibilidade de um caso ou da competência do Tribunal para conhecer de um determinado caso ou de algum de seus aspectos, seja em razão da pessoa ou

da matéria, seja do tempo ou do lugar, desde que essas alegações tenham o caráter de preliminares.⁴¹ Caso não tenha sido possível analisar essas alegações sem entrar na análise prévia do mérito de um caso, não podem ser analisadas mediante uma exceção preliminar.⁴² Por essa razão, não considera as presentes alegações estatais uma exceção preliminar, sem prejuízo de resolver a proposição neste capítulo.

98. Com respeito ao acima exposto, a Corte recorda que, de acordo com sua jurisprudência constante, o quadro fático do processo perante a Corte é constituído pelos fatos constantes do Relatório de Mérito, com exceção dos fatos que se qualificam como posteriores, sempre que se encontrem ligados aos fatos do processo. Isso sem prejuízo de que os representantes possam expor os fatos que permitam explicar, esclarecer ou desconsiderar os que tenham sido mencionados no Relatório de Mérito e submetidos à consideração da Corte.⁴³ No presente caso, a Corte observa que a informação remetida pelos representantes tem relação com o alegado acobertamento institucional a que se refere a Comissão em seu Relatório de Mérito. Além disso, a Corte considera que, ainda que a Comissão não tenha estabelecido uma violação do direito à verdade, a ação civil pública está incluída no quadro fático do Relatório de Mérito, de modo que os fatos apresentados pelos representantes relacionados a essa iniciativa judicial são admissíveis e serão considerados no capítulo de mérito.

V. PROVA

A. Prova documental, testemunhal e pericial

99. A Corte recebeu diversos documentos apresentados como prova pelo Estado, pelos representantes e pela Comissão, anexados a seus escritos principais (par. 2, 7 e 8 *supra*). Recebeu também os depoimentos prestados perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) dos peritos John Dinges e Naomi Roht-Arriaza, propostos pela Comissão, dos peritos Dimitrios Dimoulis e Maria Auxiliadora Minahum, propostos pelo Estado, e das supostas vítimas André Herzog e Ivo Herzog, e dos peritos Juan Méndez, Fabio Simas, Renado Sérgio de Lima e Ana C. Deutsh, propostos pelos representantes. Quanto à prova apresentada em audiência pública, a Corte recebeu os depoimentos da suposta vítima, Clarice Herzog, da testemunha Marlon Weichert e do perito Sergio Gardenghi Suiama, propostos pelos representantes, bem como do perito Alberto Zacharias Toron, proposto pelo Estado.

⁴¹ Cf. *Caso Las Palmeras vs. Colômbia. Exceções Preliminares*, par. 34; e *Caso García Ibarra e outros vs. Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 17 de novembro de 2017. Série C nº 306, par. 18.

⁴² Cf. *Caso Castañeda Gutman vs. México*, par. 39; e *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 30 de novembro de 2016. Série C nº 328, par. 39.

⁴³ Cf. *Caso "Cinco Pensionistas" vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 28 de fevereiro de 2003. Série C nº 98, par. 153; e *Caso Acosta e outros vs. Nicarágua. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 25 de março de 2017. Série C nº 334, par. 30.

B. Admissibilidade da prova

B.1. Admissibilidade da prova documental

100. No presente caso, assim como em outros, a Corte admite os documentos apresentados pelas partes e pela Comissão na devida oportunidade processual (artigo 57 do Regulamento), que não foram questionados ou objetados, nem cuja autenticidade foi posta em dúvida,⁴⁴ sem prejuízo de que a seguir se solucionem as controvérsias suscitadas sobre a admissibilidade de determinados documentos.

101. Uma vez vencido o prazo para apresentar anexos ao escrito de exceções preliminares e contestação, o Estado enviou extemporaneamente um documento⁴⁵ previamente identificado na relação de anexos. Esse documento foi considerado extemporâneo e não foi admitido nos autos.

102. No que se refere aos documentos sobre custas e gastos remetidos pelos representantes juntamente com as alegações finais escritas, a Corte só considerará aqueles que se refiram às novas custas e gastos em que tenham incorrido por ocasião do procedimento perante esta Corte, ou seja, os realizados posteriormente à apresentação do escrito de solicitações e argumentos. Por conseguinte, não considerará as faturas cujas datas sejam anteriores à apresentação do escrito de solicitações e argumentos, já que deviam ter sido apresentadas no momento processual oportuno.

103. Por outro lado, a Corte observa que o Estado formulou diversas observações sobre os anexos apresentados pelos representantes juntamente com as alegações finais escritas.⁴⁶ Essas observações se referem ao conteúdo e ao valor probatório dos documentos e não implicam objeção à sua admissibilidade.

B.2. Admissibilidade dos depoimentos e dos pareceres periciais

104. A Corte julga pertinente admitir os depoimentos prestados em audiência pública e perante agente dotado de fé pública, na medida em que se ajustem ao objeto definido pela resolução que ordenou recebê-los e ao objeto do presente caso.

C. Apreciação da prova

105. Segundo o disposto nos artigos 46, 47, 48, 50, 51, 57 e 58 do Regulamento, assim como em sua jurisprudência constante a respeito da prova e sua apreciação, a Corte examinará e avaliará os elementos probatórios documentais remetidos pelas partes e pela Comissão, os depoimentos e os pareceres periciais, ao estabelecer os

⁴⁴ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Mérito*, par. 140; e *Caso Acosta e outros vs. Nicarágua*, par. 20.

⁴⁵ O documento consiste nas páginas dedicadas a Vladimir Herzog no livro *Direito à memória e à verdade*.

⁴⁶ O Estado apresentou diversas observações sobre os anexos e alegou que não basta o envio de documentos probatórios, mas que é necessário que as partes desenvolvam uma argumentação que relacione a prova ao fato que se considera representado, e que, ao se considerar os alegados desembolsos econômicos, se estabeleçam com clareza os objetos de despesa e sua justificação.

fatos do caso e se pronunciar sobre o mérito. Para isso, se sujeita aos princípios da crítica sã, dentro marco normativo correspondente, levando em conta o conjunto do acervo probatório e as alegações da causa.⁴⁷

VI. FATOS PROVADOS

106. Depois de analisados os elementos probatórios e os depoimentos das testemunhas e peritos, bem como as alegações da Comissão Interamericana, dos representantes e do Estado, a Corte considera provados os fatos a seguir detalhados, os quais não foram controvertidos pelo Estado em nenhum momento processual. Por outro lado, os fatos que se descrevem anteriores à data de ratificação da competência da Corte por parte do Brasil (10 de dezembro de 1998), servem como antecedentes para contextualizar aqueles fatos ocorridos a partir dessa data.

A. Contexto histórico

107. Conforme destacou esta Corte na sentença proferida no *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*:⁴⁸

85. Em abril de 1964, um golpe militar depôs o governo constitucional do Presidente João Goulart. A consolidação do regime militar baseou-se na Doutrina da Segurança Nacional e na promulgação de sucessivas normas de segurança nacional e normas de exceção, como os atos institucionais, “que funcionaram como pretensão legal para dar cobertura jurídica à escalada repressiva”. Esse período foi caracterizado “pela instalação de um aparelho de repressão que assumiu características de verdadeiro poder paralelo ao Estado”, e chegou ao seu “mais alto grau” com a promulgação do Ato Institucional nº 5 em dezembro de 1968. Entre outras manifestações repressivas nesse período, encontra-se o fechamento do Congresso Nacional, a censura completa da imprensa, a suspensão dos direitos individuais e políticos, da liberdade de expressão, da liberdade de reunião e da garantia do *habeas corpus*. Também se estendeu o alcance da justiça militar, e uma Lei de Segurança Nacional introduziu, entre outras medidas, as penas perpétua e de morte.

86. Entre 1969 e 1974, produziu-se “uma ofensiva fulminante sobre os grupos armados de oposição”. O mandato do Presidente Médici (1969-1974) representou “a fase de repressão mais extremada em

⁴⁷ Cf. *Caso da “Panel Blanca” (Paniagua Morales e outros) vs. Guatemala. Mérito*, par. 76; e *Caso Andrade Salmón vs. Bolívia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 1º de dezembro de 2015, Série C No 330, par. 22.

⁴⁸ *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C nº 219, par. 85 e ss.

todo o ciclo de 21 anos do regime militar” no Brasil. Posteriormente, durante “os três primeiros anos [do governo do Presidente] Geisel [1974-1979], o desaparecimento de presos políticos, que antes era apenas uma parcela das mortes ocorridas, torna-se a regra predominante para que não ficasse estampada a contradição entre discurso de abertura e a repetição sistemática das velhas notas oficiais simulando atropelamentos, tentativas de fuga e falsos suicídios”. Como consequência, a partir de 1974, “oficialmente não houve mortes nas prisões[, todos os presos políticos mortos ‘desapareceram’ [e] o regime passou a não mais assumir o assassinato de opositores”.

87. Segundo a Comissão Especial, cerca de 50 mil pessoas teriam sido detidas somente nos primeiros meses da ditadura; cerca de 20 mil presos foram submetidos a torturas; há 354 mortos e desaparecidos políticos; 130 pessoas foram expulsas do país; 4.862 pessoas tiveram seus mandatos e direitos políticos suspensos, e centenas de camponeses foram assassinados. A Comissão Especial destacou que o “Brasil é o único país [da região] que não trilhou procedimentos [penais] para examinar as violações de [d]ireitos [h]umanos ocorridas em seu período ditatorial, mesmo tendo oficializado, com a Lei nº 9.140/95, o reconhecimento da responsabilidade do Estado pelas mortes e desaparecimentos denunciados”. Isso tudo devido a que, em 1979, o Estado editou uma Lei de Anistia.

108. A maior violência contra opositores do regime militar ocorreu em 1964 e entre 1968 e 1975. Esses foram os períodos com mais casos de mortos e desaparecidos políticos oficialmente reconhecidos pelo Estado. Além disso, esses períodos também coincidem com a centralização das investigações e das operações de repressão nos centros de informação da Marinha (CENIMAR), do Exército (CIE) e da Aeronáutica (CISA), bem como com a estruturação dos Centros de Operações de Defesa Interna (CODI) e dos respectivos Departamentos de Operações Internas (DOI)⁴⁹.

109. Ante o aparente crescimento do Partido Comunista Brasileiro (PCB) e a constatação de que se trataria de uma ameaça ao governo do Presidente Geisel, as forças de segurança decidiram “neutralizar” o PCB. Nesse sentido, jornalistas da “Voz Operária” e membros do PCB passaram a ser sequestrados ou detidos, torturados e, inclusive, mortos por agentes estatais entre os anos de 1974 e 1976.⁵⁰

⁴⁹ Ministério Público Federal, Crimes da Ditadura Militar: Relatório sobre as atividades de persecução penal desenvolvidas pelo MPF em matéria de graves violações a DH cometidas por agentes do Estado durante o regime de exceção. Brasília, 2017, p. 86 (expediente de prova, folha 14283).

⁵⁰ DANTAS, Audálio. *As duas guerras de Vlado Herzog*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2014 (expediente de prova, folha 3691); MARKUN, Paulo. *Meu querido Vlado*. A história de Vladimir Herzog e do sonho de uma geração. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005, p. 11-12 (expediente de prova, folhas 8759 a 8769); e BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. *Direito à Memória e à Verdade: Comissão Especial sobre os Mortos e Desaparecidos Políticos*. Brasília, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007, p. 374 (expediente de prova, folha 372). BRASIL. Relatório da Comissão Nacional da Verdade. 10 de dezembro de 2014 (expediente de prova, folha 3273).

110. Entre fins de setembro e princípios de outubro de 1975, o DOI/CODI de São Paulo intensificou ações de repressão contra jornalistas.⁵¹

111. No dia anterior à privação de liberdade de Vladimir Herzog, em 24 de outubro de 1975, 11 jornalistas estavam detidos: Sergio Gomes da Silva, Marinilda Marchi, Frederico Pessoa da Silva, Ricardo de Moraes Monteiro, José Pola Galé, Luiz Paulo da Costa, Anthony de Christo, Paulo Sérgio Markun, Diléa Frate, George Duque Estrada e Rodolfo Konder.⁵²

112. Dezenas de dirigentes e membros integrantes do Comitê Central do PCB foram detidos e torturados, embora nem todos tenham sido assassinados.⁵³ Estima-se que, entre 1974 e 1976, tenham sido assassinadas pelo menos 19 pessoas, entre as quais estavam 11 dirigentes do PCB.⁵⁴ No total, entre março de 1974 e janeiro de 1976, foram detidos pela Operação Radar 679 membros do PCB, entre eles Vladimir Herzog.⁵⁵

B. Sobre Vladimir Herzog

113. Vladimir Herzog nasceu em 27 de maio de 1937, na antiga Iugoslávia (atual Croácia) e chegou ao Brasil em 1946, aos nove anos de idade, com os pais, Zigmund e Zora Herzog. Naturalizou-se brasileiro e estudou na Faculdade de Filosofia. Iniciou a carreira de jornalista em 1959, no jornal "O Estado de São Paulo". Casou-se com Clarice Ribeiro Chaves pouco antes do golpe de Estado, em 15 de fevereiro de 1964.⁵⁶

114. Logo após o golpe, em 1965, instalaram-se ambos em Londres, por pouco mais de dois anos, durante os quais Vladimir trabalhou como produtor e locutor da BBC e tiveram seus dois filhos: André e Ivo. Em 1968, voltou ao país e trabalhou como editor cultural da revista "Visão". Em 1972, ocupou o cargo de secretário do programa "Hora da Notícia", no canal de televisão TV Cultura, e, em seguida, assumiu o posto de diretor do Departamento de Jornalismo do mencionado canal.⁵⁷

115. Além de jornalista e dramaturgo, Herzog também era membro do Partido Comunista Brasileiro (PCB).⁵⁸

⁵¹ MARKUN, Paulo. *Meu querido Vlado*. A história de Vladimir Herzog e do sonho de uma geração, p. 112 e 113 (expediente de prova, folhas 8782 e 8783).

⁵² DANTAS, Audálio. *As duas guerras de Vlado Herzog* (expediente de prova, folha 3691)

⁵³ Relatório da Comissão Nacional da Verdade (expediente de prova, folha 3273).

⁵⁴ Relatório da Comissão Nacional da Verdade (expediente de prova, folhas 3249 e 3250).

⁵⁵ Relatório da Comissão Nacional da Verdade (expediente de prova, folha 3281).

⁵⁶ Depoimento em audiência de Clarice Herzog; Direito à Memória e à Verdade: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (expediente de prova, folhas 405 e 406). Relatório da Comissão Nacional da Verdade (expediente de prova, folha 3299); Comissão de Familiares e Desaparecidos Políticos. "1975: Vladimir Herzog". Em: Dossiê Ditadura: Mortos e Desaparecidos Políticos no Brasil, 1964-1985. 2ª edição, 2007 (expediente de prova, folhas 3976 e 3977).

⁵⁷ MARKUN, Paulo. *Meu querido Vlado*. A história de Vladimir Herzog e do sonho de uma geração (expediente de prova, folhas 8748 a 8751); Comissão de Familiares e Desaparecidos Políticos. "1975: Vladimir Herzog" (expediente de prova, folha 3977).

⁵⁸ Direito à Memória e à Verdade: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (expediente de prova, folhas 405 e 407); Relatório da Comissão Nacional da Verdade (expediente de prova, folhas 1004 e 3299); Comissão de Familiares e Desaparecidos Políticos. "1975: Vladimir Herzog" (expediente de prova, folha 3977); Páginas destinadas a Vladimir Herzog no livro "Direito à memória e à verdade" (expediente de prova, folha 10337.3); MARKUN, Paulo. *Meu querido Vlado*. A história de Vladimir Herzog e do sonho de uma geração (expediente de prova, folhas 8759 a 8767).

C. Operação Radar

116. A Operação Radar surgiu como uma ofensiva dos órgãos de segurança para combater e dismantelar o PCB e seus membros, mas a Operação não se limitava a deter, tendo também como objetivo matar seus dirigentes.⁵⁹ A Operação teve início em 1973, conduzida pelo Centro de Informação do Exército (CIE), em conjunto com o DOI-CODI do II Exército.⁶⁰ A ofensiva funcionou entre março de 1974 e janeiro de 1976.

117. O DOI do II Exército foi, notoriamente, um dos piores e mais violentos centros de repressão política do regime ditatorial, sobretudo no período em que Carlos Alberto Brilhante Ustra esteve no comando, época em que se registrou o maior número de casos reconhecidos de tortura, execução sumária e desaparecimentos de opositores políticos. O DOI do II Exército deteve 2.541 pessoas e recebeu 914 presos enviados por outros órgãos. Foram 54 as vítimas reconhecidas como executadas pelo DOI e 1.348 os presos transferidos ao Departamento Estadual de Ordem Política e Social (DEOPS).⁶¹

118. Estima-se que o “ataque final” contra o PCB em São Paulo tenha começado em 29 de setembro de 1975, quando José Montenegro de Lima foi detido, torturado e morto. Nos dias seguintes dezenas de pessoas foram detidas.⁶²

119. Muitas vítimas foram executadas em centros clandestinos utilizados para torturar, assassinar e ocultar cadáveres pelos agentes do DOI-CODI/SP.⁶³ A casa de Itapevi, localizada na região metropolitana de São Paulo, foi apontada como o centro clandestino utilizado pelo DOI-CODI do II Exército e pelo CIE para torturar e executar os presos da Operação Radar (especialmente membros do PCB).⁶⁴

120. Assim, paulatinamente, os militantes do PCB foram detidos, torturados ou executados pela Operação Radar, entre os anos de 1974 e 1976.⁶⁵ Segundo o Ministério Público Federal brasileiro, provas obtidas sobre os anos 1970 a 1975 mostram a prática sistemática de execuções e desaparecimentos dos opositores, com um registro de 281 mortes ou desaparecimentos de opositores, ou seja, 75% do total dos mortos e desaparecidos em todo o período da ditadura no Brasil.⁶⁶

D. Os fatos ocorridos em 25 de outubro de 1975

121. Na noite de 24 de outubro de 1975, dois agentes do DOI/CODI apresentaram-se na sede da TV Cultura, onde Vladimir Herzog se encontrava trabalhando. O senhor Herzog foi intimado a acompanhá-los à sede desse organismo,

⁵⁹ Relatório da Comissão Nacional da Verdade (expediente de prova, folha 3317).

⁶⁰ Relatório da Comissão Nacional da Verdade (expediente de prova, folha 3273).

⁶¹ Ministério Público Federal, Crimes da Ditadura Militar, p. 228 (expediente de prova, folha 14425).

⁶² MARKUN, Paulo. *Meu querido Vlado*. A história de Vladimir Herzog e do sonho de uma geração, p. 111 a 137 (expediente de prova, folhas 8782 a 8795).

⁶³ Relatório da Comissão Nacional da Verdade (expediente de prova, folha 3251).

⁶⁴ Relatório da Comissão Nacional da Verdade (expediente de prova, folhas 3141 e 3250).

⁶⁵ Relatório da Comissão Nacional da Verdade (expediente de prova, folha 3123).

⁶⁶ Ministério Público Federal, Crimes da Ditadura Militar, p. 76 e 77 (expediente de prova, folhas 14273 e 14274).

a fim de prestar declaração testemunhal. Após a intervenção da direção do canal, as forças de segurança aceitaram notificar o senhor Herzog para que “voluntariamente” depusesse na manhã do dia seguinte.⁶⁷

122. Vladimir Herzog se apresentou na sede do DOI/CODI na manhã do sábado, 25 de outubro, voluntariamente.⁶⁸ Ao chegar, foi privado de sua liberdade, interrogado e torturado. O jornalista Rodolfo Osvaldo Konder, que, na data em questão, já se encontrava detido no DOI/CODI, registrou:

No sábado pela manhã percebi que Vladimir Herzog tinha chegado [...]. Ao meu lado estava sentado George Duque Estrada, do “Estado de São Paulo”, e eu comentei com ele que Vladimir Herzog estava ali presente. [...] Algum tempo depois, Vladimir foi retirado da sala. Nós continuamos sentados lá no banco, até que veio um dos interrogadores, levou a mim e ao Duque Estrada a uma sala de interrogatório [...]. Vladimir estava lá, sentado numa cadeira, com o capuz enfiado. Assim que entramos na sala, o interrogador mandou que tirássemos os capuzes, por isso nós vimos que era Vladimir, e vimos também o interrogador [...]. Tanto eu como Duque Estrada, de fato, aconselhamos Vladimir a dizer o que sabia [...]. Vladimir disse que não sabia de nada e nós dois fomos retirados da sala e levados de volta ao banco de madeira onde nos encontrávamos, na sala contígua. De lá, podíamos ouvir nitidamente os gritos, primeiro do interrogador e depois de Vladimir e ouvimos quando o interrogador pediu que lhe trouxessem a “pimentinha”⁶⁹ e solicitou ajuda de uma equipe de torturadores. Alguém ligou o rádio, e os gritos de Vladimir se confundiam com o som do rádio [...]. [...] naquele momento Vladimir estava sendo torturado e gritava. A partir de determinado momento, o som da voz de Vladimir se modificou, como se tivessem introduzido alguma coisa em sua boca [...], como se lhe tivessem posto uma mordacha. Mais tarde os ruídos cessaram. Depois do almoço, [...] o mesmo interrogador veio [...] me apanhar pelo braço e me levar até a sala onde se encontrava Vladimir, permitindo mais uma vez que eu tirasse o capuz. Vladimir estava sentado na mesma cadeira, [...] mas agora me parecia particularmente nervoso.⁷⁰

⁶⁷ Direito à Memória e à Verdade: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (expediente de prova, folha 406); MARKUN, Paulo. *Meu querido Vlado*. A história de Vladimir Herzog e do sonho de uma geração, p. 132 a 133 (expediente de prova, folha 8793).

⁶⁸ Direito à Memória e à Verdade: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (expediente de prova, folha 406); Relatório da Comissão Nacional da Verdade (expediente de prova, folha 3299); MARKUN, Paulo. *Meu querido Vlado*. A história de Vladimir Herzog e do sonho de uma geração, p. 133 (expediente de prova, folha 8793).

⁶⁹ Dá-se o nome de “pimentinha” a uma máquina de choques elétricos, comumente conhecida na América Latina como “bastão elétrico”.

⁷⁰ Processo nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal de São Paulo, Volume 2, folha 280, declarações de Rodolfo Osvaldo Konder, de 7 de novembro de 1975 (expediente de prova, folhas 3965 a 3967); MARKUN, Paulo. *Meu*

123. Na tarde desse mesmo dia, Vladimir Herzog foi assassinado pelos membros do DOI/CODI que o mantinham preso. Segundo perícia da Comissão Nacional da Verdade, determinou-se que foi estrangulado.⁷¹ Vladimir Herzog tinha 38 anos.

124. Nesse mesmo dia, o Comando do II Exército, mediante comunicado, divulgou publicamente a versão oficial dos fatos. Afirmou que Vladimir Herzog se suicidara, enforcando-se com uma tira de pano. O comunicado informava que Herzog havia sido convidado a comparecer, já que fora citado por Konder e Duque Estrada como militante do PCB. Segundo essa versão, durante uma acareação com os jornalistas mencionados, Herzog teria confessado sua participação no partido, e teria feito, inclusive, uma declaração por escrito.⁷² Finalmente, o comunicado afirmou que uma perícia técnica teria confirmado a morte por suicídio.⁷³

125. O assassinato de Vladimir Herzog causou grande comoção na sociedade brasileira. Sucederam-se vários dias de greves estimuladas tanto pelo sindicato de jornalistas como por estudantes e professores universitários.⁷⁴ Milhares de pessoas participaram do enterro de Vladimir Herzog.⁷⁵ Poucos dias depois de sua morte, na Catedral de São Paulo, uma missa foi rezada em sua homenagem, à qual compareceram milhares de pessoas.⁷⁶

E. Inquérito Policial Militar (IPM nº 1173-75)

126. A importante reação social à morte de Herzog fez com que, em 30 de outubro de 1975, o General Comandante do II Exército determinasse o início de um inquérito policial militar destinado a descobrir “as circunstâncias do suicídio do jornalista Vladimir Herzog”. O Inquérito Policial Militar nº 1173-75 foi presidido pelo General de Brigada Fernando Guimarães Cerqueira Lima.⁷⁷

127. O senhor Motoho Chiota, oficial que redigiu o relatório de criminalística, concluiu que a disposição do cadáver correspondia a um “quadro típico de suicídio por enforcamento”. Do mesmo modo, Arildo Viana e Harry Shibata, peritos forenses,

querido Vlado. A história de Vladimir Herzog e do sonho de uma geração, p. 134 e 135 (expediente de prova, folha 8794); Relatório da Comissão Nacional da Verdade (expediente de prova, folhas 3300, 3301 e 11097).

⁷¹ Relatório da Comissão Nacional da Verdade (expediente de prova, folha 3300).

⁷² Relatório da Comissão Nacional da Verdade (expediente de prova, folhas 1003 e 3300).

⁷³ Relatório da Comissão Nacional da Verdade (expediente de prova, folha 1004); Processo nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal de São Paulo, Volume 3, folhas 492 e 493, Nota Oficial do Comando do II Exército.

⁷⁴ Brasil. Desaparecidos Políticos, um Capítulo não Encerrado da História Brasileira. Editorial Instituto Macuco. São Paulo: 2012 (expediente de prova, folha 7245); Declaração pericial de Jhon Dinges (expediente de prova, folha 14565). Relatório da Comissão Nacional da Verdade (expediente de prova, folha 635).

⁷⁵ DANTAS, Audálio. *As duas guerras de Vlado Herzog* (expediente de prova, folhas 3825 e 3883); FIGUEIREDO, Lucas. *Lugar nenhum*: militares e civis na ocultação dos documentos da ditadura. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, p. 94 (expediente de prova, folha 8678); Relatório da Comissão Nacional da Verdade (expediente de prova, folha 635).

⁷⁶ Direito à Memória e à Verdade: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (expediente de prova, folha 406); Relatório da Comissão Nacional da Verdade (expediente de prova, folha 635 e 3300).

⁷⁷ Relatório da Comissão Nacional da Verdade (expediente de prova, folha 3300); DANTAS, Audálio. *As duas guerras de Vlado Herzog* (expediente de prova, folhas 3897 e 3898).

apresentaram um laudo de necropsia.⁷⁸ A falsidade das autópsias por parte dos próprios médicos das forças de segurança foi relatada como uma constante durante a ditadura militar brasileira.⁷⁹

128. O inquérito chegou à conclusão de que a morte de Vladimir Herzog ocorreu por suicídio mediante enforcamento. Desse modo, foi legitimada a versão oficial da época.⁸⁰ Assim, e considerando que não havia violação do código penal militar nem do regulamento militar, as investigações foram arquivadas. Essa decisão foi confirmada em 12 de fevereiro de 1976 pela Justiça Militar.⁸¹

129. Em 9 de dezembro de 1975, o atestado de óbito de Vladimir Herzog foi emitido, consignando como *causa mortis* “asfixia mecânica por enforcamento”.⁸²

F. Ação Declaratória nº 136-76

130. Em 19 de abril de 1976, Clarice, Ivo e André Herzog apresentaram uma Ação Declaratória à Justiça Federal de São Paulo⁸³ para declarar a responsabilidade da União Federal⁸⁴ pela detenção arbitrária, tortura e morte de Vladimir Herzog.⁸⁵

131. Em 2 de julho de 1976, a União apresentou sua defesa,⁸⁶ e, em 16 de março de 1978, o Juiz Federal rechaçou suas questões preliminares.⁸⁷ Em 16 de maio de 1978, a audiência de instrução foi realizada.⁸⁸ Nessa audiência, o senhor Harry Shibata declarou que, apesar de ter assinado o laudo de necropsia de Herzog, nunca tinha visto seu corpo.⁸⁹ Por sua vez, o jornalista Paulo Sérgio Markun declarou que

⁷⁸ Relatório da Comissão Nacional da Verdade (expediente de prova, folha 3300).

⁷⁹ Câmara Municipal de São Paulo. CPI – Perus/Desaparecidos. In: *Vala clandestina de Perus: Desaparecidos Políticos, um Capítulo não Encerrado da História Brasileira*. São Paulo: Instituto Macuco, 2012, folha 172 (expediente de prova, folha 3535); Declaração pericial em audiência de Sergio Suiama; Ministério Público Federal, Crimes da Ditadura Militar, p. 116 (expediente de prova, folha 14313).

⁸⁰ DANTAS, Audálio. *As duas guerras de Vlado Herzog* (expediente de prova, folha 3897); Processo nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal de São Paulo, Volume 1, folha 129, Parecer do Ministério Público Militar solicitando o arquivamento, de 12 de fevereiro de 1976 (expediente de prova, folha 4249); Processo nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal de São Paulo, Volume 1, folha 130/132, Decisão de arquivamento do Inquérito Policial Militar, de 8 de março de 1976 (expediente de prova, folhas 4252 a 4255); Relatório da Comissão Nacional da Verdade (expediente de prova, folha 3300); MARKUN, Paulo. *Meu querido Vlado*. A história de Vladimir Herzog e do sonho de uma geração, p. 112 (expediente de prova, folha 8783); Direito à Memória e à Verdade: Comissão Especial sobre os Mortos e Desaparecidos Políticos, p. 408 (expediente de prova, folha 406).

⁸¹ Processo nº 2008.61.81.013434-2, Justiça Federal de São Paulo, Volume 1, folha 129, Parecer do Ministério Público Militar solicitando o arquivamento, de 12 de fevereiro de 1976 (expediente de prova, folha 4249).

⁸² Processo nº 2008.61.81.013434-2, folha 629, Atestado de óbito de Vladimir Herzog, de 9 de dezembro de 1975 (expediente de prova, folha 4210).

⁸³ Declaração em audiência de Clarice Herzog.

⁸⁴ A expressão “União” ou “União Federal” é sinônima de governo federal no Brasil.

⁸⁵ Processo nº 2008.61.81.013434-2, folhas 326, 328 e 333 (expediente de prova, folhas 4256 a 4272); Petição Inicial da Ação Declaratória nº 136/76, de 19 de abril de 1976 (expediente de prova, folha 4272).

⁸⁶ Processo nº 2008.61.81.013434-2, folhas 88-123 (expediente de prova, folhas 4274-4309).

⁸⁷ Processo nº 2008.61.81.013434-2, folhas 268-270 (expediente de prova, folhas 4311-4313).

⁸⁸ Processo nº 2008.61.81.013434-2, folhas 431/452, Audiência de Instrução e Julgamento na Ação Declaratória nº 136/76, de 16 de maio de 1978 (expediente de prova, folha 4333).

⁸⁹ Processo nº 2008.61.81.013434-2, folha 441, Declaração de Harry Shibata na Ação Declaratória nº 136/76, de 16 de maio de 1978 (expediente de prova, folha 4158); Processo nº 2008.61.81.013434-2, folha 431/452, Audiência de Instrução e Julgamento na Ação Declaratória nº 136/76, de 16 de maio de 1978 (expediente de prova, folha 4342).

seus depoimentos no âmbito do inquérito policial militar haviam sido manipulados.⁹⁰ Finalmente, Rodolfo Konder declarou que conseguiu ouvir claramente os gritos do senhor Herzog enquanto era torturado por militares do DOI/CODI.⁹¹

132. Em 27 de outubro de 1978, o Juiz Federal Márcio José de Moraes proferiu sentença na qual declarou que Vladimir Herzog havia morrido de causas não naturais quando estava no DOI/CODI/SP. O juiz salientou que não havia razão para que Herzog tivesse com ele um cinto, porque sua roupa era inteiriça. Também se referiu à ilegalidade da detenção de Vladimir Herzog bem como à prova da tortura que sofreu.⁹²

133. O juiz afirmou que o relatório complementar (cuja conclusão principal foi a “ocorrência de suicídio por suspensão”) não tinha valor porque esse documento havia sido elaborado com base no relatório de necropsia, comprovadamente falsificado. Além disso, observou que os depoimentos reunidos durante a investigação do Exército, favoráveis à versão da União Federal, não foram repetidos durante o julgamento e tampouco tinham valor probatório, porque se contrapunham, por completo aos depoimentos colhidos judicialmente, segundo o princípio do contraditório.⁹³ Assim, a União Federal não conseguiu comprovar sua versão sobre o suicídio de Herzog.

134. Por outro lado, o juiz concluiu que houve crime de abuso de autoridade, assim como de tortura praticada contra Vladimir Herzog e os demais presos políticos que estavam detidos no DOI/CODI, razão pela qual solicitou o envio do expediente ao Procurador da Justiça Militar.⁹⁴

135. Contra essa sentença, a União interpôs um recurso de apelação, em 17 de novembro de 1978.⁹⁵ Em 1983, o Tribunal Federal de Recursos declarou a existência de uma relação jurídica entre os atores da ação declaratória e a União, que consistia na obrigação desta última de indenizar pelos danos decorrentes da morte de Herzog, e salientou que esses danos deveriam ser reclamados por meio de uma ação de indenização. Contra essa decisão, a União interpôs um recurso de Embargos Infringentes.⁹⁶ Em 18 de maio de 1994, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região negou o recurso,⁹⁷ e a decisão se tornou definitiva em 27 de setembro de 1995.

⁹⁰ Processo nº 2008.61.81.013434-2, folhas 431/452, Audiência de Instrução e Julgamento na Ação Declaratória nº 136/76, de 16 de maio de 1978 (expediente de prova, folha 4349 a 4351); Processo nº 2008.61.81.013434-2, folha 448, Declaração de Paulo Sérgio Markun na Ação Declaratória nº 136/76, de 16 de maio de 1978 (expediente de prova, folhas 4362 a 4366).

⁹¹ Relatório da Comissão Nacional da Verdade (expediente de prova, folhas 3300 e 3301).

⁹² Processo nº 2008.61.81.013434-2, Sentença na Ação Declaratória nº 136/76, 27 de outubro de 1978 (expediente de prova, folhas 4074 a 4090).

⁹³ Processo nº 2008.61.81.013434-2, Sentença na Ação Declaratória nº 136/76, 27 de outubro de 1978 (expediente de prova, folhas 4083 a 4091).

⁹⁴ Processo nº 2008.61.81.013434-2, Sentença na Ação Declaratória nº 136/76, 27 de outubro de 1978 (expediente de prova, folhas 4028 a 4094).

⁹⁵ Processo nº 2008.61.81.013434-2, folhas 725-743, Recurso da União Federal, 17 de novembro de 1978 (expediente de prova, folhas 4377 a 4396).

⁹⁶ Os embargos infringentes são um recurso exclusivo da defesa, que se fundamenta na falta de unanimidade na decisão colegiada. Ele também questiona pontos específicos em que houve discordância. Vale destacar que somente os itens que constam dos embargos poderão ter seus efeitos suspensos ou reapreciados: o restante da decisão permanece inalterado.

⁹⁷ Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Sentença de “Embargos Infringentes” nº 89.03.7264-2, de 18 de maio de 1994 (expediente de prova, folha 4315 a 4328).

G. Sobre a Lei de Anistia

136. Em 28 de agosto de 1979, o General João Baptista Figueiredo sancionou a Lei de Anistia nº 6683/79, que concedeu anistia nos seguintes termos:⁹⁸

Art. 1º – É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

§1º – Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

§2º – Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal.

137. Em 29 de abril de 2010, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por sete votos a dois, que a Lei de Anistia era compatível com a Constituição brasileira de 1988, reafirmando sua vigência. Essa decisão tem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante a respeito de todos os órgãos do poder público.⁹⁹

138. Esta Corte já se manifestou sobre a mencionada lei na sentença proferida no caso *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*:

Em virtude dessa lei, até esta data, o Estado não investigou, processou ou sancionou penalmente os responsáveis pelas violações de direitos humanos cometidas durante o regime militar, inclusive as do presente caso. Isso se deve a que “a interpretação [da Lei de Anistia] absolve automaticamente todas as violações de [d]ireitos [h]umanos que tenham sido perpetradas por agentes da repressão política”.¹⁰⁰

[...]

Dada sua manifesta incompatibilidade com a Convenção Americana, as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos

⁹⁸ Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979 (expediente de prova, folha 6825); Direito à Memória e à Verdade: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (expediente de prova, folha 26).

⁹⁹ *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, par. 135 e 136.

¹⁰⁰ *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, par. 135.

carecem de efeitos jurídicos. Em consequência, não podem continuar a representar um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, nem podem ter igual ou similar impacto sobre outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil.¹⁰¹

139. Em relação à decisão da ADPF nº 153, a Ordem dos Advogados do Brasil, entidade petionária dessa ação, interpôs um recurso de embargos de declaração (recurso de esclarecimento), em 16 de março de 2011. Esse recurso continua pendente de decisão ao momento de proferir a presente sentença e a Lei nº 6.683/79 continua sendo aplicada pelo Poder Judiciário.

H. Inquérito Policial nº 487/92 (Justiça Estadual de São Paulo)

140. Em princípios de 1992, foi publicada uma entrevista na revista semanal “Isto é, Senhor”, na qual Pedro Antonio Mira Grancieri, conhecido como “Capitão Ramiro”, afirmou que havia sido o único responsável pelo interrogatório de Herzog.¹⁰²

141. Em virtude disso, em 27 de abril de 1992, o senhor Hélio Bicudo, então Deputado Federal, solicitou ao Ministério Público (MP) que investigasse a participação de Mira Grancieri na morte de Vladimir Herzog.¹⁰³ Em 4 de maio de 1992, o Ministério Público solicitou à polícia a abertura de um inquérito policial, e que Mira Grancieri fosse submetido a reconhecimento pessoal por parte de testemunhas.¹⁰⁴

142. Não obstante o avanço das investigações, em 21 de julho de 1992, Mira Grancieri interpôs um *habeas corpus* a seu favor, alegando que os fatos já tinham sido analisados pelo inquérito militar arquivado, que a justiça ordinária não tinha competência para analisar os fatos e que a Lei de Anistia impedia a investigação dos fatos.¹⁰⁵

143. Em 13 de outubro de 1992, a Quarta Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, por votação unânime, concedeu o *habeas corpus* e encerrou a investigação em cumprimento à Lei de Anistia.¹⁰⁶

¹⁰¹ *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, par. 174.

¹⁰² Revista “Isto é, Senhor”, reportagem “Eu, Capitão Ramiro, interroguei Herzog”, edição de 25 de março de 1992 (expediente de prova, folha 4127 a 4131); Processo nº 2008.61.81.013434-2, folhas 974/982, Representação de Hélio Bicudo, de 27 de abril de 1992 (expediente de prova, folha 4439).

¹⁰³ Processo nº 2008.61.81.013434-2, folhas 974/982, Representação de Hélio Bicudo, de 27 de abril de 1992 (expediente de prova, folha 4439/4447).

¹⁰⁴ Processo nº 2008.61.81.013434-2, folhas 1151, Solicitação do Ministério Público para abertura de Inquérito Policial, de 4 de maio de 1992 (expediente de prova, folhas 4448 a 4450).

¹⁰⁵ *Habeas corpus* em favor de Pedro Antônio Mira Grancieri, nº 131.798/3-4-SP, de 21 de julho de 1992, j. 13/10/92, 4ª Câmara Criminal, Processo nº 2008.61.81.013434-2, folhas 1191-1198 (expediente de prova, folhas 4478 a 4485).

¹⁰⁶ Acordo em julgamento de *habeas corpus*, de 13 de outubro de 1992 (expediente de prova, folhas 4478 a 4485 e 13742 a 13749); Declaração em audiência de Marlon Weichert.

144. Em 28 de janeiro de 1993, o Procurador-Geral de São Paulo apelou da decisão, fundamentando seu recurso em que os inquiridos policiais não podiam ser paralisados por meio do *habeas corpus*.¹⁰⁷

145. No entanto, em 18 de agosto de 1993, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) confirmou a decisão de primeira instância. Os magistrados sustentaram que não haviam sido cumpridos requisitos formais processuais e indeferiram o recurso.¹⁰⁸

I. Reconhecimento de responsabilidade por meio da Lei nº 9.140/1995

146. Em 4 de dezembro de 1995, foi promulgada a Lei nº 9.140/1995, mediante a qual o Estado reconheceu sua responsabilidade, entre outros, pelo “assassinato de opositores políticos” no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979.

147. A Lei também criou a Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP). Entre as atribuições dessa Comissão se encontrava a de proceder ao reconhecimento de pessoas: a) que, por haver participado de atividades políticas, ou por haver sido acusadas de participação nessas atividades, tenham falecido por causas não naturais, em dependências policiais os similares; b) que tenham falecido em virtude de repressão policial sofrida em manifestações públicas ou em conflitos armados com agentes do poder público; e c) que tenham falecido em consequência de suicídio praticado ante a iminência de serem detidas ou em consequência de sequelas psicológicas resultantes de atos de tortura praticados por agentes do poder público.

148. Do mesmo modo, a Lei nº 9.140/95 determinou a possibilidade de conceder uma reparação pecuniária aos familiares dos mortos e desaparecidos políticos, no âmbito da Comissão Especial. Para esses fins, estabeleceu uma fórmula matemática e dispôs um montante mínimo de ressarcimento de R\$ 100.000 reais.¹⁰⁹

149. Com base nessa lei, Clarice Herzog solicitou o reconhecimento de que Vladimir Herzog havia sido assassinado e torturado no DOI/CODI de São Paulo. Sua moção foi aprovada em abril de 1996,¹¹⁰ e, por esta razão, recebeu, em 1997, uma indenização de R\$ 100.000 reais (equivalentes a aproximadamente US\$ 100.000 da época).¹¹¹

150. Posteriormente, essa Comissão publicou, no ano de 2007, um livro denominado “Direito à Memória e à Verdade”, no qual analisou o contexto geral no qual ocorreu a última ditadura brasileira e também casos de vítimas concretas do terrorismo de Estado, entre elas Vladimir Herzog.¹¹²

¹⁰⁷ Processo nº 2008.61.81.013434-2, folha 1208, Recurso Especial contra a Sentença de *habeas corpus*, de 28 de janeiro de 1993 (expediente de prova, folhas 4487 a 4497).

¹⁰⁸ Processo nº 2008.61.81.013434-2, folha 1232/1242, Sentença do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 33.782-7-SP, de 18 de agosto de 1993 (expediente de prova, folhas 4499 a 4509).

¹⁰⁹ Lei nº 9.140, de 4 de dezembro de 1995 (expediente de prova, folhas 13724 a 13727).

¹¹⁰ Cópia de Extrato da 6ª Reunião Ordinária da Comissão Especial de Desaparecidos Políticos, publicado no Boletim Oficial em 11 de abril de 1996 (expediente de prova, folha 13729); Declaração em audiência de Clarice Herzog.

¹¹¹ Decreto nº 2.255, de 16 de junho de 1997 (expediente de prova, folha 13732).

¹¹² *Direito à Memória e à Verdade: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos* (expediente de prova, folhas 1 a 499); Declaração em audiência de Clarice Herzog.

151. Com respeito a Vladimir Herzog, esta Comissão concluiu que:

O caso de Vladimir Herzog produziu uma comoção nacional que fez mudar a atitude da sociedade civil frente às torturas praticadas contra presos políticos.

[...] A morte de Vladimir Herzog ocorreu quando a censura à imprensa começava a ser abrandada e os cidadãos perdiam o medo de discordar e protestar. A repercussão das denúncias trouxe profundos danos à credibilidade do regime militar e permitiu que explodisse um forte sentimento de indignação em todos os meios capazes de formar opinião. A falsidade do alegado suicídio já ficou patente nas próprias fotos que mostravam o jornalista enforcado nas dependências do DOI-CODI paulista, onde tinha se apresentado para depor, atendendo a uma intimação recebida na véspera.

[...] Vladimir Herzog entrou na lista dos visados pelos órgãos de repressão por ser suspeito de integrar o PCB. Foi convocado e compareceu voluntariamente ao DOICODI/SP, na rua Tutóia, bairro do Paraíso, às 8 horas da manhã do dia 25/10/1975. No mesmo dia, por volta de 15 horas, teria sido encontrado morto por seus carcereiros e algozes, enforcado com o cinto do macacão de presidiário, mais uma vez com os pés apoiados no chão, em suspensão incompleta. Seus companheiros de prisão foram unânimes em declarar que o macacão obrigatório para todos eles não possuía cinto.

Essa farsa terminou de ser desmascarada quando se tornaram públicos os depoimentos de George Duque Estrada e Leandro Konder, jornalistas presos no mesmo local, que testemunharam ter ouvido os gritos de Herzog sendo torturado. Evidências inquestionáveis da tortura tinham sido identificadas pelo comitê funerário judaico, responsável pela preparação do corpo para o sepultamento. Por essa razão, Herzog não foi enterrado na área do cemitério destinada aos suicidas, conforme preceitos religiosos do Judaísmo. Por fim, as afirmações contraditórias dos médicos legistas Harry Shibata, Arildo de Toledo Viana e Armando Canger Rodrigues, durante a ação judicial movida pela família, também contribuíram para desmontar a versão de suicídio. Ao receberem a notícia da morte, jornalistas paralisaram muitas redações em São Paulo, sendo que os responsáveis pelas empresas precisaram negociar para que os profissionais garantissem a edição do dia seguinte. O Sindicato dos Jornalistas declarou vigília permanente e foi convocada uma celebração religiosa na Catedral da Sé, que o então comandante do II Exército, general Ednardo D'Ávila Melo, tentou impedir fechando as avenidas que conduziam ao centro

de São Paulo. Mesmo assim, milhares de pessoas se aglutinaram no templo superlotado, extravasando para uma parte da praça, durante o culto ecumênico concelebrado pelo cardeal Dom Paulo Evaristo Arns, pelo rabino Henry Sobel e pelo reverendo Jaime Wright, irmão do desaparecido político Paulo Stuart Wright.

Em 1978, uma decisão judicial declarou a União responsável por sua morte. A partir disso, a tramitação do processo referente a Herzog na CEMDP não teve qualquer controvérsia ou percalço, sendo o requerimento aprovado por unanimidade logo nos primeiros meses de funcionamento da Comissão Especial. Lamentavelmente, o Relatório do Ministério da Marinha, apresentado ao ministro da Justiça Maurício Corrêa, em 1993, quando o Estado Democrático de Direito já completava cinco anos de vigência plena em nosso país, preferiu manter-se fiel à versão dos porões do regime ditatorial: “suicidou-se em 25 de outubro de 1975, por enforcamento, no interior da cela que ocupava no DOI-Codi do II Exército, segundo apurado em IPM e laudos elaborados pelos órgãos competentes da Secretaria de Segurança Pública de São Paulo”.

Em 1979, em homenagem a Vlado – como era conhecido pelos seus colegas, o Sindicato dos Jornalistas Profissionais no Estado de São Paulo criou o Prêmio Jornalístico Vladimir Herzog de Anistia e Direitos Humanos¹¹³.

J. Atuação do Ministério Público Federal (Processo nº 2008.61.81.013434-2)

152. Em razão dos fatos expostos no relatório da CEMDP, em 21 de novembro de 2007, o advogado Fábio Konder Comparato solicitou ao Ministério Público Federal que investigasse os abusos e atos criminosos contra opositores políticos do regime militar, por entender que o marco jurídico da época atribuía ao Estado a obrigação de investigar e punir os crimes contra a humanidade que tivessem sido cometidos.¹¹⁴

153. A solicitação foi inicialmente analisada por membros do Ministério Público Federal, sem prerrogativa penal. A Procuradora da República Eugenia Augusta Gonzaga Favero e o Procurador Regional da República Marlon Alberto Weichert solicitaram, em 5 de março de 2008, que o procedimento fosse encaminhado a um dos membros do Ministério Público com atribuições penais. Nessa oportunidade, solicitaram expressamente que se investigassem os crimes contra Vladimir Herzog, sustentando que a decisão da Justiça Estadual era nula.¹¹⁵

¹¹³ Direito à Memória e à Verdade: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (expediente de prova, folhas 405 a 407).

¹¹⁴ Exposição de Fábio Konder Comparato à Procuradoria da República, São Paulo, 19 de novembro de 2007). (Expediente de prova, folhas 3521 a 3527).

¹¹⁵ Processo nº 2008.61.81.013434-2, folha 1279, Ofício nº GABPR12-EAGF/SP-000109/2008, de 5 de março de 2008 (expediente de prova, folhas 4511 a 4513).

154. Em virtude dessa petição, em 12 de setembro de 2008, o Procurador Fábio Elizeu Gaspar emitiu um despacho fundamentado, no qual solicitou ao Tribunal Federal o arquivamento do inquérito.¹¹⁶

155. Em seu despacho reconheceu que o assassinato de Vladimir Herzog tinha as características dos crimes contra a humanidade: “Sem maiores dificuldades é possível concluir que o homicídio de Vladimir Herzog preenche todas as características dos chamados crimes contra a humanidade, como tal podendo perfeitamente ser caracterizado”. Apesar disso, considerou que não havia tipificação que assim o caracterizasse.¹¹⁷

156. Além disso, o procurador considerou que a Lei de Anistia não era aplicável ao caso. Em suas palavras: “A norma é bastante clara. Concedeu-se anistia a crimes políticos, a crimes conexos a crimes políticos e a crimes eleitorais. [...] [O]bserva-se que o homicídio de Vladimir Herzog pode ser tido como crime político impróprio, jamais próprio”. Salientou também que a anistia não extinguiu a punibilidade do crime cometido.¹¹⁸ No entanto, concluiu que era impossível levar adiante a investigação penal por existir coisa julgada material¹¹⁹ e, além disso, por ter-se consumado a prescrição da pretensão punitiva,¹²⁰ sem importar se o juiz era competente ou não.¹²¹

157. Com respeito à prescrição da ação penal, considerou que o fato de que o Brasil seja parte no Pacto de San José não necessariamente implica a imprescritibilidade do crime no caso concreto, pois o tratado “não estabelece claramente nenhuma hipótese de imprescritibilidade para o passado”. Além disso, foi de opinião que o costume internacional “não se submete ao processo de internalização” e que a imprescritibilidade não pode ser estabelecida com base no costume internacional, pois isso seria um fator de insegurança jurídica.¹²²

158. Finalmente, entendeu que não existiria incompatibilidade alguma entre a decisão do órgão interno e as obrigações internacionais que pesam sobre o Estado, pois são dois sistemas distintos.¹²³

¹¹⁶ Processo nº 2008.61.81.013434-2, folhas 2-50, Pedido de arquivamento do Procurador Regional da República (expediente de prova, folhas 4515 a 4563).

¹¹⁷ Processo nº 2008.61.81.013434-2, Pedido de arquivamento do Procurador Regional da República (expediente de prova, folha 4541).

¹¹⁸ Processo nº 2008.61.81.013434-2, Pedido de arquivamento do Procurador Regional da República (expediente de prova, folhas 4536 a 4539).

¹¹⁹ Processo nº 2008.61.81.013434-2, Pedido de arquivamento do Procurador Regional da República (expediente de prova, folha 4525).

¹²⁰ Processo nº 2008.61.81.013434-2, Pedido de arquivamento do Procurador Regional da República (expediente de prova, folhas 4514 a 4563); Declaração em audiência de Marlon Weichert.

¹²¹ Processo nº 2008.61.81.013434-2, Pedido de arquivamento do Procurador Regional da República (expediente de prova, folhas 4527 e 4528).

¹²² Processo nº 2008.61.81.013434-2, Pedido de arquivamento do Procurador Regional da República (expediente de prova, folhas 4539 a 4561).

¹²³ Processo nº 2008.61.81.013434-2, Pedido de arquivamento do Procurador Regional da República (expediente de prova, folha 4552).

159. Diante dessa solicitação, a juíza federal interveniente, Paula Mantovani Avelino, acolheu os fundamentos do Ministério Público, entendendo que existia no caso coisa julgada material que tornava impossível a continuação das investigações por estar extinta a ação penal: “Havendo coisa julgada material, está irremediavelmente extinta a punibilidade do delito, o que, por si só, impediria a instauração de novo procedimento para investigação dos mesmos fatos”.¹²⁴ Também sustentou que os fatos ocorridos em prejuízo de Vladimir Herzog não devem ser considerados crimes contra a humanidade, uma vez que esse crime não havia sido tipificado no momento em que ocorreram os fatos. A sentença também ressaltou que “no ordenamento pátrio em vigor, não se admite criação de crime por lei delegada, medida provisória, decreto legislativo ou resolução, com muito maior razão não se pode concordar que um costume possa ser utilizado para tal fim, por mais consolidado que aquele esteja”.¹²⁵

160. Finalmente, segundo a referida juíza, a ação havia prescrito, pois, segundo sua consideração “tanto o homicídio como o genocídio, bem como a tortura [...] não são infrações imprescritíveis em face da Constituição e demais normas do ordenamento em vigor”.¹²⁶ Assim, decidiu arquivar o processo em 9 de janeiro de 2009.¹²⁷

K. Ação Civil Pública apresentada pelo Ministério Público Federal em 2008

161. Em 14 de maio de 2008, o MPF apresentou uma Ação Civil Pública (ACP) contra a União e contra os ex-comandantes do DOI/CODI/SP, Audir Santos Maciel e Carlos Alberto Brilhante Ustra. A ACP buscava: 1) que fosse declarada a existência de obrigação do Exército brasileiro de tornar pública toda a informação que tivessem com respeito às atividades desenvolvidas no DOI/CODI do II Exército, entre 1970 e 1985; 2) que fosse declarada a omissão da União em promover as medidas necessárias para a reparação de danos que apoiou o pagamento das indenizações previstas na Lei nº 9.140/95; 3) a declaração de responsabilidade dos ex-comandantes; e 4) a condenação dos mencionados ex-comandantes a diversas reparações e à perda de funções públicas.¹²⁸

162. Em 5 de maio de 2010, a 8ª Vara Federal de São Paulo, em conformidade com a Lei de Anistia, declarou improcedente a ACP, argumentando falta de idoneidade

¹²⁴ Processo nº 2008.61.81.013434-2, Decisão da Juíza Federal, de 9 de janeiro de 2009 (expediente de prova, folha 4574).

¹²⁵ Processo nº 2008.61.81.013434-2, Decisão da Juíza Federal, de 9 de janeiro de 2009 (expediente de prova, folha 4577).

¹²⁶ Processo nº 2008.61.81.013434-2, Decisão da Juíza Federal, de 9 de janeiro de 2009 (expediente de prova, folha 4581).

¹²⁷ Processo nº 2008.61.81.013434-2, Decisão da Juíza Federal, de 9 de janeiro de 2009 (4565 a 4581); Processo nº 2008.61.81.013434-2, Procedimento de Investigação do MPF (expediente de prova, folhas 6641 a 6657).

¹²⁸ Petição Inicial da Ação Civil Pública nº 2008.61.00.011414-5, de 14 de maio de 2008 (expediente de prova, folhas 4583 a 4656); Cópia dos autos da Ação Civil Pública nº 2008.61.00.011414-5 (expediente de prova, folhas 8930/10336); Declaração em audiência de Marlon Weichert.

do recurso.¹²⁹ O tribunal considerou que a ação interposta pelo MPF não podia ter como efeito a imposição de obrigações “de fazer”, nem tampouco de produzir efeitos típicos e próprios do *habeas data*.¹³⁰

163. Com respeito à aplicabilidade da lei de anistia, o tribunal fundamentou sua determinação na decisão do STF na ADPF nº 153, argumentando que essa decisão era vinculante “para todos”. Acrescentou que a anistia “é ampla, geral e irrestrita”, motivo pelo qual extingue todas as consequências civis e penais dos fatos anistiados.¹³¹ Diante disso, o Ministério Público apresentou um recurso de apelação contra a sentença, em 25 de junho de 2010.¹³² Até a data da presente Sentença, o recurso ainda não teve solução definitiva.¹³³

L. Ações da Comissão Nacional da Verdade (CNV)

164. Em 18 de novembro de 2011, foi promulgada a Lei nº 12.528/2011, que criou a Comissão Nacional da Verdade (CNV). A CNV teve por finalidade “examinar e esclarecer graves violações de direitos humanos praticadas entre 18 de setembro de 1946 e 5 de outubro de 1988”. Suas atividades tiveram lugar de maio de 2012 a dezembro de 2014.¹³⁴

165. A mencionada Comissão levou adiante um novo exame pericial das fotografias do corpo de Vladimir Herzog. A conclusão do exame foi que as marcas em seu pescoço e tórax eram próprias de uma morte por asfixia mecânica e não por enforcamento autoinfligido. Nesse sentido, salientou: “Em setembro de 2014, a equipe de peritos da Comissão concluiu o laudo pericial indireto acerca da morte de Vladimir. Os peritos identificaram a existência de dois sulcos, ambos com reações vitais, no pescoço do jornalista. Um deles é típico de estrangulamento, enquanto o outro era característico em locais de enforcamento (ou locais preparados para simular enforcamento). A evidência de duas marcas distintas na região cervical foi determinante para os peritos criminais afirmarem que: Vladimir Herzog foi inicialmente estrangulado, provavelmente com a cinta citada pelo perito criminal, e, em ato contínuo, foi montado um sistema de força, onde uma das extremidades

¹²⁹ Processo nº 2008.61.00.011414-5. 8ª Vara Federal de São Paulo. Sentença de 5 de maio de 2010, folhas 18 e 20 (expediente de prova, folhas 4658 a 4677); Cópia dos autos da Ação Civil Pública nº 2008.61.00.011414-5 (expediente de prova, folhas 8930 a 10336).

¹³⁰ Processo nº 2008.61.00.011414-5, Sentença de 5 de maio de 2010, folhas 18 e 20 (expediente de prova, folha 4664).

¹³¹ Processo nº 2008.61.00.011414-5, Sentença de 5 de maio de 2010, folhas 18 e 20 (expediente de prova, folha 4676).

¹³² Cópia dos autos da Ação Civil Pública nº 2008.61.00.011414-5 (expediente de prova, folhas 8930 a 10336); Recurso de apelação nº 0011414-28.2008.4.03.6100, de 17 de janeiro de 2011 (expediente de prova, folhas 4679 a 4680); Processo nº 2008.61.01.00.011414-5 (expediente de prova, folha 6708); Processo nº 2008.61.00.011414-5 Ação Civil Pública, Apelação (expediente de prova, folhas 6664 a 6705).

¹³³ Consultado em: <http://www.jfsp.jus.br/foruns-federais/> em 1º de março de 2018.

¹³⁴ Brasil, Presidência da República, Lei nº 12.528, de 18 de novembro de 2011; Declaração em audiência de Marlon Weichert.

foi fixada a grade metálica de proteção da janela e, a outra, envolvida ao redor do pescoço de Vladimir Herzog, por meio de uma laçada móvel. Após, o corpo foi colocado em suspensão incompleta de forma a simular um enforcamento”.¹³⁵

166. Por esse motivo, determinou-se que a causa de morte foi homicídio por estrangulamento. Do mesmo modo, analisaram a carta que supostamente o jornalista havia escrito instantes antes de morrer e concluíram que a escrita não havia sido espontânea, mas copiada de um modelo.¹³⁶

167. Como parte de suas atribuições, a CNV solicitou a retificação da *causa mortis* registrada no atestado de óbito de Vladimir Herzog. Em 24 de setembro de 2013, o juiz interveniente ordenou que no atestado constasse que a morte de Vladimir Herzog ocorrera em consequência de lesões e maus-tratos sofridos no DOI/CODI/SP.¹³⁷ O relatório final da CNV afirmou que não havia dúvida de que Vladimir Herzog havia sido detido ilegalmente, torturado e assassinado por agentes do Estado no DOI/CODI/SP, em 25 de outubro de 1975.¹³⁸

VII. MÉRITO

168. A Corte procederá, no presente caso, a analisar a responsabilidade internacional do Estado, com base em suas obrigações internacionais oriundas da Convenção Americana e da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, a respeito da alegada falta de investigação, julgamento e eventual punição dos responsáveis pela tortura e assassinato de Vladimir Herzog. A Corte também analisará o alegado descumprimento do direito de conhecer a verdade, em virtude da divulgação da falsa versão da morte de Herzog, e da recusa por parte do Estado a entregar documentos militares, e da consequente falta de identificação dos responsáveis materiais pela morte do senhor Herzog. Por fim, a Corte determinará se houve violação do direito à integridade pessoal dos familiares de Vladimir Herzog, em razão da falta de investigação e punição dos responsáveis.

¹³⁵ Relatório da Comissão Nacional da Verdade (expediente de prova, folha 3301).

¹³⁶ Comissão Nacional da Verdade, *Lauda Pericial Indireto produzido em decorrência da morte de Vladimir Herzog*, 29 de setembro de 2014 (expediente de prova, folhas 6745 e 6746).

¹³⁷ Cópia do Registro de Óbito retificado de Vladimir Herzog (expediente de prova, folhas 13734 e 13735); Cópia da sentença proferida nos autos nº 0046690-64.2012.8.26.0100 (expediente de prova, folhas 13737 a 13740); Declaração em audiência de Clarice Herzog.

¹³⁸ Relatório da Comissão Nacional da Verdade (expediente de prova, folha 3301).

VII-1
DIREITO ÀS GARANTIAS JUDICIAIS E À PROTEÇÃO JUDICIAL
(ARTIGOS 8¹³⁹ E 25,¹⁴⁰ EM RELAÇÃO AOS ARTIGOS 1.1¹⁴¹ E 2¹⁴² DA
CONVENÇÃO AMERICANA, E AOS ARTIGOS 1,¹⁴³ 6¹⁴⁴ E 8¹⁴⁵ DA CONVENÇÃO
INTERAMERICANA PARA PREVENIR E PUNIR A TORTURA)

¹³⁹ Artigo 8. Garantias judiciais. "1. 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. 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. 3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza. 4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça".

¹⁴⁰ Artigo 25. Proteção judicial. "1. 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. 2. Os Estados Partes comprometem-se: a. a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso; b. a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e c) a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso".

¹⁴¹ Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos. "1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social."

¹⁴² Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno. "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."

¹⁴³ Artigo 1. "Os Estados Partes obrigam-se a prevenir e a punir a tortura, nos termos desta Convenção."

¹⁴⁴ Artigo 6. "Em conformidade com o disposto no artigo 1, os Estados Partes tomarão medidas efetivas a fim de prevenir e punir a tortura no âmbito de sua jurisdição. Os Estados Partes assegurar-se-ão de que todos os atos de tortura e as tentativas de praticar atos dessa natureza sejam considerados delitos em seu direito penal, estabelecendo penas severas para sua punição, que levem em conta sua gravidade. Os Estados Partes obrigam-se também a tomar medidas efetivas para prevenir e punir outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, no âmbito de sua jurisdição."

¹⁴⁵ Artigo 8. "Os Estados Partes assegurarão a qualquer pessoa que denunciar haver sido submetida a tortura, no âmbito de sua jurisdição, o direito de que o caso seja examinado de maneira imparcial. Quando houver denúncia ou razão fundada para supor que haja sido cometido ato de tortura no âmbito de sua jurisdição, os Estados Partes garantirão que suas autoridades procederão de ofício e imediatamente à realização de uma investigação sobre o caso e iniciarão, se for cabível, o respectivo processo penal. Uma vez esgotado o procedimento jurídico interno do Estado e os recursos que este prevê, o caso poderá ser submetido a instâncias internacionais, cuja competência tenha sido aceita por esse Estado."

A. Alegações das partes e da Comissão

169. A *Comissão* alegou que a detenção, tortura e assassinato de Vladimir Herzog teve lugar no âmbito de graves violações de direitos humanos ocorridas durante a ditadura militar brasileira e, de maneira particular, dentro de um reconhecido padrão sistemático de ações repressivas contra o Partido Comunista Brasileiro (PCB). Salientou que a medida se destinava a punir a suposta militância e as opiniões políticas do jornalista e teve efeito amedrontador e intimidatório para outros jornalistas críticos do regime militar.

170. Considerou que a impunidade e a ocultação da verdade neste caso tiveram efeitos prejudiciais no exercício do direito à liberdade de expressão em geral e no direito à informação no país. No entender da Comissão, cercear a liberdade de expressão foi um objetivo particular da repressão militar em todos os países do Cone Sul, mediante a cooptação e controle direto de meios de comunicação, bem como da implementação de violência contra jornalistas independentes e críticos do regime, o que se traduziu em numerosos casos de prisão, tortura e assassinato.

171. A Comissão recordou que, em casos de tortura, o Estado deve iniciar uma investigação de ofício e com a devida diligência, a qual deve ser levada a cabo por autoridades independentes, que não devem ter nenhuma conexão hierárquica ou institucional com os acusados.

172. Em relação a esse tema, afirmou que o Estado descumpriu seu dever de investigar com a devida diligência os fatos violatórios dos direitos humanos de Vladimir Herzog. No seu entender, a investigação sobre a morte de Herzog, que teve lugar na jurisdição militar, em 1975, impediu o esclarecimento dos fatos e violou o direito dos familiares da vítima de conhecer a verdade sobre o ocorrido.

173. A Comissão Interamericana reconheceu que, após a transição para a democracia, o Estado brasileiro adotou ações que contribuíram para o esclarecimento da verdade histórica da detenção ilegal, tortura e morte do jornalista Vladimir Herzog. Não obstante, a “verdade histórica” constante dos relatórios produzidos pelas comissões da verdade não preenche ou substitui a obrigação do Estado de assegurar a determinação judicial de responsabilidades individuais ou estatais, por meio dos processos pertinentes, motivo pelo qual é obrigação do Estado iniciar e impulsionar investigações penais para determinar as respectivas responsabilidades, em conformidade com os artigos 1.1, 8 e 25 da Convenção.

174. A Comissão salientou que, no presente caso, o poder judiciário brasileiro validou a interpretação da Lei nº 6.683/79 (Lei de Anistia). Em virtude disso, a Comissão considerou que as autoridades jurisdicionais que participaram da investigação da detenção arbitrária, tortura e assassinato de Vladimir Herzog impediram a identificação, julgamento e eventual punição dos responsáveis, e não exerceram o devido controle de convencionalidade a que estavam obrigadas após a ratificação da Convenção Americana, em conformidade com as obrigações internacionais do Brasil decorrentes do Direito Internacional.

175. Além disso, a Comissão recordou que a aplicação de leis de anistia ou outras que eximem de responsabilidade e impedem o acesso à justiça em casos

de graves violações de direitos humanos gera um duplo dano. Por um lado, torna ineficaz a obrigação dos Estados de respeitar os direitos e liberdades reconhecidos na Convenção Americana e de garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa sujeita à sua jurisdição, sem discriminação de nenhuma natureza. Por outro lado, impede o acesso a informação sobre os fatos e circunstâncias que cercaram a violação de um direito fundamental, e elimina a medida mais efetiva para a vigência dos direitos humanos, qual seja, o julgamento e a punição dos responsáveis, porquanto impede que se coloquem em prática os recursos judiciais da jurisdição interna.

176. Salientou que, no ano de 2009, um Juízo Federal determinou o arquivamento da investigação sobre os fatos do presente caso, ao considerar que o encerramento ordenado previamente pelos tribunais estaduais, em 1993, em aplicação da Lei de Anistia, adquirira força de coisa julgada. Assim, a Comissão entendeu que, dada sua manifesta incompatibilidade com a Convenção Americana, a interpretação e aplicação da Lei de Anistia neste caso teve como propósito afastar os supostos responsáveis da ação da justiça e deixar o crime cometido contra o jornalista Vladimir Herzog na impunidade. Salientou também que, neste caso, o Estado não pode se servir do princípio de *ne bis in idem* para não cumprir suas obrigações internacionais.

177. Com respeito à suposta violação do princípio de legalidade, a Comissão afirmou que a abertura de uma investigação neste caso não gera violação alguma ao princípio de legalidade porque, no momento em que os fatos ocorreram, o Direito Internacional reconhecia como princípios gerais a imprescritibilidade dos crimes de guerra e contra a humanidade.

178. Por tudo o que foi exposto anteriormente, a Comissão concluiu que a falta de investigação dos fatos, bem como do julgamento e punição dos responsáveis, violou os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial previstos nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento, e também em relação aos artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em detrimento de Clarice (esposa), André e Ivo (filhos) e Zora (mãe, falecida em 2006), todos de sobrenome Herzog.

179. Em primeiro lugar, os *Representantes* consideraram que a responsabilidade do Brasil no presente caso se vê agravada por tratar-se de um crime contra a humanidade, já que a detenção arbitrária, tortura e morte de Vladimir Herzog não foi um fato isolado, mas ocorreu num contexto de violência massiva e sistemática contra aqueles que eram considerados opositores políticos do regime militar.

180. Os representantes destacaram que é dever do Estado investigar possíveis atos de tortura ou outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, obrigação que persiste ainda nos casos em que os fatos ocorreram antes da aceitação da competência da Corte por parte do Estado.

181. Afirmaram que, apesar da ocorrência de diferentes procedimentos no âmbito interno até esta data, o Estado não garantiu uma tutela judicial efetiva para investigar e estabelecer toda a verdade sobre as circunstâncias da detenção arbitrária, tortura e morte de Vladimir Herzog, e identificar e punir os responsáveis.

182. Afirmaram que não foi realizada uma investigação efetiva no âmbito penal, porque o único meio idôneo para isso, o processo judicial penal perante a autoridade competente da Justiça Federal Comum, foi obstaculizado pela coisa julgada e pela prescrição, antes inclusive do início efetivo das investigações. A tentativa anterior perante os órgãos que não tinham competência para atuar na causa foi prematuramente frustrada.

183. Com respeito à Lei de Anistia, destacaram que sua interpretação continuou por décadas, e que permite às autoridades esquivar-se do dever de investigar de ofício os fatos constitutivos de graves violações de direitos humanos, como a tortura. No caso de Vladimir Herzog, a Lei de Anistia foi aplicada concretamente em 1992, o que posteriormente fez com que, em 2008, a petição do Ministério Público Federal (MPF) fosse arquivada. Do mesmo modo, a anistia produziu efeitos na ação civil pública interposta pelo MPF. Salientaram que esses fatos já estariam dentro da competência temporal da Corte.

184. Os representantes sustentaram que o Estado utilizou a figura da coisa julgada material, supostamente produzida pela decisão de 1993, para evitar a investigação e punição dos responsáveis. Esse foi o principal argumento para o arquivamento das investigações iniciadas em 2008 perante a Justiça Federal. Nesse sentido, afirmaram que o princípio de *ne bis in idem* não é um direito absoluto e é inaplicável quando obedece ao propósito de subtrair do acusado sua responsabilidade penal, ou quando não tenha sido instruído por um juiz independente e imparcial, ou quando não tenha sido realizado com a real intenção de submeter o responsável à ação da justiça.

185. Com respeito à prescrição e ao princípio de estrita legalidade, os representantes afirmaram que a proibição e a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade alcançaram o *status* de norma imperativa *jus cogens*, as quais devem ser observadas e cumpridas pela comunidade internacional dos Estados, independentemente da ratificação ou não de instrumentos que tenham validade esse conteúdo. Para os representantes, no momento dos fatos do presente caso, em 1975, a prática de tortura e de crimes contra a humanidade já era reconhecida como violatória do Direito Internacional.

186. Com respeito à demora injustificada e aos obstáculos na Ação Civil Pública, os representantes das supostas vítimas destacaram que, transcorridos mais de oito anos desde seu início, a Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal em 2008 ainda não teve uma solução de segunda instância. Ressaltaram que a ação civil pública tem caráter declaratório, com pedidos específicos baseados em prova documental apresentada no caso, e que os acusados haviam sido identificados e localizados, o que afasta a possibilidade do critério da complexidade da ação. A demora injustificada se baseia exclusivamente na conduta das autoridades judiciais que agiram com negligência e se omitiram. Esse atraso é particularmente grave, porque a ação civil pública buscava a declaração de existência da obrigação do Estado de tornar públicas todas as informações relativas às atividades levadas a cabo no DOI/CODI do Exército no período 1970/1985.

187. No que se refere à omissão estatal ante os efeitos da sentença da Corte no *Caso Gomes Lund e outros*, os representantes alegaram que, quando a Corte estabeleceu que a Lei de Anistia não pode representar um obstáculo para a investigação e punição dos responsáveis por graves violações de direitos humanos, também determinou que

a sentença teria efeitos a respeito de outros casos de graves violações ocorridos no Brasil. Apesar disso, o Estado deixou de adotar as medidas necessárias para reabrir as investigações penais de graves violações de direitos humanos, como acontece, no seu entender, no presente caso, incorrendo em responsabilidade internacional por omissão.

188. Por todo o exposto, afirmaram que o Brasil é responsável pela violação do dever de garantir o direito à liberdade de expressão em virtude da ausência de investigação, julgamento e punição dos responsáveis pelas graves violações de direitos humanos cometidas contra o jornalista Vladimir Herzog. Além disso, concluíram que, dada a impunidade dos fatos até a presente data, se caracterizou uma situação de violação permanente do dever de investigar e punir a tortura, o que redonda na violação de sua obrigação de garantir os artigos 5 e 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação aos artigos 1.1, 8 e 25 do mesmo instrumento, bem como os artigos 1, 6 e 8 da CIPST, “em prejuízo de Vladimir Herzog”.

189. Concluíram também que o Estado é responsável pela violação dos direitos previstos nos artigos 8 e 25 da Convenção, em relação aos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento, por aplicar a Lei de Anistia, a prescrição e outras disposições de direito interno que impedem a investigação e punição dos fatos denunciados. Consideraram, portanto, que ao aplicar tais disposições, os órgãos estatais privaram Vladimir Herzog da devida proteção judicial, negando a seus familiares o direito de serem ouvidos por uma autoridade competente e de que fosse realizada uma investigação diligente imparcial e efetiva.

190. Finalmente, consideraram que o Estado violou o dever de investigar, em conformidade com o disposto nos artigos 5 da Convenção e nos artigos 1, 6 e 8 da CIPST.

191. O *Estado* considerou que se devem diferenciar os artigos 8 e 25 da Convenção, pois são diferentes os direitos protegidos em cada artigo. No seu entender, o artigo 25 trata do acesso à jurisdição estatal, em relação ao momento posterior à violação de um direito da vítima, ou seja, a obrigação do Estado de conferir à vítima a possibilidade de se amparar no poder judiciário para obter o reconhecimento e a reparação de uma violação de direito humano.

192. Por sua vez, o artigo 8 da Convenção se refere à situação em que uma pessoa é sujeito passivo de um procedimento judicial, ou seja, é acusada de haver cometido um ato ilícito que, por sua vez, pode revestir natureza criminal ou civil.

193. Afirmou o Estado que as supostas vítimas jamais estiveram na condição de parte em um processo judicial relacionado ao caso em questão, motivo por que é impossível que tenham sido violados o artigo 8.1 da Convenção Americana e o artigo 8 da CIPST. Essa situação é condição necessária para a garantia desses direitos, e o Estado não pode ser punido pela violação dessas normas. Afirmou, subsidiariamente, que se for considerado que o direito às garantias judiciais abrange as garantias do devido processo legal, independentemente da qualidade da parte (autor ou réu), tampouco se verifica violação do devido processo legal no caso em exame.

194. No entender do Estado não há nenhuma dúvida sobre a competência, a independência e a imparcialidade do juiz federal que acolheu o pedido de arquivamento formulado pelo Procurador da República, no ano de 2008, razão pela qual não se pode

alegar violação do devido processo legal. No âmbito civil, o relatório da Comissão Interamericana não faz referência a nenhuma violação do devido processo legal.

195. Nesse sentido, alegou que, mesmo depois da produção de provas perante esta Corte, não ficou comprovada nenhuma violação do direito de defesa das vítimas nos processos internos em que eram partes.

196. Para o Estado, da delimitação dos fatos constante da apresentação do caso a esta Corte, infere-se que a suposta violação do artigo 25.1 da Convenção teria ocorrido somente na tramitação e conclusão dos pedidos de informação por parte do Ministério Público Federal, em 2008. Afirmou que, diferentemente do afirmado pela Comissão, o arquivamento do processo em 2008 não se deveu à aplicação da Lei de Anistia, mas sim à aplicação da coisa julgada e da prescrição.

197. Considerando os limites temporais, declarou que, embora caiba aos Estados realizar controle de convencionalidade *ex officio*, levando em conta a interpretação que este Tribunal faz da Convenção, “a decisão de 1993, que transitou em julgado, foi tomada num período anterior ao do julgamento do Caso Barrios Altos vs. Peru (2001), quando este Tribunal decidiu, de forma inovadora, que tinha poderes para se manifestar sobre a validade da norma doméstica, especialmente em se tratando de leis de anistia”. Até então, no entender do Estado, o Poder Judiciário tinha a obrigação de respeitar os parâmetros normativos previamente estabelecidos para o caso concreto no âmbito doméstico e não tinha a obrigação legal de observar as decisões da Corte Interamericana para casos sobre anistia, prescrição e coisa julgada; devendo os magistrados respeitar o princípio de estrita legalidade e as garantias processuais dos acusados.

198. Do mesmo modo, destacou que as sentenças da Corte são obrigatórias para o caso concreto e para as partes, e que não seria razoável punir o Estado quando, no momento da decisão doméstica, essa obrigação não existia juridicamente.

199. O Estado também observou que as normas de *jus cogens* não estão absolutamente acima de questões processuais.

200. Em vista dos argumentos expostos, o Estado insistiu em que: a) não era juridicamente exigível das autoridades nacionais critério diferente do adotado em 1993 quanto às investigações; b) o questionamento do critério doméstico com base em jurisprudência internacional posterior não considerou limites formais aplicáveis ao devido processo legal (como a coisa julgada material); c) a observância de normas processuais de hierarquia inferior, quanto ao que se possa considerar normas de *jus cogens* ou graves violações dos direitos humanos, não difere materialmente da observância no âmbito doméstico dos limites formais da atuação do juiz (prescrição, coisa julgada, irretroatividade da lei penal mais severa); e d) o conteúdo normativo do que se possa considerar norma de *jus cogens* ou graves violações de direitos humanos não deve se confundir com a ausência de limites para a responsabilidade internacional do Estado. Em virtude de todas essas questões, o Estado brasileiro entende que não pode ser responsabilizado pela suposta denegação de justiça no presente caso.

201. A garantia da prescrição penal é base fundamental do Estado Democrático de Direito e só pode ser excluída, excepcionalmente: a) para a ação penal contra

determinados crimes, cuja fixação de prazo de prescrição atente contra sua gravidade ou complexidade; b) mediante a disposição legal, por observância do princípio de legalidade em matéria penal; e c) para fatos posteriores à lei que determina a imprescritibilidade, por incidência do princípio de anterioridade da lei penal, coisa que, no seu entender, não ocorreu neste caso.

202. O Estado reconheceu a jurisprudência desta Corte, que considera serem imprescritíveis os crimes quando constituam eles “graves violações de direitos humanos”. Não obstante, o Estado discorda desse entendimento, porque esse instituto tem sentido na jurisdição penal internacional, que funciona em caráter secundário, especialmente quando o Estado primordialmente responsável não exerce sua jurisdição efetivamente, exercendo então o âmbito interno sua jurisdição em momento muito posterior àquele em que ocorreram os fatos. Ressaltou que não existe tratado algum que o Brasil tenha firmado que imponha à ação penal doméstica a extensão dos prazos de prescrição.

203. Para o Estado, não é possível fundamentar a imprescritibilidade penal no costume internacional, porque isso contrariaria o princípio de legalidade consagrado no artigo 9 da Convenção Americana.

204. Com relação ao crime de tortura, o Estado salientou que esse crime foi tipificado no âmbito interno em 1997, mediante a Lei nº 9.455/97, razão pela qual a ação penal baseada nesse tipo só pode ser instaurada a partir de sua entrada em vigor. O Estado sustentou que um entendimento diverso violaria os princípios de legalidade e irretroatividade.

205. Sobre a alegada violação da Convenção Americana por demora injustificada e obstáculos ocorridos no âmbito da ação civil, considerou que as solicitações devem dividir-se em dois grupos: aquelas que implicam direitos garantidos na Convenção Americana e aquelas que não implicam. Com respeito ao primeiro grupo, o Estado considerou que a esfera em que se fizeram os pedidos para declarar Carlos Alberto Brillante Ustra e Audir Santos Maciel responsáveis por crimes de tortura não é a jurisdição civil, uma vez que o pedido deveria ser feito na esfera penal, após uma investigação criminal. Em relação ao segundo grupo de solicitações, salientou que a Convenção consagra direitos civis e políticos exclusivamente a pessoas determinadas ou determináveis, e não a empresas, entes públicos, coletivos de pessoas etc., e que, portanto, os supostos danos morais coletivos, e o pedido para que o Estado divulgue toda a informação acerca das atividades desenvolvidas pelo DOI/CODI do II Exército têm como sujeito a coletividade e não indivíduos, razão pela qual não têm fundamento na Convenção. Chegou a uma idêntica conclusão com respeito ao pedido relativo à perda da condição de funcionário público dos acusados. Para o Estado, a ação civil pública era inadequada em relação aos fins desejados. Por isso, considerou que esse processo não deve ser considerado um fato potencialmente violador do artigo 25 da Convenção. Subsidiariamente, o Estado alegou que não há irregularidades na tramitação da Ação Civil Pública.

206. Nesse sentido, solicitou à Corte que exclua a referida ação do alcance do caso, seja porque isso não constou do relatório de admissibilidade da CIDH, seja porque não se refere especificamente ao caso de Vladimir Herzog.

207. Com respeito à alegada violação do dever de investigar e punir a tortura, com efeitos para o direito à liberdade de expressão, o Estado afirmou que a suposta violação do dever de garantia dos artigos 5 e 13 não é possível porque, no momento dos fatos, o crime de tortura ainda não havia sido tipificado no Brasil.

B. Considerações da Corte

208. Nesta seção a Corte elaborará as considerações de direito pertinentes, relacionadas às alegadas violações dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, em relação à alegada impunidade a respeito da detenção arbitrária, tortura e morte do jornalista Vladimir Herzog. Para determinar se persistia a obrigação estatal de investigar, julgar e punir os responsáveis pela tortura e pelo assassinato de Vladimir Herzog no momento do reconhecimento da competência da Corte por parte do Brasil, este Tribunal analisará, em primeiro lugar, os fatos ocorridos, de modo a determinar se, com efeito, a morte do senhor Herzog foi resultado de um crime contra a humanidade, como alegam os representantes.

209. Do mesmo modo, antes de passar a estabelecer os aspectos de mérito relativos às alegações de direito apresentados pelas partes, cabe observar que as anistias aprovadas no ocaso de algumas das ditaduras sul-americanas da época – como foi o caso brasileiro, no qual a Lei de Anistia antecede o advento da democracia – pretenderam legitimar-se sob a ilusória existência de um conflito armado, cujos supostos vencedores, magnanimamente, encerravam o alegado conflito declarando típicos os crimes cometidos por todos os intervenientes. Não obstante, infere-se do contexto do presente caso a total ausência de atos bélicos, apresentando-se, no máximo, crimes de motivação política, que deviam ser julgados e punidos conforme o direito, mas que, na realidade, foram reprimidos por meios criminosos e serviram de pretexto para a perseguição de políticos, militantes, sindicalistas, jornalistas, artistas e qualquer pessoa que o regime ditatorial considerasse dissidente ou perigosa para seu poder.

210. Assim, em atenção à limitação de competência temporal e às várias ações judiciais ou do Ministério Público tentadas nesse caso, a Corte realizará uma análise na seguinte ordem: (1) os crimes contra a humanidade e a jurisprudência internacional sobre essa figura; (2) as consequências jurídicas da perpetração de um crime contra a humanidade; (3) a tortura e morte de Vladimir Herzog e suas consequências para o presente caso; e (4) a ação estatal antes e depois do reconhecimento da competência da Corte Interamericana por parte do Brasil. Finalmente, a Corte exporá (5) suas conclusões sobre o caso concreto.

B.1. Crimes contra a humanidade

211. A Comissão Interamericana considerou que a morte e tortura do senhor Herzog constituiu uma grave violação de direitos humanos. Os representantes das supostas vítimas consideraram que se tratou de um crime contra a humanidade. Tanto para a Comissão como para os representantes, as consequências de uma ou outra figura seria a mesma: a obrigação do Estado de investigar, julgar e punir os responsáveis pelos

fatos, sem recorrer a obstáculos processuais que poderiam chegar a protegê-los da ação da justiça. O Estado, por sua vez, não se referiu a uma ou outra qualificação, mas se opôs aos efeitos jurídicos alegados pela Comissão e pelos representantes no caso concreto.

212. Na sentença do *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*,¹⁴⁶ relacionado ao homicídio do senhor Luis Alfredo Almonacid Arellano, em 16 de setembro de 1973, a Corte Interamericana salientou que “há ampla evidência para concluir que em 1973, ano da morte do senhor Almonacid Arellano, o cometimento de crimes de lesa humanidade, incluindo o assassinato executado em um contexto de ataque generalizado ou sistemático contra setores da população civil, era violatório de uma norma imperativa do Direito Internacional. Esta proibição de cometer crimes de lesa humanidade é uma norma de *jus cogens* e a penalização destes crimes é obrigatória conforme o Direito Internacional geral”¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Cf. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C nº 154, par. 94 e ss.:

94. O desenvolvimento da noção de crime contra a humanidade produziu-se no início do século passado. No preâmbulo da Convenção de Haia sobre leis e costumes da guerra terrestre de 1907 (Convenção nº IV), as potências contratantes estabeleceram que “as populações e os beligerantes permanecem sob a garantia e o regime dos princípios do Direito das Gentes preconizados pelos usos estabelecidos entre as nações civilizadas, pelas leis da humanidade e pelas exigências da consciência pública” [...]. Além disso, o termo “crimes contra a humanidade e a civilização” foi usado pelos governos da França, Reino Unido e Rússia em 28 de maio de 1915, para denunciar o massacre de armênios na Turquia [...].

95. O assassinato como crime contra a humanidade foi codificado pela primeira vez no artigo 6.c do Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, o qual foi anexado ao Acordo para o estabelecimento de um Tribunal Militar Internacional encarregado do julgamento e castigo dos principais criminosos de guerra do Eixo Europeu, assinado em Londres, em 8 de agosto de 1945 (o “Acordo de Londres”). Pouco depois, em 20 de dezembro de 1945, a Lei do Conselho de Controle nº 10 também consagrou o assassinato como um crime contra a humanidade em seu artigo II.c. De forma similar, o delito de assassinato foi codificado no artigo 5.c do Estatuto do Tribunal Militar Internacional para o julgamento dos principais criminosos de guerra do Extremo Oriente (Estatuto de Tóquio), adotado em 19 de janeiro de 1946.

96. A Corte, ademais, reconhece que a Estatuto de Nuremberg teve um papel significativo no estabelecimento dos elementos que caracterizam um crime como contra a humanidade. Este Estatuto proporcionou a primeira articulação dos elementos desta ofensa, os quais se mantiveram basicamente em sua concepção inicial na data da morte do senhor Almonacid Arellano, com a exceção de que os crimes contra a humanidade podem ser cometidos em tempos de paz e em tempos de guerra. [...] Com base no exposto, a Corte reconhece que os crimes contra a humanidade incluem a comissão de atos desumanos, como o assassinato, cometidos dentro de um contexto de ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil. Basta que um só ato ilícito como os anteriormente mencionados seja cometido dentro do contexto descrito para que se produza um crime contra a humanidade. Neste sentido, pronunciou-se o Tribunal Internacional para a ex-Iugoslávia, no caso *Prosecutor vs. Dusko Tadic*, ao considerar que “um só ato cometido por um perpetrador, no contexto de um ataque generalizado ou sistemático contra a população civil, traz consigo responsabilidade penal individual e o perpetrador não necessita cometer numerosas ofensas para ser considerado responsável” [...].

97. Por outro lado, o Tribunal Militar Internacional para o Julgamento dos Principais Criminosos de Guerra (doravante denominado “o Tribunal de Nuremberg”), o qual tinha jurisdição para julgar os crimes estabelecidos no Acordo de Londres, assinalou que o Estatuto de Nuremberg “é a expressão do Direito Internacional existente no momento de sua criação; e, nessa extensão, é em si mesmo uma contribuição ao Direito Internacional”. [...] Com isso, reconheceu a existência de um costume internacional, como uma expressão do Direito Internacional, que proíbe estes crimes.

98. A proibição de crimes contra a humanidade, incluindo o assassinato, foi, ademais, corroborada pelas Nações Unidas. Em 11 de dezembro de 1946, a Assembleia Geral confirmou “os princípios de Direito Internacional reconhecidos pelo Estatuto do Tribunal de Nuremberg e as sentenças deste Tribunal”. [...] Além disso, em 1947, a Assembleia Geral encarregou a Comissão de Direito Internacional de “formul[ar] os princípios de Direito Internacional reconhecidos pelo Estatuto e pelas sentenças do Tribunal de Nuremberg”. [...] Estes princípios foram adotados em 1950. [...] Entre eles, o Princípio VI.c qualifica o assassinato como um crime contra a humanidade. De igual forma, a Corte ressalta que o artigo 3 comum das Convenções de Genebra de 1949, dos quais o Chile é parte desde 1950, também proíbe o “homicídio em todas as suas formas” de pessoas que não participam diretamente em hostilidades.

¹⁴⁷ *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, par. 99.

213. A esse respeito, a Corte observa que, em seus 40 anos de história, utilizou a figura de crimes contra a humanidade, crimes de guerra ou delitos de direito internacional em alguns casos, dada a excepcionalidade e a gravidade dessa qualificação. Unicamente nos *Casos Goiburú vs. Paraguai*,¹⁴⁸ *Gelman vs. Uruguai*,¹⁴⁹ *La Cantuta vs. Peru*,¹⁵⁰ *Caso do Presídio Miguel Castro Castro vs. Peru*¹⁵¹ (crimes contra a humanidade), *Massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador*¹⁵² (crimes de guerra) e *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*¹⁵³ (delitos de direito internacional) foram utilizadas essas qualificações para os fatos violatórios no sentido expressado na sentença do Caso Almonacid Arellano, com o objetivo de explicitar de maneira clara o alcance da responsabilidade estatal no âmbito da Convenção em cada caso específico e as consequências jurídicas para o Estado.¹⁵⁴

214. Em complemento à argumentação citada acima, observa-se que a proibição dos delitos de direito internacional ou contra a humanidade já era considerada parte do direito internacional geral pela própria Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e Contra a Humanidade, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 26 de novembro de 1968¹⁵⁵ (doravante denominada “Convenção de 1968” ou “Convenção sobre Imprescritibilidade”). Levando em conta a resolução 2338 (XXII) da Assembleia Geral das Nações Unidas,¹⁵⁶ a interpretação que se infere do Preâmbulo da Convenção de 1968 é que a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade surge da falta de limitação temporal nos instrumentos que se referem a seu indiciamento, de tal forma que essa Convenção somente reafirmou princípios e normas de direito internacional preexistentes. Assim, a Convenção sobre Imprescritibilidade tem caráter declarativo, ou seja, acolhe um princípio de direito internacional vigente anteriormente à sua aprovação.¹⁵⁷

¹⁴⁸ Cf. *Caso Goiburú e outros vs. Paraguai. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 22 de setembro de 2006. Série C nº 153, par. 82 e 128.

¹⁴⁹ Cf. *Caso Gelman vs. Uruguai. Mérito e Reparações*. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Série C nº 221, par. 99.

¹⁵⁰ Cf. *Caso La Cantuta vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 29 de novembro de 2006. Série C nº 162, par. 225.

¹⁵¹ Cf. *Caso do Presídio Miguel Castro Castro vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 25 de novembro de 2006. Série C nº 160, par. 404.

¹⁵² Cf. *Caso dos Massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 25 de outubro de 2012. Série C nº 252, par. 286.

¹⁵³ Cf. *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*, par. 248 a 306.

¹⁵⁴ Cf. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 26 de maio de 2010. Série C nº 213, par. 42; *Caso Gudiel Álvarez e outros (“Diário Militar”) vs. Guatemala. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 20 novembro de 2012. Série C nº 253, par. 215.

¹⁵⁵ Cf. ONU. Assembleia Geral. *Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e contra a humanidade*. Resolução 2391 (XXIII), 26 de novembro de 1968. Disponível em: [http://undocs.org/es/A/RES/2391\(XXIII\)](http://undocs.org/es/A/RES/2391(XXIII)).

¹⁵⁶ Cf. ONU. Assembleia Geral. *Questão do castigo dos criminosos de guerra e das pessoas que tenham cometido crimes contra a humanidade*. Resolução 2338 (XXII), 18 de dezembro de 1967. Disponível em: [http://undocs.org/es/A/RES/2338\(XXII\)](http://undocs.org/es/A/RES/2338(XXII)).

¹⁵⁷ Ver, nesse sentido, por exemplo: Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina: Recurso de Fato. Sentença de 14 de junho de 2005, *Caso Julio Héctor Simón e outros*, causa nº 17.768, Considerando 42; Recurso de Fato. Sentença de 24 de agosto de 2004, *Caso Arancibia Clavel, Enrique Lautaro*, causa nº 259, Considerandos 29, 38 e 39; Recurso Ordinário de Apelação. Sentença de 2 de novembro de 1995, *Caso de Erich Priebke* nº 16.063/94, Considerandos 4 e 5; Considerandos 89 e 90 do Voto coincidente do Juiz Gustavo A. Bossert. Ver também Câmara Federal de Recursos do Tribunal Penal e Correccional da Argentina, Recurso de Apelação e Nulidade. 9 de setembro de 1999, *Caso Videla e outros*, Considerando III; Tribunal Oral Criminal Federal de La Plata. Sentença de 19 de setembro de 2006, *Caso “Circuito Camps” e outros (Miguel Osvaldo Etchecolatz)*, Causa nº 2251/06, Considerando IV.a; Tribunal Oral Criminal Federal nº 1 de San Martín. Sentença por Crimes contra

215. Essa circunstância tem duas consequências principais: a) por um lado, os Estados devem aplicar seu conteúdo, embora não a tenham ratificado; e b) por outro lado, quanto a seu âmbito temporal, deveria aplicar-se, inclusive, aos crimes cometidos anteriormente à entrada em vigor daquela Convenção, já que o que se estaria aplicando não seria propriamente a norma convencional, mas uma norma consuetudinária preexistente¹⁵⁸.

216. A esse respeito, a Corte concorda com o que destaca o estudo do Secretário-Geral das Nações Unidas sobre a questão da punição dos criminosos de guerra e dos indivíduos culpados de crimes contra a humanidade e a aplicação da prescrição, no sentido de que a imprescritibilidade se deduz da gravidade dessas condutas e que sua diferença em relação a crimes de direito interno advém da necessidade de repressão eficaz dos crimes graves, conforme o Direito Internacional, em razão da consciência universal contra a impunidade desses crimes, e porque a falta de punição provoca reações violentas de amplo alcance.¹⁵⁹

217. A interpretação anterior é coerente com pronunciamentos contemporâneos da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, órgão cuja tarefa é codificar e desenvolver o Direito Internacional. Este órgão aprovou em 1996, por unanimidade, o Projeto de Código de Crimes Contra a Paz e a Segurança da Humanidade.¹⁶⁰

a Humanidade. 12 de agosto de 2009, General Riveros e outros no Caso de Floreal Edgardo Avellaneda e outros, Considerando I. Em sentido similar, Suprema Corte de Justiça do Uruguai: Recurso de Cassação, 12 de agosto de 2015. Ficha 97-78/2012, Sentença 1.061/2015, Considerandos III.1.b; Recurso de Cassação, 24 de agosto de 2016. Ficha 170-298/2011, Sentença 1.280/2016, Considerandos III.1 e III.2; Recurso de Cassação, 8 de setembro de 2016. Ficha 395-136/2012, Sentença 1.383/2016, Considerandos III.2 e III.3. Ver também Peritagem de Juan Méndez, par. 34 a 48 (expediente de prova, folhas 14072 a 14077).

¹⁵⁸ Cf. ONU. Comissão de Direitos Humanos. *Estudo apresentado pelo Secretário-Geral sobre a questão da inaplicabilidade da prescrição a crimes de guerra e crimes contra a humanidade*. E/CN.4/906. 15 de fevereiro de 1966, par. 157 a 160. Disponível em: <http://undocs.org/E/CN.4/906>.

¹⁵⁹ Cf. ONU. Comissão de Direitos Humanos. *Estudo apresentado pelo Secretário-Geral sobre a questão da inaplicabilidade da prescrição a crimes de guerra e crimes contra a humanidade*. E/CN.4/906. 15 de fevereiro de 1966, par. 159: “[...] O princípio da imprescritibilidade não se deduz somente da intenção do ‘legislador’ internacional, que de forma clara e urgente salientou a necessidade do castigo certo e eficaz de crimes graves, conforme o Direito Internacional; não se infere somente da consciência universal, que se rebela contra a ideia de que esses crimes possam ficar impunes; não se infere somente do Estado de Direito positivo interno, que, frequentemente, duvidou ou, mais ainda, renunciou a consagrar a instituição da prescrição para os crimes graves; este emana também – e sobretudo – do fato de que nenhuma das razões geralmente utilizadas para explicar a prescrição dos crimes de direito comum interno, justifica a prescrição dos crimes internacionais em questão. Esses crimes não são, nem do ponto de vista do direito, nem do ponto de vista da moral, comparáveis àqueles. Se um crime de direito interno – independentemente de sua gravidade – fica na impunidade por efeito da prescrição, em geral, seu efeito não se percebe, inclusive no restrito entorno social em que se cometeu o delito; o delincente, legalmente liberado por um ou outro dos motivos que são o fundamento subjacente da prescrição (remorso, perdão, perda de validade das provas etc.), retoma tranquilamente seu lugar na sociedade e em paz com isso. Em contraste, a impunidade de um crime contra a paz, de um crime contra a humanidade ou de um grave crime de guerra, adquirida seja mediante a prescrição, seja por qualquer outro meio, provoca reações violentas de amplo alcance; por isso, o efeito poderia ser o de expor o perpetrador – imune a qualquer ação legal – à ‘justiça privada’ das vítimas ou pessoas a elas relacionadas por laços de sangue, solo, raça, religião, etc. [...] Dada a gravidade ‘excepcional’, a dimensão ‘gigantesca’ e, sobretudo, os motivos ‘incompreensíveis’ desses crimes internacionais, todas as pessoas afetadas, cuja importância numérica pode imaginar-se facilmente em cada caso, têm a tendência a ‘não poder nunca esquecer’ e a não ser dissuadidas diante de nenhum obstáculo – de caráter jurídico ou qualquer outro – para garantir aos culpados o castigo que merecem, tão logo sejam ‘desmascarados’”. (tradução da Secretaria)

¹⁶⁰ Cf. ONU. Comissão de Direito Internacional. *Projeto de Código de Crimes contra a Paz e a Segurança da Humanidade*. A/CN.4/L.532. 8 de julho de 1996. Disponível em: <http://undocs.org/es/A/CN.4/L.532>. “Em especial,

218. Essa interpretação constante se consolidou no Direito Internacional em 1998, com a aprovação do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, que estabelece sua competência em relação aos crimes contra a humanidade,¹⁶¹ os quais,¹⁶²

o são crimes de direito internacional puníveis como tais, estejam, ou não, punidos no direito nacional” (artigo 1.2); “[...] cada Estado Parte adotará as medidas necessárias para estabelecer sua jurisdição sobre os crimes previstos nos artigos 17, 18, 19 e 20, sejam quais forem os lugares em que tenham sido cometidos esses crimes e seus autores. A jurisdição sobre o crime previsto no artigo 16 caberá a um tribunal penal internacional. No entanto, não se impedirá a nenhum Estado Parte julgar seus nacionais pelo crime enunciado no artigo 16.” (artigo 8); “[...] o Estado Parte em cujo território se encontre a pessoa que supostamente tenha cometido um crime previsto nos artigos 17, 18, 19 ou 20 concederá a extradição dessa pessoa ou a julgará”. (artigo 9); “1. Ninguém será condenado em virtude do presente Código por atos executados antes de que entre em vigor. 2. Nada do disposto nesse artigo impedirá o julgamento de qualquer indivíduo por atos que, no momento em que foram executados, eram crimes em virtude do direito internacional ou do direito nacional.” (artigo 13). Por outro lado, entre os delitos contra a paz e a segurança da humanidade, a Comissão de Direito Internacional salientou, entre outros aspectos, os seguintes atos como crimes contra a humanidade: “a) assassinato; [...] c) tortura; [...] [e] j) outros atos que deterioreem gravemente a integridade física ou mental, a saúde ou a dignidade humana, como a mutilação e as lesões graves.” (artigo 18) (tradução da Secretaria)

¹⁶¹ Cf. Estatuto do Tribunal Penal Internacional, aprovado em Roma, em 17 de julho de 1998, com vigência a partir de 1º de julho de 2002 (doravante denominado “Estatuto do Tribunal Penal Internacional”) Artigo 5 – Crimes da competência do Tribunal. “1. A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes: a) O crime de genocídio; b) Crimes contra a humanidade; c) Crimes de guerra; d) O crime de agressão. 2. O Tribunal poderá exercer a sua competência em relação ao crime de agressão desde que, nos termos dos artigos 121 e 123, seja aprovada uma disposição em que se defina o crime e se enunciem as condições em que o Tribunal terá competência relativamente a este crime. Tal disposição deve ser compatível com as disposições pertinentes da Carta das Nações Unidas.”

¹⁶² Cf. Estatuto do Tribunal Penal Internacional, Artigo 7 – Crimes contra a Humanidade. “1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por ‘crime contra a humanidade’, qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque: a) Homicídio; b) Extermínio; c) Escravidão; d) Deportação ou transferência forçada de uma população; e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional; f) Tortura; g) Agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável; h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3º, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal; i) Desaparecimento forçado de pessoas; j) Crime de *apartheid*; k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental. 2. Para efeitos do parágrafo 1º: a) Por ‘ataque contra uma população civil’ entende-se qualquer conduta que envolva a prática múltipla de atos referidos no parágrafo 1º contra uma população civil, de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses atos ou tendo em vista a prossecução dessa política; b) O ‘extermínio’ compreende a sujeição intencional a condições de vida, tais como a privação do acesso a alimentos ou medicamentos, com vista a causar a destruição de uma parte da população; c) Por ‘escravidão’ entende-se o exercício, relativamente a uma pessoa, de um poder ou de um conjunto de poderes que traduzam um direito de propriedade sobre uma pessoa, incluindo o exercício desse poder no âmbito do tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças; d) Por ‘deportação ou transferência à força de uma população’ entende-se o deslocamento forçado de pessoas, através da expulsão ou outro ato coercivo, da zona em que se encontram legalmente, sem qualquer motivo reconhecido no direito internacional; e) Por ‘tortura’ entende-se o ato por meio do qual uma dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa que esteja sob a custódia ou o controle do acusado; este termo não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legais, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionadas; f) Por ‘gravidez à força’ entende-se a privação ilegal de liberdade de uma mulher que foi engravidada à força, com o propósito de alterar a composição étnica de uma população ou de cometer outras violações graves do direito internacional. Esta definição não pode, de modo algum, ser interpretada como afetando as disposições de direito interno relativas à gravidez; g) Por ‘perseguição’ entende-se a privação intencional e grave de direitos fundamentais em violação do direito internacional, por motivos relacionados com a identidade do grupo ou da coletividade em causa; h) Por

obviamente, não estabeleceram projeto, entre outros aspectos, que “[...] crimes contra a paz e a segurança da humanidade prescreverão.”¹⁶³

219. Recentemente, em 2017, a última versão do Texto dos Projetos de Artigos sobre os Crimes contra a Humanidade (doravante denominado “Texto de Projetos”), aprovado pela Comissão de Direito Internacional,¹⁶⁴ reiterou a noção de que “os crimes contra a humanidade constituem uma ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar do mundo”. A Comissão de Direito Internacional recorda também o “dever de todo Estado de exercer sua jurisdição penal em relação aos crimes contra a humanidade, [l]evando em consideração que, posto que os crimes contra a humanidade não ficarão impunes, é necessário assegurar o julgamento efetivo desses crimes, através da adoção de medidas em escala nacional e o fomento da cooperação internacional, entre outros aspectos, em matéria de extradição e assistência judicial recíproca” (Preâmbulo).¹⁶⁵ A respeito dos aspectos substantivos das condutas proibidas, o Texto dos Projetos registra uma definição de crimes contra a humanidade muito similar à do Estatuto de Roma. Do mesmo modo, estabelece que os Estados devem adotar as medidas necessárias para que os delitos mencionados nesse projeto não prescrevam e sejam punidos com penas apropriadas que levem em consideração sua gravidade (artigo 6).¹⁶⁶

220. Segundo a Comissão de Direito Internacional, a proibição dos crimes contra a humanidade é claramente aceita e reconhecida como norma imperativa de direito internacional.¹⁶⁷ No mesmo sentido, a Corte Internacional de Justiça salientou que a proibição de determinados atos, como a tortura, tem caráter de *ius*

‘crime de *apartheid*’ entende-se qualquer ato desumano análogo aos referidos no parágrafo 1º, praticado no contexto de um regime institucionalizado de opressão e domínio sistemático de um grupo racial sobre um ou outros grupos nacionais e com a intenção de manter esse regime; i) Por ‘desaparecimento forçado de pessoas’ entende-se a detenção, a prisão ou o sequestro de pessoas por um Estado ou uma organização política ou com a autorização, o apoio ou a concordância destes, seguidos de recusa a reconhecer tal estado de privação de liberdade ou a prestar qualquer informação sobre a situação ou localização dessas pessoas, com o propósito de lhes negar a proteção da lei por um prolongado período e tempo. 3. Para efeitos do presente Estatuto, entende-se que o termo ‘gênero’ abrange os sexos masculino e feminino, dentro do contexto da sociedade, não lhe devendo ser atribuído qualquer outro significado...”

¹⁶³ Cf. Estatuto do Tribunal Penal Internacional. Artigo 29 – Imprescritibilidade. “Os crimes da competência do Tribunal não prescrevem”.

¹⁶⁴ Cf. ONU. *Relatório da Comissão de Direito Internacional sobre o Trabalho Realizado no 69º Período de Sessões*. A/72/10. 1º de maio a 2 de junho e 3 de julho a 4 de agosto de 2017, p. 10, par. 45. Disponível em: <http://undocs.org/es/A/72/10>.

¹⁶⁵ ONU. *Relatório da Comissão de Direito Internacional sobre o Trabalho Realizado no 69º Período de Sessões*. A/72/10, 1º de maio a 2 de junho e 3 de julho a 4 de agosto de 2017, p. 10.

¹⁶⁶ Cf. ONU. *Relatório da Comissão de Direito Internacional sobre o Trabalho Realizado no 69º Período de Sessões*. A/72/10, 1º de maio a 2 de junho e 3 de julho a 4 de agosto de 2017, p. 13.

¹⁶⁷ Cf. ONU. *Relatório da Comissão de Direito Internacional sobre o Trabalho Realizado no 53º Período de Sessões*. A/56/10. 23 de abril a 1º de junho e 2 de julho a 10 de agosto 2001, p. 216, par. 5) do comentário do artigo 26 do projeto de artigos sobre a responsabilidade do Estado por atos internacionalmente ilícitos, salienta-se que “[...] Essas normas imperativas que são claramente aceitas e reconhecidas compreendem [a] proibição [...] [dos] crimes contra a humanidade”. (tradução da Secretaria) Disponível em: [http://undocs.org/es/A/56/10\(SUPP\)](http://undocs.org/es/A/56/10(SUPP)); ver também ONU. Comissão de Direito Internacional. *Fragmentação do direito internacional: dificuldades decorrentes da diversificação e expansão do direito internacional*, Relatório do Grupo de Estudo da Comissão de Direito Internacional, elaborado por Martti Koskeniemi. A/CN.4/L.682. 13 de abril de 2006, par. 374. Ali se expõe que entre “as regras mais frequentemente citadas para o *status de jus cogens* figura [a proibição dos crimes contra a humanidade]”. Disponível em: <http://undocs.org/es/A/CN.4/L.682>. (tradução da Secretaria)

cogens,¹⁶⁸ o que, ademais, indica que a proibição de cometer, de forma generalizada ou sistemática, esses atos constitutivos de crimes contra a humanidade também tem caráter de *jus cogens*.¹⁶⁹ Nesse sentido, a Comissão de Direito Internacional reconhece, expressamente, que “[a] consideração dos crimes contra a humanidade como ‘crimes segundo o direito internacional’ indica que existem como crimes independentemente de que a conduta tenha sido tipificada no direito interno.” A esse respeito, salientou que “[o] Estatuto de Nuremberg definiu os crimes contra a humanidade como a prática de determinados atos, sem prejuízo de que ‘constituam ou não uma violação da legislação interna do país onde tenham sido cometidos’ (artigo 6 c)”.¹⁷⁰

221. Essa foi exatamente a interpretação da Corte Interamericana no Caso Almonacid Arellano (par. 212 *supra*), que se aplica também ao presente caso. É importante, além disso, destacar que, ao longo das últimas décadas, pronunciaram-se nesse sentido tribunais internacionais,¹⁷¹ nacionais,¹⁷² e órgãos das Nações Unidas.¹⁷³

¹⁶⁸ Cf. Corte Internacional de Justiça (doravante denominada “CIJ”). *Questões relacionadas à obrigação de julgar ou extraditar (Bélgica vs. Senegal)*, Sentença de 20 de julho de 2012, p. 457, par. 99.

¹⁶⁹ Cf. CIJ. *Imunidades Jurisdicionais dos Estados (Alemanha vs. Itália: Grécia intervindo)*, Sentença de 3 de fevereiro de 2012, p. 141, par. 95; Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (doravante denominado “TPII”). *Promotoria vs. Furundžija*, Sentença de 10 de dezembro de 1998, causa no IT-95-17/1-T, par. 153; Tribunal Europeu de Direitos Humanos (doravante denominado “TEDH”). *Caso Al-Adsani vs. Reino Unido* [GS], nº 35763/97. Sentença de 21 de novembro de 2001, par. 61.

¹⁷⁰ Cf. ONU. *Relatório da Comissão de Direito Internacional sobre o Trabalho Realizado no 69º Período de Sessões. A/72/10*. 1º de maio a 2 de junho e 3 de julho a 4 de agosto de 2017, p. 31, comentário 4 ao artigo 2.
¹⁷¹ Cf. TEDH. *Caso Kolk e Kislyiy vs. Estônia*, Nos. 23052/04 e 24018/04. Decisão de inadmissibilidade de 17 de janeiro de 2006; Ver também em sendo similar *Caso Vasiliauskas vs. Lituânia* [GS], nº 35.343/05. Sentença de 20 de outubro de 2015, par. 167, 168, 170 e 172; Câmaras Extraordinárias nas Cortes do Camboja (doravante “CECC”). Decisão sobre exceções preliminares na causa contra IENG Sary (*Ne Bis in Idem*, Anistia e Indulto), Causa nº 002/19-09-2007/ECCC/TC, Sentença de primeira instância de 3 de novembro de 2011, par. 41.

¹⁷² Ver nesse sentido, por exemplo, Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina: Recurso Ordinário de Apelação. Sentença de 2 de novembro de 1995, *Caso de Erich Priebke* nº 16.063/94, considerando 4º e Voto concorrente dos Juizes Julio S. Nazareno e Eduardo Moline O’Connor, considerando 76 e 77; Recurso de Fato. Sentença de 24 de agosto de 2004, *Caso Arancibia Clavel*, Enrique Lautaro, causa nº 259, considerando 34 a 38 e Voto do Juiz Antonio Boggiano, considerando 29; Recurso de Fato. Sentença de 14 de junho de 2005, *Caso Julio Héctor Simón* e outros, causa Nº 17.768, Voto do Juiz Antonio Boggiano, considerando 28 e 42; Ver também Câmara Federal de Apelações Criminais e Correccionais da Argentina, Recurso de Apelação e Nulidade. 9 de setembro de 1999, *Caso Videla* e Outros, considerando IV; Tribunal Oral Criminal Federal nº 1 de San Martín. Sentença por Crimes Contra a Humanidade. 12 de agosto de 2009, *General Riveros* e Outros no caso de Floreal Edgardo Avellaneda e Outros, considerando I; Tribunal Oral Criminal Federal (La Plata). 26 de setembro de 2006, *Caso “Circuito Camps”* e Outros, causa nº 2.251/06, Considerando IV-A. Ver também Corte Suprema de Justiça da República do Perú. Sala Penal Especial. Sentença de 7 de abril de 2009, *Caso Alberto Fujimori*, Exp. nº 17-2001, fundamentos 710 e 711; Corte Superior de Justiça de Lima. Primeira Sala Penal Especial. Sentença de 15 de setembro de 2010, Exp. nº 28-2001-1º SPE/CSJLI. De igual forma, ver Suprema Corte de Justiça do Uruguai: Recurso de Cassação, 12 de agosto de 2015. Ficha 97-78/2012, Sentença 1.061/2015, Considerando III.1.b; Recurso de Cassação, 24 de agosto de 2016. Ficha 170-298/2011, Sentença 1.280/2016, Considerando III.1; Recurso de Cassação, 8 de setembro de 2016. Ficha 395-136/2012, Sentença 1.383/2016, Considerando III.3.

¹⁷³ Cf. ONU. Conselho de Direitos Humanos. *Relatório do Relator Especial sobre a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes*. A/HRC/34/54. 14 de fevereiro de 2017, párr. 18. Disponível em: <http://undocs.org/es/A/HRC/34/54>; Comissão de Direito Internacional. *Primeiro relatório sobre os crimes contra a humanidade apresentado por Sean D. Murphy, Relator Especial*. A/CN.4/680. 17 de fevereiro de 2015, par. 39. Disponível em: <http://undocs.org/es/A/CN.4/680>.

B.1.1. Elementos dos crimes contra a humanidade

222. Os crimes contra a humanidade são um dos delitos reconhecidos pelo Direito Internacional, juntamente com os crimes de guerra, o genocídio, a escravidão e o crime de agressão. Isso significa que seu conteúdo, sua natureza e as condições de sua responsabilidade são estabelecidos pelo Direito Internacional, independentemente do que se possa estabelecer no direito interno dos Estados. A característica fundamental de um delito de Direito Internacional é que ameaça à paz e a segurança da humanidade porque choca a consciência da humanidade. Tratam-se de crimes de Estado planejados e que fazem parte de uma estratégia ou política manifesta contra uma população ou grupo de pessoas. Aqueles que os cometem, tipicamente, devem ser agentes estatais encarregados do cumprimento dessa política ou plano, que participam de atos de assassinato, tortura, estupro e outros atos repudiáveis contra civis, de maneira sistemática ou generalizada.

223. A Corte observa que o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional cristalizou a definição dessa figura jurídica ao dispor, em seu artigo 7, que se entenderá por “crime contra a humanidade” qualquer dos atos detalhados nesse artigo¹⁷⁴ quando se cometa como parte de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque. Por outro lado, a Corte observa que a Comissão de Direito Internacional e outros tribunais internacionais e nacionais estabeleceram os elementos dos crimes contra a humanidade de maneira similar ao Estatuto de Roma.

224. Nesse sentido, a Comissão de Direito Internacional, no Projeto de Código de Crimes Contra a Paz e a Segurança da Humanidade, considerou crime contra a humanidade a prática sistemática, ou em grande escala e instigada ou dirigida por um governo ou por uma organização política ou grupo, de determinados atos específicos.¹⁷⁵ Nesse sentido, reconhece três requisitos gerais: que o(s) ato(s) seja(m) cometido(s) como parte de um ataque “generalizado ou sistemático”, contra uma população civil, e que o(s) autor(es) aja(m) “com conhecimento desse ataque”, ou seja, como parte de uma política ou plano de ação determinado e estabelecido pelo Estado.¹⁷⁶

225. No *Caso Dusko Tadic*, o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (doravante denominado “TPII”) considerou como elementos dos crimes contra a

¹⁷⁴ a) Assassinato; b) Extermínio; c) Escravidão; d) Deportação ou transferência forçada de população; e) Encarceramento ou outra privação grave da liberdade física em violação de normas fundamentais de direito internacional; f) Tortura; g) Estupro, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência sexual de gravidade comparável; h) Perseguição de um grupo ou coletividade com identidade própria fundada em motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos e de gênero, conforme definição do parágrafo 3, ou outros motivos universalmente reconhecidos como inaceitáveis, de acordo com o direito internacional, em conexão com qualquer ato mencionado no presente parágrafo ou com qualquer crime da competência da Corte; i) Desaparecimento forçado de pessoas; j) Crime de *apartheid*; k) Outros atos desumanos de caráter similar que causem intencionalmente grandes sofrimentos ou atentem gravemente contra a integridade física ou a saúde mental ou física.

¹⁷⁵ Cf. ONU. *Relatório da Comissão de Direito Internacional sobre o Trabalho Realizado no 48º Período de Sessões*. A/51/10. 6 de maio a 26 de julho de 1996, p. 101. Comentários 3º, 4º e 5º ao Artigo 18 do Projeto de Código de Crimes Contra a Paz e a Segurança da Humanidade. Disponível em: [http://undocs.org/es/A/51/10\(SUPP\)](http://undocs.org/es/A/51/10(SUPP)).

¹⁷⁶ Para uma análise detalhada da evolução e interpretação dos três requisitos gerais dos crimes contra a humanidade, ver ONU. *Relatório da Comissão de Direito Internacional sobre o Trabalho Realizado no 69º Período de Sessões*. A/72/10, 1º de maio a 2 de junho e 3 de julho a 4 de agosto de 2017, p. 33 e seguintes.

humanidade: i) que se trate de atos dirigidos contra a população civil; ii) que se trate de atos que ocorram de forma sistemática ou generalizada; iii) que se trate de atos com um propósito discriminatório ou fundados em motivos discriminatórios; iv) que esses atos respondam a uma política do Estado ou de organizações; e v) que aquele que o comete tenha conhecimento do contexto sistemático ou generalizado em que o ato ocorre. Além disso, e conforme a competência atribuída ao TPII por seu Estatuto, esses atos deviam ser cometidos em um conflito armado.¹⁷⁷

226. Por outro lado, o Tribunal Penal Internacional para Ruanda (doravante denominado “TPIR”) estabeleceu, na sentença do Caso Akayesu, que a categoria de crimes contra a humanidade poderia ser identificada com quatro elementos: i) o ato deve ser desumano em sua natureza e caráter, causando grande sofrimento ou lesões graves ao corpo ou à saúde mental ou física; ii) o ato deve ser cometido como parte de um ataque extenso ou sistemático; iii) o ato deve ser cometido contra membros da população civil; iv) o ato deve ser cometido por um ou mais motivos discriminatórios, a saber, motivos nacionais, políticos, étnicos, raciais ou religiosos.¹⁷⁸

227. Na sentença do Caso Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara e Santigie Borbor Kanu, o Tribunal Especial para Serra Leoa (doravante denominado “TESL”) afirmou que os elementos do crime contra a humanidade são: i) a existência de um ataque; ii) o ataque deve ser generalizado ou sistemático; iii) o ataque deve ser dirigido contra a população civil; iv) os atos daquele que os cometem devem ser parte do ataque; e v) aquele que o comete deve saber que seus atos constituem parte de um ataque generalizado ou sistemático dirigido contra a população civil.¹⁷⁹

228. Do mesmo modo, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, em um caso cujos fatos ocorreram em 1956, reconheceu como elementos de crimes contra a humanidade a presença de discriminação ou perseguição contra um grupo determinado da população civil e a existência de uma política ou ação estatal de natureza sistemática ou generalizada.¹⁸⁰

¹⁷⁷ Cf. TPII. *Promotoria vs. Duško Tadić*. Sentença de 7 de maio de 1997. Caso nº IT-94-1-T, par. 627- 660. Em especial, o TPII se referiu aos requisitos de “generalizado” e “sistemático” nos seguintes termos: “É, portanto, a intenção de excluir atos isolados ou aleatórios da noção de crimes contra a humanidade o que motivou a inclusão do requisito de que os atos devem ser dirigidos a uma ‘população’ civil, seja de forma generalizada, a qual se refere ao número de vítimas, seja sistematicamente, que indica a existência evidente de um padrão ou plano metódico [...]” (par. 648, tradução da Secretaria). Ver também *Promotoria vs. Kupreškić e outros*. Sentença de 14 de janeiro de 2000. Caso nº IT-95-16-T, par. 547 a 558.

¹⁷⁸ Cf. TPIR. *Promotoria vs. Jean-Paul Akayesu*. Sentença de 2 de setembro 1998, Caso nº ICTR-96-4-T, par. 578. O TPIR também considerou que o conceito de generalizado podia ser definido como “ação massiva, frequente e de grande escala, levada a cabo coletivamente com considerável seriedade e dirigida contra uma multiplicidade de vítimas”. Acrescentou também que o conceito de sistemático podia ser definido como “rigorosamente organizado e seguindo um padrão regular, com base em uma política comum que implique substanciais recursos públicos ou privados. Não é um requisito que essa política seja adotada formalmente como política de um Estado. No entanto, deve haver algum tipo de plano ou política preconcebida”. (par. 580, tradução da Secretaria)

¹⁷⁹ Cf. TESL. *Promotoria vs. Alex Tamba Brima e outros*. Sentença de 20 de junho de 2007, Caso nº SCSL-04-16-T, par. 214-222.

¹⁸⁰ Cf. TEDH. *Korbely vs. Hungria* [GS]. nº 9.174/02. Sentença de 19 de setembro de 2008, par. 78 a 84.

229. Os tribunais nacionais da Argentina,¹⁸¹ Colômbia,¹⁸² Peru,¹⁸³ Chile¹⁸⁴ e Guatemala¹⁸⁵ reconheceram como elementos constitutivos dos crimes contra a humanidade a existência de um ataque sistemático ou generalizado contra a população civil ou um grupo determinado de civis, que deve incluir atos desumanos praticados como parte de um plano ou política estatal coordenada para esse efeito. Alguns tribunais também consideram relevante a existência de um objetivo discriminatório por motivos políticos, ideológicos, religiosos, étnicos ou nacionais.

B.2. Consequência da perpetração de um crime contra a humanidade

230. Conforme se expôs acima (par. 219 *supra*), a proibição dos crimes contra a humanidade é uma norma imperativa de direito internacional (*jus cogens*), o que significa que essa proibição é aceita e reconhecida pela comunidade internacional de Estados em seu conjunto como norma que não admite acordo em contrário e que só pode ser modificada por uma norma ulterior de direito internacional geral que tenha o mesmo caráter.¹⁸⁶ Concretamente, a primeira obrigação dos Estados é evitar que essas condutas ocorram. Caso isso não aconteça, o dever do Estado é assegurar que essas condutas sejam processadas penalmente e seus autores punidos,¹⁸⁷ de modo a não deixá-las na impunidade.¹⁸⁸

231. Mesmo quando determinadas condutas consideradas crimes contra a humanidade não estejam tipificadas formalmente no ordenamento jurídico interno, ou que, inclusive, sejam legais na legislação doméstica, isso não exime de responsabilidade a pessoa que cometeu o ato, de acordo com as leis internacionais. Ou seja, a inexistência de normas de direito interno que estabeleçam e punam os crimes internacionais não exime, em nenhum caso, seus autores de responsabilidade internacional e o Estado de punir esses crimes.¹⁸⁹

¹⁸¹ Tribunal Oral Criminal Federal (La Plata). 26 de setembro de 2006, Caso “Circuito Camps” e outros, causa nº 2251/06; Quarta Sala da Câmara Federal de Cassação Penal. Recurso de Cassação Penal. 17 de fevereiro de 2012, Caso Gregorio Rafael Molina, causa nº 12.821; Tribunal Oral Criminal Federal nº 1 de San Martín. Sentença por Crimes contra a Humanidade. 12 de agosto de 2009, General Riveros e outros no Caso de Floreal Edgardo Avellaneda e outros.

¹⁸² Sala de Justiça e Paz do Tribunal Superior do Distrito Judicial de Bogotá. Sentença e Incidente de Reparação Integral. 1º de dezembro de 2011, Ocorrências: 1100160002532008-83194; 1100160002532007-83070 (José Rubén Peña Tobón *et al.*, Postulados), par. 71 a 81; Sala de Cassação Penal da Corte Suprema de Justiça da Colômbia. Decisão do Recurso de Apelação. 21 de setembro de 2009, Processo nº 32.022 (Gian Carlo Gutiérrez Suárez, Postulado), Considerando 4 (p. 190 a 199).

¹⁸³ Corte Suprema de Justiça da República do Peru. Sala Penal Especial. Sentença de 7 de abril de 2009, Caso Alberto Fujimori, Exp. nº 17-2001, fundamentos 710 a 717.

¹⁸⁴ Corte Suprema do Chile. Sentença de Substituição. 8 de julho de 2010, Homicídio de Carlos Prats e Sofía Cuthbert, Rol Nº 2596-09.

¹⁸⁵ Corte de Constitucionalidade da Guatemala. Mandado de segurança. 18 de dezembro de 2014, expediente 3340-2013, Considerando IV.

¹⁸⁶ Cf. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (Viena, 23 de maio de 1969), art. 53.

¹⁸⁷ Cf. *Caso Goiburú vs. Paraguai*, par. 128.

¹⁸⁸ Cf. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas, par. 160.

¹⁸⁹ Cf. ONU. Relatório da Comissão de Direito Internacional sobre o Trabalho Realizado no 5º Período de Sessões. A/1316, 5 de junho e 29 de julho de 1950, p. 11. Princípios do Direito Internacional reconhecidos pelo Estatuto e pelas sentenças do Tribunal de Nuremberg, Princípio II: “O fato de que o direito interno não imponha pena alguma por um ato que constitua crime de Direito Internacional não exime de responsabilidade

232. Desde sua primeira sentença, esta Corte destacou a importância do dever estatal de investigar e punir as violações de direitos humanos. A obrigação de investigar e, oportunamente, processar e punir assume particular importância diante da gravidade dos delitos cometidos e da natureza dos direitos lesados,¹⁹⁰ especialmente em vista da proibição das execuções extrajudiciais e tortura como parte de um ataque sistemático contra uma população civil.¹⁹¹ A particular e determinante intensidade e importância dessa obrigação em casos de crimes contra a humanidade¹⁹² significa que os Estados não podem invocar: i) a prescrição; ii) o princípio *ne bis in idem*; iii) as leis de anistia; assim como iv) qualquer disposição análoga ou excludente similar de responsabilidade, para se escusar de seu dever de investigar e punir os responsáveis.¹⁹³ Além disso, como parte das obrigações de prevenir e punir crimes de direito internacional, a Corte considera que os Estados têm a obrigação de cooperar e podem v) aplicar o princípio de jurisdição universal a respeito dessas condutas.

B.3. A tortura e o assassinato de Vladimir Herzog (25 de outubro de 1975)

233. Uma vez estabelecidos os padrões a respeito dos crimes contra a humanidade e suas consequências para os Estados, a Corte passa a analisar o caso *sub judice*, para estabelecer: i) se a tortura e o assassinato de Vladimir Herzog ocorreram ou não num contexto de crimes contra a humanidade cometidos pela ditadura militar brasileira; e ii) as eventuais consequências dessa determinação para o Brasil no momento dos fatos e a partir de 10 de dezembro de 1998. Posteriormente, a Corte:

perante o Direito Internacional quem o tenha cometido". Disponível em: [http://undocs.org/es/A/1316\(SUPP\)](http://undocs.org/es/A/1316(SUPP)); Corte Internacional de Justiça, Sentença de 7 de setembro de 1927, *Assunto S.S. Lotus (França vs. Turquia)*, Série A, nº 10 (1927), 2 (20); TEDH. *Caso Kolk e Kislyiy vs. Estônia*, nºs 23052/04 e 24018/04. Decisão de inadmissibilidade, de 17 de janeiro de 2006; Ver também, em sentido similar, *Caso Vasiliauskas vs. Lituânia* [GS], nº 35343/05. Sentença de 20 de outubro de 2015, par. 167, 168, 170 e 172; CECC. *Decisão sobre exceções preliminares na causa contra IENG Sary (Ne Bis in Idem, Anistia e Indulto)*, Causa nº 002/19-09-2007/ECCC/TC, Sentença de primeira instância, de 3 de novembro de 2011, par. 41. Ver também, por exemplo, Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina: Recurso Ordinário de Apelação. Sentença de 2 de novembro de 1995, Caso de Erich Priebke N° 16.063/94, Considerando 4° e Voto coincidente do Juiz Julio S. Nazareno e Eduardo Moline O'Connor, Considerandos 76 e 77; Recurso de Fato. Sentença de 24 de agosto de 2004, Caso Arancibia Clavel, Enrique Lautaro, causa nº 259, Considerandos 34 a 38 e Voto do Juiz Antonio Boggiano, Considerando 29; Recurso de Fato. Sentença de 14 de junho de 2005, Caso Julio Héctor Simón e outros, causa nº 17.768, Voto do Juiz Antonio Boggiano, Considerando 42; Tribunal Oral Criminal Federal (La Plata). 26 de setembro de 2006, Caso "Circuito Camps" e outros, causa nº 2.251/06, Considerando IV-A. Em sentido similar, ver também Tribunal Constitucional do Peru. Sentença de 18 de março de 2004, Exp. nº 2.488-2002, fundamento 4; Suprema Corte de Justiça do Uruguai. Recurso de Cassação, 12 de agosto de 2015. Ficha 97-78/2012, Sentença 1.061/2015, Considerandos III.1.b. Da mesma forma, ver Peritagem de Juan Méndez, par. 42 (expediente de prova, folha 14075).

¹⁹⁰ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Mérito*. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C nº 4, par. 166; *Caso Vásquez Durand e outros vs. Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 15 de fevereiro de 2017. Série C nº 332, par. 141.

¹⁹¹ Cf. *Caso Goiburú e outros vs. Paraguai*, par. 84; *Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*, par. 137.

¹⁹² Cf. *Caso La Cantuta vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas*, par. 115; *Caso dos Massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador. Mérito, Reparações e Custas*, par. 208.

¹⁹³ Cf. *Caso Barrios Altos vs. Peru. Mérito*, par. 41; *Caso Membros da Aldeia Chichupac e comunidades vizinhas do Município de Rabinal vs. Guatemala. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 30 de novembro de 2016. Série C nº 328, par. 247.

iii) resumirá as ações do Estado; e iv) analisará sua compatibilidade com a Convenção Americana, para determinar a alegada responsabilidade internacional, de acordo com os artigos 8 e 25, em relação aos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento, e também em relação aos artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.

i) A tortura e o assassinato de Vladimir Herzog e o contexto na época dos fatos

234. A Corte constata que não há controvérsia entre as partes em relação a esse tema. O Brasil reconheceu sua responsabilidade pela detenção arbitrária, tortura e assassinato de Vladimir Herzog por agentes do Estado no DOI/CODI do II Exército, em 25 de outubro de 1975.¹⁹⁴

235. Testemunhas dos fatos declararam, em várias ocasiões, que Vladimir Herzog foi encapuzado, submetido a choques elétricos por uma equipe de torturadores e sufocado (par. 122 *supra*). O laudo pericial indireto acerca de sua morte determinou que “Vladimir Herzog foi inicialmente estrangulado, provavelmente com a cinta citada pelo perito criminal, e, em ato contínuo, foi montada um sistema de forca, onde uma das extremidades foi fixada a grade metálica de proteção da janela e, a outra, envolvida ao redor do pescoço [...]. Após, o corpo foi colocado em suspensão incompleta para simular um enforcamento”.¹⁹⁵

236. A controvérsia existe unicamente com respeito à possibilidade de indiciamento dos responsáveis e da aplicação da figura de crimes contra a humanidade em 1975, e figuras como a Lei de Anistia brasileira, a prescrição, o princípio de *ne bis in idem* e a coisa julgada.

237. De acordo com a jurisprudência da Corte Interamericana e de outros tribunais internacionais, nacionais e órgãos de proteção de direitos humanos, a tortura e o assassinato do senhor Herzog seriam considerados uma grave violação de direitos humanos. Não obstante, ante a necessidade de estabelecer se persistiam obrigações de investigar, julgar e punir os responsáveis pela tortura e pela morte de Vladimir Herzog como crimes contra a humanidade, no momento do reconhecimento da competência da Corte por parte do Brasil, o Tribunal também analisará se a tortura e o assassinato de Vladimir Herzog foram i) cometidos por agentes estatais ou por um grupo organizado como parte de um plano ou estratégia preestabelecida, ou seja, com intencionalidade e conhecimento do plano; ii) de maneira generalizada ou sistemática; iii) contra a população civil; e iv) com um propósito discriminatório/proibido. Para esse efeito, o Tribunal examinará a prova apresentada no presente caso e os fatos e o contexto que a Corte já considerou provados na sentença do Caso *Gomes Lund e outros*.

238. Em primeiro lugar, cabe ao Tribunal definir se os fatos foram parte de um plano ou estratégia de Estado. A esse respeito, a Corte considera provado que:

¹⁹⁴ Cf. Escrito de contestação do Estado (expediente de mérito, folhas 349 e 350).

¹⁹⁵ Relatório da Comissão Nacional da Verdade (expediente de prova, folha 3301).

a) o golpe militar de 1964 se consolidou com base na Doutrina da Segurança Nacional e na emissão de normas de segurança nacional e de exceção, as quais “funcionaram como pretense marco legal para dar cobertura jurídica à escalada repressiva”¹⁹⁶. O inimigo poderia estar em qualquer parte, dentro do próprio país, inclusive ser um nacional, desenvolvendo-se um imaginário social de constante controle, típico dos Estados totalitários. Para enfrentar esse novo desafio, era urgente estruturar um novo aparato repressivo. Assim, adotaram-se diferentes concepções de guerra: guerra psicológica adversa, guerra interna e guerra subversiva são alguns dos termos que foram utilizados para julgar presos políticos pela Justiça Militar;¹⁹⁷

b) em março de 1970, o sistema foi consolidado em um ato do Poder Executivo denominado “Diretriz Presidencial de Segurança Interna”, que recebeu a denominação de “Sistema de Segurança Interna (SISSEGIN)”. Em virtude dessa diretriz, todos os órgãos da Administração Pública nacional estavam sujeitos às “medidas de coordenação” do comando unificado da repressão política. O sistema instituído estava estruturado em dois níveis:

1. no plano nacional, atuavam o SNI e os Centros de Informação do Exército (CIE), da Marinha (CENIMAR) e da Aeronáutica (CISA), esses últimos vinculados diretamente aos gabinetes dos ministros militares;

2. no plano regional, criaram-se Zonas de Defesa Interna (ZDIs), correspondentes à divisão dos comandos do I, II, III, IV e IV Exércitos. Nelas funcionavam:

2.1. Conselhos e Centros de Operações de Defesa Interna (denominados, respectivamente, CONDIS e CODIS), integrados por membros das três Forças Armadas e pelas Secretarias de Segurança dos Estados, com funções de coordenação das ações de repressão política nas respectivas ZDIs; e

2.2. a partir do segundo semestre de 1970, foram estabelecidos Destacamentos de Operações de Informação (DOI), em São Paulo, Rio de Janeiro, Recife e Brasília, e, no ano seguinte, também em Curitiba, Belo Horizonte, Salvador, Belém e Fortaleza. Em Porto Alegre, foi criado em 1974;¹⁹⁸

c) o Manual de Interrogatório do CIE, de 1971, estabelecia que o detido a ser apresentado a um tribunal devia ser tratado de

¹⁹⁶ *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, par. 85.

¹⁹⁷ *Cf. Direito à Memória e à Verdade: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos* (expediente de prova, folha 20).

¹⁹⁸ *Cf. Relatório da Comissão Nacional da Verdade* (expediente de prova, folhas 642 e 668-671); e *Ministério Público Federal, Crimes da Ditadura Militar*, p. 56 e 57 (expediente de prova, folha 14254).

maneira tal que não apresentasse evidências de ter sofrido coação em suas confissões. Além disso, dispunha que o objetivo de um interrogatório de subversivos não era proporcionar dados à Justiça Penal; seu objetivo real era obter o máximo possível de informação. Para conseguir esse objetivo, devia-se recorrer a métodos de interrogatório que, legalmente, constituíam violência;¹⁹⁹

d) entre 1973 e 1975, jornalistas da “Voz Operária” e membros do Partido Comunista Brasileiro (PCB) passaram a ser sequestrados ou detidos e, às vezes, torturados. A chamada “Operação Radar”, levada adiante pelo Centro de Informação do Exército e pelo DOI/CODI do II Exército representou uma ofensiva dos órgãos de segurança para combater e dismantlar o PCB e seus membros. A Operação não se limitava a deter os membros do PCB, mas também tinha por objetivo matar seus dirigentes.²⁰⁰ Entre 1974 e 1976, dezenas de membros e dirigentes do PCB foram detidos, torturados e mortos pela Operação, de modo que a quase totalidade de seu Comitê Central foi eliminada;²⁰¹

e) o DOI-CODI/II Exército contou com um efetivo de 116 homens, provenientes do Exército, da Polícia Militar do Estado de São Paulo, da Polícia Civil, da Aeronáutica e da Polícia Federal. A estrutura dos DOI-CODI possibilitava a conjugação de esforços entre esses organismos, quando fosse o caso. Era conhecido entre seus membros como “*casa da vovó*”;²⁰² e

f) o marco jurídico instituído pelo regime assegurou especialmente a impunidade dos que praticavam sequestros, torturas, homicídios e desaparecimentos, ao excluir do controle judicial todos os atos cometidos pelo “Comando Supremo da Revolução” e ao instituir a competência da Justiça Militar para julgar crimes contra a segurança nacional.²⁰³

239. Com respeito ao caráter sistemático ou generalizado dos fatos ocorridos e sua natureza discriminatória ou proibida, bem como à condição de civil das vítimas, a Corte igualmente considera provado que, no período em que ocorreram os fatos:

a) os opositores políticos da ditadura – e todos aqueles que, de alguma forma, eram por ela percebidos como seus inimigos –

¹⁹⁹ Cf. Relatório da Comissão Nacional da Verdade (expediente de prova, folha 650); e Ministério Público Federal, Crimes da Ditadura Militar (expediente de prova, folha 14290).

²⁰⁰ Cf. Relatório da Comissão Nacional da Verdade (expediente de prova, folha 3317); e Relatório da Comissão Nacional da Verdade (expediente de prova, folha 634).

²⁰¹ Cf. Direito à Memória e à Verdade: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (expediente de prova, folha 20); e Relatório da Comissão Nacional da Verdade (expediente de prova, folha 634).

²⁰² Relatório da Comissão Nacional da Verdade (expediente de prova, folha 676).

²⁰³ Cf. Ministério Público Federal, Crimes da Ditadura Militar, p. 93 (expediente de prova, folha 14290).

eram perseguidos, sequestrados, torturados e/ou mortos.²⁰⁴ Com a emissão do Ato Institucional nº 5, em dezembro de 1968, o Estado intensificou suas operações de controle e ataque sistemáticos contra a população civil. Com efeito, os instrumentos autoritários antes impostos aos denominados “inimigos subversivos” se estenderam a todos os estratos sociais, revelando a sistematicidade de seu uso;²⁰⁵

b) portanto, a partir de 1970 e até 1975, o regime adotou, como prática sistemática, as execuções e desaparecimentos de opositores, sobretudo daqueles considerados mais “perigosos” ou de maior importância na hierarquia das organizações opositoras e/ou que representavam uma ameaça. O período registra 281 mortes ou desaparecimentos de dissidentes, o equivalente a 75% do total de mortos e desaparecidos durante toda a ditadura (369);²⁰⁶

c) a prática de invasão de domicílio, sequestro e tortura fazia parte do método regular de obtenção de informação usado por órgãos como o CIE e os DOIs.²⁰⁷ As forças de segurança se utilizavam de centros clandestinos de detenção para praticar esses atos de tortura e assassinar membros do PCB considerados inimigos do regime. Esses espaços de terror, financiados com recursos públicos, foram deliberadamente criados para assegurar total liberdade de atuação dos agentes envolvidos e nenhum controle jurídico sobre o que ali se fazia, possibilitando, inclusive, o desaparecimento dos corpos;²⁰⁸

d) os métodos empregados na repressão à oposição violentavam a própria legalidade autoritária instaurada pelo golpe de 1964, entre outros motivos, porque o objetivo primário do sistema não era a produção de provas válidas para ser usadas em processos judiciais, mas o desmantelamento – a qualquer custo – das organizações de oposição. Essas ações se dirigiam especialmente às organizações envolvidas em ações de resistência armada,²⁰⁹ mas também a civis desarmados²¹⁰;

e) o *modus operandi* adotado pela repressão política nesse período era o seguinte: por meio de informantes, testemunhas, agentes infiltrados ou suspeitos interrogados, os agentes do DOI chegavam à localização de um possível integrante de organização classificada como “subversiva” ou “terrorista”. O suspeito era, então, sequestrado por agentes das equipes de busca e apreensão da Seção de

²⁰⁴ Cf. Relatório da Comissão Nacional da Verdade (expediente de prova, folha 808).

²⁰⁵ Cf. Ministério Público Federal, Crimes da Ditadura Militar, p. 93 (expediente de prova, folha 14290).

²⁰⁶ Cf. Ministério Público Federal, Crimes da Ditadura Militar, p. 76 e 77 (expediente de prova, folhas 14273 e 14274).

²⁰⁷ Cf. Ministério Público Federal, Crimes da Ditadura Militar, p. 54 (expediente de prova, folha 14251).

²⁰⁸ Cf. Relatório da Comissão Nacional da Verdade, p. 152 e 153 (expediente de prova, folhas 682 e 683); e Ministério Público Federal, Crimes da Ditadura Militar, p. 80 (expediente de prova, folha 14277).

²⁰⁹ Cf. Ministério Público Federal, Crimes da Ditadura Militar, p. 54 (expediente de prova, folha 14251).

²¹⁰ Cf. Ministério Público Federal, Crimes da Ditadura Militar, p. 85 (expediente de prova, folha 14282).

Operações e imediatamente conduzido à presença de uma das equipes da Subseção de Interrogatório;²¹¹

f) a tortura passou a ser sistematicamente usada pelo Estado brasileiro desde o golpe de 1964, seja como método de obtenção de informações ou confissões (técnica de interrogatório), seja como forma de disseminar o medo (estratégia de intimidação). Converteu-se na essência do sistema militar de repressão política, baseada nos argumentos da supremacia da segurança nacional e da existência de uma “guerra contra o terrorismo”. Foi utilizada com regularidade por diversos órgãos da estrutura repressiva, entre delegacias e estabelecimentos militares, bem como em estabelecimentos clandestinos em diferentes espaços do território nacional. A prática de tortura era deliberada e de uso estendido, constituindo uma peça fundamental do aparato de repressão montado pelo regime;²¹²

g) os interrogatórios, assim como as torturas e os demais castigos, eram rigorosamente controlados pela chefia da seção. Como os DOI/CODI possuíam muitos interrogadores, e como estes se dividiam entre, pelo menos, três equipes separadas (A, B, C), o interrogatório sempre era orientado pelo chefe da Seção de Informação e de Análise. Assim, ao ter início a sessão, o interrogador recebia por escrito as perguntas e, debaixo delas, vinha o que denominavam “munição” e a indicação do tratamento a ser dispensado ao interrogado;²¹³ e

h) outras evidências do caráter sistemático da tortura eram a existência de um campo de conhecimento sobre o qual se encontrava baseada; a presença de médicos e enfermeiros nos centros de tortura; a repetição de fatos com as mesmas características; a burocratização do crime, com a designação de estabelecimentos, recursos e pessoal próprio, com equipes para cumprir turnos em sua execução, e a adoção de estratégias de negação.²¹⁴

240. Quanto à natureza e à gravidade dos fatos, a Corte constata que relatórios oficiais do Estado brasileiro documentaram os seguintes métodos de tortura física e psicológica utilizados pela ditadura.

a) Tortura física

1. *Choque elétrico*: aplicação de descargas elétricas em várias partes do corpo da pessoa torturada, preferencialmente nas partes mais

²¹¹ Cf. Ministério Público Federal, Crimes da Ditadura Militar, p. 73 e 74 (expediente de prova, folhas 14270 e 14271).

²¹² Cf. Relatório da Comissão Nacional da Verdade, p. 343 a 346 (expediente de prova, folhas 873 a 878).

²¹³ Cf. Relatório da Comissão Nacional da Verdade, p. 144 (expediente de prova, folha 674).

²¹⁴ Cf. Relatório da Comissão Nacional da Verdade, p. 350 (expediente de prova, folha 880).

sensíveis, como, por exemplo, no pênis e ânus, amarrando-se um polo no primeiro e introduzindo-se outro no segundo; ou amarrando-se um polo nos testículos e outro no ouvido; ou ainda, nos dedos dos pés e mãos, na língua etc. Quando se tratava de mulheres, os polos eram introduzidos na vagina e no ânus.²¹⁵

2. *Cadeira do dragão*: uma cadeira pesada, na qual a vítima era presa para o recebimento de choques elétricos, com uma trava empurrando suas pernas para trás, e na qual as pernas batiam com os espasmos decorrentes das descargas elétricas.²¹⁶

3. *Palmatória*: é a utilização de uma haste de madeira, com perfurações na extremidade, que é arredondada. É usada de preferência na região da omoplata, na planta dos pés e palma das mãos, nádegas etc., causando o rompimento de capilares sanguíneos e ocasionando derrames e inchaço, que impedem a vítima de caminhar e de segurar qualquer coisa.²¹⁷

4. *Afogamento*: uma das formas mais comuns, que consiste em derramar-se água ou uma mistura de água com querosene ou amoníaco ou outro líquido qualquer pelo nariz da vítima, já pendurada de cabeça para baixo. Outra forma consistia em vedar as fossas nasais e introduzir uma mangueira na boca, por onde é despejada a água.²¹⁸

5. *Telefone*: técnica de aplicação de pancada com as mãos em concha nos dois ouvidos ao mesmo tempo que, ocasionalmente, deixava a pessoa desorientada e, além disso,

²¹⁵ Para conseguir as descargas, os torturadores utilizavam vários aparelhos: magneto (conhecido como “maquininha” na Oban e “maricota” do DOPS/RS); telefone de campanha (em quartéis); aparelho de televisão (conhecido como “Brigitte Bardot” no DEOPS/SP); microfone (no DEOPS/SP); “pianola”, aparelho que, dispo de várias teclas, permitia a variação controlada da voltagem da corrente elétrica (no PIC-Brasília e no DEOPS/SP); e também choque direto de tomada em corrente de 110 e até 220 volts. Era muito comum que a vítima, ao receber as descargas, mordesse a língua, ferindo-se gravemente. Consta de compêndios médicos que o eletrochoque aplicado na cabeça provoca micro-hemorragias no cérebro, destruindo substância cerebral e diminuindo o patrimônio neurônico do cérebro. Com isso, no mínimo provocava distúrbios na memória e sensível diminuição da capacidade de pensar e, às vezes, amnésia definitiva. A aplicação intensa de choques foi causa de morte de muitos presos políticos, particularmente quando portadores de problemas cardíacos. Relatório da Comissão Nacional da Verdade, p. 366 (expediente de prova, folha 896).

²¹⁶ Segundo presos políticos de São Paulo: “É semelhante a uma ‘cadeira elétrica’. Constitui-se por uma poltrona de madeira, revestida com folha de zinco. O torturado é sentado nu, tendo seus pulsos amarrados aos braços da cadeira e as pernas forçadas para baixo e presas por uma trava. Ao ser ligada a corrente elétrica, os choques atingem todo o corpo, principalmente nádegas e testículos; as pernas se ferem batendo na trava que as prende. Além disso, há sevícias complementares: ‘capacete elétrico’ (balde de metal enfiado na cabeça e onde se aplicam descargas elétricas); jogar água no corpo para aumentar a intensidade do choque; obrigar a comer sal, que, além de agravar o choque, provoca intensa sede e faz arder a língua já cortada pelos dentes; tudo acompanhado de pancadas generalizadas”. Relatório da Comissão Nacional da Verdade, p. 367 (expediente de prova, folha 897).

²¹⁷ Cf. Relatório da Comissão Nacional da Verdade, p. 368 (expediente de prova, folha 898).

²¹⁸ Outras formas eram mergulhar a cabeça do preso em um tanque, tambor ou balde de água, forçando-lhe a nuca para baixo; “*pescaria*”, quando amarrada uma longa corda por sob os braços do preso e este é lançado em um poço ou mesmo em rios ou lagoas, afrouxando-se e puxando a corda de tempo em tempo. Relatório da Comissão Nacional da Verdade, p. 368-369 (expediente de prova, folhas 898-899).

podia romper os tímpanos. Desse modo, algumas vítimas perdiam a audição permanentemente.²¹⁹

6. *Sessão de caratê ou corredor polonês*: a vítima era agredida em meio a uma roda de torturadores, com socos, pontapés, golpes de caratê, bem como com ripas de madeira, mangueiras de borracha, vergalho de boi ou tiras de pneu.²²⁰

7. *Uso de produtos químicos*: se utilizava com frequência qualquer tipo de produto químico contra o torturado, seja para fazê-lo falar, por alteração da consciência, seja para provocar dor, para assim obter a informação desejada. Alguns exemplos dessa técnica: aplicar ácido ou álcool no corpo ferido do detido, ligando-se, na sequência, o ventilador.²²¹

7.1. *Soro da verdade*: geralmente se aplicava com o torturado preso a uma cama ou maca, sendo a droga injetada por via endovenosa, gota a gota. A utilização dessa droga na medicina se dá sob estrito controle, já que ela promove graves efeitos colaterais e até mesmo a morte no caso de doses excessivas.²²²

7.2. *Temperar com éter*: aplicar uma espécie de compressa embebida em éter, particularmente em partes sensíveis do corpo, como boca, nariz, ouvidos, pênis etc. ou introduzir buchas de algodão ou pano, também embebidas em éter, no ânus ou vagina do torturado ou da torturada.²²³

7.3. *Injeção de éter*: aplicação de injeções subcutâneas de éter que provoca dores lancinantes. Normalmente, esse método de tortura ocasiona necrose dos tecidos atingidos, cuja extensão dependia da área alcançada.²²⁴

8. *Sufocamento*: obstrução da respiração e a produção de sensação de asfixia, tapando-se a boca e o nariz da vítima com materiais como pano ou algodão, o que também impedia a vítima de gritar. O torturado sentia tonturas e podia desmaiar.²²⁵

²¹⁹ Cf. Relatório da Comissão Nacional da Verdade, p. 369 (expediente de prova, folha 899).

²²⁰ Cf. Relatório da Comissão Nacional da Verdade, p. 369 (expediente de prova, folha 899).

²²¹ Cf. Relatório da Comissão Nacional da Verdade, p. 369 (expediente de prova, folha 899).

²²² Trata-se do pentotal sódico, um barbitúrico (os barbitúricos e outros hipnóticos produzem um efeito progressivo, primeiro sedativo e, em seguida, de anestesia geral e, finalmente, de depressão gradativa dos centros bulbares). Relatório da Comissão Nacional da Verdade, p. 370 (expediente de prova, folha 900).

²²³ A aplicação demorada e repetida dessas compressas e buchas provocava queimaduras, que causavam muita dor. Relatório da Comissão Nacional da Verdade, p. 370 (expediente de prova, folha 900).

²²⁴ Cf. Relatório da Comissão Nacional da Verdade, p. 370 (expediente de prova, folha 900).

²²⁵ Cf. Relatório da Comissão Nacional da Verdade, p. 371 (expediente de prova, folha 901).

9. *Enforcamento*: a pessoa torturada tinha o pescoço apertado com uma corda ou tira de pano, sentindo sensação de asfixia, sendo que, às vezes, provocava desmaio.²²⁶

10. *Crucificação*: penduravam a vítima pelas mãos ou pés amarrados, em ganchos presos no teto ou na escada, deixando-a pendurada e aplicando-lhe choques elétricos, palmatória e as outras torturas usuais.²²⁷

11. *Furar poço de petróleo*: o torturado era obrigado a colocar a ponta de um dedo da mão no chão e correr em círculos, sem mexer o dedo, até cair exausto. Isso ocorria sob pancadas, pontapés e todo o tipo de violência.²²⁸

12. *Colocar-se de pé sobre duas latas abertas*: se obrigava a vítima a equilibrar-se com os pés descalços sobre as bordas cortantes de duas latas abertas. Às vezes, isso se fazia até que a pessoa sangrasse. Quando a vítima se desequilibrava e caía, intensificavam-se os espancamentos.²²⁹

13. *Geladeira*: tecnologia de tortura de origem britânica em que a pessoa detida era confinada em uma cela de aproximadamente 1,5m x 1,5m de altura, para impedir que se ficasse de pé. A porta interna era de metal e as paredes eram forradas com placas isolantes. Não havia orifício por onde entrar luz ou sons externos. Um sistema de refrigeração e um de calefação alternavam temperaturas baixas com temperaturas altas. A cela era totalmente escura a maior parte do tempo. No teto, se acendiam pequenas luzes coloridas, em ritmo rápido e intermitente, ao mesmo tempo que um alto-falante instalado dentro da cela emitia sons de gritos, buzinas e outros, em altíssimo volume. A vítima, despida, permanecia aí por períodos que variavam de horas até dias, muitas vezes sem alimentação ou água.²³⁰

14. *Pau de arara*: um dos métodos mais utilizados e conhecidos, sendo largamente adotado como ilustração simbólica da prática da tortura. Nessa modalidade, a vítima ficava suspensa por um travessão, de madeira ou metal, com os braços e pés atados. Nessa posição, outros métodos de tortura eram aplicados, como afogamento, palmatória, sevícias sexuais e choques elétricos, entre outros.²³¹

²²⁶ Cf. Relatório da Comissão Nacional da Verdade, p. 371 (expediente de prova, folha 901).

²²⁷ Cf. Relatório da Comissão Nacional da Verdade, p. 371 (expediente de prova, folha 901).

²²⁸ Cf. Relatório da Comissão Nacional da Verdade, p. 371 (expediente de prova, folha 901).

²²⁹ Cf. Relatório da Comissão Nacional da Verdade, p. 371 (expediente de prova, folha 901).

²³⁰ Cf. Relatório da Comissão Nacional da Verdade, p. 372 (expediente de prova, folha 902).

²³¹ Cf. Relatório da Comissão Nacional da Verdade, p. 372 (expediente de prova, folha 902).

15. *Utilização de animais*: os presos políticos eram expostos aos mais variados tipos de animais, como cachorros, ratos, jacarés, cobras, baratas, que eram lançados contra a vítima ou mesmo introduzidos em alguma parte de seu corpo.²³²

16. *Coroa de cristo*: fita de aço em torno do crânio, com uma tarraxa permitindo que fosse apertada.²³³

17. *Churrasquinho*: consistia em atear fogo em partes do corpo da vítima previamente embebidas em álcool.²³⁴

18. *Outras formas de tortura*: praticadas isoladas ou em conjunto, como queimar com cigarros alguma parte do corpo, arrancar com alicate pelos do corpo (especialmente os pubianos), dentes e/ou unhas, obrigar o torturado com sede a beber salmoura, introduzir bucha de palha de aço no ânus e nelas aplicar descargas elétricas, amarrar fio de náilon entre os testículos e os dedos dos pés e obrigar a vítima a caminhar, açoitar, amarrar a grades da cela, amarrar a lanchas e arrastar pela água, amarrar o pênis para não urinar, asfixiar, forçar a ingestão de água da latrina, chicotear, cuspir, manter em isolamento em celas molhadas, frias, sem iluminação e sujas, martelar dedos, enterrar vivos, forçar a prática de exercícios físicos, estrangular, fazer roleta russa, cortar a orelha, mutilar e o mais comum de todos, o espancamento.²³⁵

b) Tortura psicológica: intimidação, ameaças graves e críveis à integridade física ou à vida da vítima ou de terceiros e a humilhação.²³⁶

1. *Torturas físico-psíquicas*: vestir a pessoa detida com camisa de força, obrigá-la a permanecer durante horas algemado ou amarrado em macas ou camas, mantê-la por muitos dias com os olhos vendados ou com capuz na cabeça, manter o preso sem comer, sem beber e sem dormir, confinar a vítima em celas de isolamento e acender fortes refletores de luz sobre a pessoa.²³⁷

2. *Ameaça*: era usada para aterrorizar as vítimas e era a forma mais frequente de tortura psicológica. Eram ameaças como: cometer aborto, na vítima ou na família; afogar; asfixiar; colocar

²³² No caso dos camundongos, eram destrutivos uma vez que após introduzidos nos corpos das vítimas, este animal não sabia andar para trás. Relatório da Comissão Nacional da Verdade, p. 373 e 374 (expediente de prova, folhas 903 e 904).

²³³ Assim foi assassinada Aurora Maria Nascimento Furtado. Relatório da Comissão Nacional da Verdade, p. 374 (expediente de prova, folha 904).

²³⁴ Cf. Relatório da Comissão Nacional da Verdade, p. 374 (expediente de prova, folha 904).

²³⁵ Cf. Relatório da Comissão Nacional da Verdade, p. 375 (expediente de prova, folha 905).

²³⁶ Cf. Relatório da Comissão Nacional da Verdade, p. 375 (expediente de prova, folha 905).

²³⁷ Outros exemplos dessas técnicas são o isolamento, a proibição absoluta de comunicar-se e a privação de sono. Relatório da Comissão Nacional da Verdade, p. 375 (expediente de prova, folha 905).

animais no corpo; obrigar a comer fezes; entregar o preso a outra unidade repressiva mais violenta; estrangular; estuprar familiar; fuzilar; matar; prender familiar; violentar sexualmente; fazer lavagem cerebral; mutilar alguma parte do corpo. Também se podem mencionar ameaças de morte representadas por ações como: obrigar o preso a cavar a própria sepultura, dançar com um cadáver, fazer roleta russa, entre outras.²³⁸

3. *Ameaça a familiares e amigos*: inclusive mulheres grávidas e filhos crianças ou, ainda, torturar amigos diante do torturado, para que este sentisse culpa pela ação dos torturadores e pelo sofrimento daqueles que lhe eram queridos.²³⁹

241. Os fatos descritos não deixam dúvidas quanto a que a detenção, tortura e assassinato de Vladimir Herzog foram, efetivamente, cometidos por agentes estatais pertencentes ao DOI/CODI do II Exército de São Paulo, como parte de um plano de ataque sistemático e generalizado contra a população civil considerada “opositora” à ditadura, em especial, no que diz respeito ao presente caso, jornalistas e supostos membros do Partido Comunista Brasileiro. Sua tortura e morte não foi um acidente, mas a consequência de uma máquina de repressão extremamente organizada e estruturada para agir dessa forma e eliminar fisicamente qualquer oposição democrática ou partidária ao regime ditatorial, utilizando-se de práticas e técnicas documentadas, aprovadas e monitoradas detalhadamente por altos comandos do Exército e do Poder Executivo. Concretamente, sua detenção era parte da Operação Radar, que havia sido criada para “combater” o PCB. Dezenas de jornalistas e membros do PCB haviam sido detidos e torturados antes de Herzog e também o foram posteriormente, em consequência da ação sistemática da ditadura para desmantelar e eliminar seus supostos opositores. O Estado brasileiro, por intermédio da Comissão Nacional da Verdade, confirmou a conclusão anterior em seu Informe Final, publicado em 2014.

242. A Corte conclui que os fatos registrados contra Vladimir Herzog devem ser considerados crime contra a humanidade, conforme a definição do Direito Internacional desde, pelo menos, 1945 (par. 211 a 228 *supra*). Também de acordo com o afirmado na sentença do *Caso Almonacid Arellano*, no momento dos fatos relevantes para o caso (25 de outubro de 1975), a proibição de crimes de direito internacional e crimes contra a humanidade já havia alcançado o *status* de norma imperativa de direito internacional (*jus cogens*), o que impunha ao Estado do Brasil e, com efeito, a toda a comunidade internacional a obrigação de investigar, julgar e punir os responsáveis por essas condutas, uma vez que constituem uma ameaça à paz e à segurança da comunidade internacional (par. 212 *supra*).

²³⁸ Cf. Relatório da Comissão Nacional da Verdade, p. 376 (expediente de prova, folha 906).

²³⁹ Cf. Relatório da Comissão Nacional da Verdade, p. 378 (expediente de prova, folha 908).

ii) *Obrigações do Estado a partir da caracterização da tortura e assassinato de Vladimir Herzog como crime contra a humanidade*

243. Em casos em que se alega que ocorreram fatos constitutivos de tortura e execução extrajudicial, é fundamental que os Estados realizem uma investigação efetiva da privação arbitrária do direito à vida reconhecido no artigo 4 da Convenção, com vistas à determinação da verdade e à persecução, captura, julgamento e eventual punição dos autores dos atos.²⁴⁰ Esse dever assume particular intensidade quando estão ou podem estar envolvidos agentes estatais²⁴¹ que detenham o monopólio do uso da força em um contexto provado de crimes contra a humanidade. Além disso, se os atos violatórios aos direitos humanos não são investigados com seriedade, seriam, de certo modo, favorecidos pelo poder público, o que compromete a responsabilidade internacional do Estado.²⁴²

244. Em virtude de os crimes cometidos contra Vladimir Herzog terem ocorrido num contexto de crimes contra a humanidade, em violação de uma norma peremptória de direito internacional que, desde aquela época, possuía efeitos *erga omnes*, uma vez que o Estado tenha conhecimento dos atos constitutivos de tortura devia iniciar *ex officio* a investigação pertinente, a fim de estabelecer as responsabilidades individuais cabíveis.²⁴³

iii) *Ações do Estado no presente caso*

245. A seguir, a Corte analisará brevemente as medidas tomadas pelo Estado e pelos familiares de Vladimir Herzog antes e depois do reconhecimento da competência da Corte. O Tribunal reitera que os fatos anteriores a 10 de dezembro de 1998 servem para determinar o estado de coisas a partir dessa data, desde a qual a Corte tem competência para determinar eventuais violações à Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

a. *IPM nº 1173-75*

246. Em virtude da comoção pela morte do senhor Herzog, o II Exército abriu um inquérito na jurisdição penal militar (IPM nº 1173-75), em 30 de outubro de 1975. Essa investigação – caracterizada amplamente como fraudulenta – teve como resultado a versão segundo a qual Vladimir Herzog teria cometido suicídio mediante enforcamento. Portanto, a Justiça Militar arquivou o caso em fevereiro de 1976 (par. 128 *supra*). A esse respeito, o Estado reconheceu perante esta Corte que esse inquérito penal militar “não pode ser tido como uma tentativa válida de investigação dos fatos e tampouco seria hábil a atender à obrigação de investigar, processar e punir”.²⁴⁴

²⁴⁰ Cf. *Caso da Massacre de Pueblo Bello vs. Colômbia*. Sentença de 31 de janeiro de 2006. Série C nº 140, par. 143; e *Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil*, par. 177.

²⁴¹ Cf. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 25 de novembro de 2003. Série C nº 101, par. 156; e *Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil*, par. 177.

²⁴² Cf. *Caso do Massacre de Pueblo Bello vs. Colômbia*, par. 145; e *Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil*, par. 177

²⁴³ Cf. *Caso do Massacre de Rio Negro vs. Guatemala*, par. 225; e *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*, par. 362.

²⁴⁴ Escrito de Contestação do Estado, par. 15 (expediente de mérito, folha 319).

247. Embora essa ação estatal não se encontre dentro da competência contenciosa da Corte, esta recorda sua jurisprudência constante relativa aos limites da competência da jurisdição militar para conhecer fatos que constituem violações de direitos humanos, no sentido de que, num Estado democrático de direito, a jurisdição penal militar terá um alcance restritivo e excepcional e será destinada à proteção de interesses jurídicos especiais, vinculados às funções próprias das forças armadas.²⁴⁵ Por isso, a Corte salientou que através do foro militar só devem ser julgados militares da ativa pela prática de crimes ou faltas que, por sua própria natureza, atentem contra bens jurídicos próprios da ordem castrense.²⁴⁶ O fato de que os sujeitos envolvidos pertençam às forças armadas ou que os acontecimentos tenham ocorrido dentro de um estabelecimento militar não significa *per se* que a justiça castrense deva intervir. Isso porque, considerando a natureza do crime e o bem jurídico lesado, a jurisdição penal militar não é o foro competente para investigar e, se for o caso, julgar e punir os autores de violações de direitos humanos, devendo a ação contra os responsáveis competir sempre à justiça ordinária ou comum.²⁴⁷

248. Por outro lado, a Corte reiteradamente afirmou que as normas ou parâmetros sobre as limitações que a jurisdição militar deve observar são os seguintes:²⁴⁸ a) não é o foro competente para investigar e, se for o caso, julgar e punir os autores de todas as violações de direitos humanos;²⁴⁹ b) só pode julgar militares em serviço ativo;²⁵⁰ e c) só pode julgar a prática de delitos ou faltas (cometidos por militares na ativa) que atentem, por sua própria natureza, contra bens jurídicos próprios da ordem militar.²⁵¹

b. Ação declaratória civil

249. Ante os resultados fraudulentos do inquérito policial militar nº 1173-75 e a impossibilidade legal de que os órgãos do Estado investigassem efetivamente a tortura

²⁴⁵ Cf. *Caso Durand e Ugarte vs. Peru*. Mérito. Sentença de 16 de agosto de 2000. Série C nº 68, par. 117; e *Caso Ortiz Hernández e outros vs. Venezuela*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de agosto de 2017. Série C nº 338, par. 148.

²⁴⁶ Cf. *Caso Durand e Ugarte vs. Peru*. Mérito, par. 117; e *Caso Ortiz Hernández e outros vs. Venezuela*, par. 148.

²⁴⁷ Cf. *Caso do Massacre de La Rochela vs. Colômbia*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 11 de maio de 2007. Série C nº 163, par. 200; e *Caso Ortiz Hernández e outros vs. Venezuela*, par. 148.

²⁴⁸ Cf. *Caso Quispilaya Vilcapoma vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de novembro de 2015. Série C nº 308, par. 146.

²⁴⁹ Cf. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de novembro de 2009. Série C nº 209, par. 273; *Caso Fernández Ortega e outros vs. México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de agosto de 2010. Série C nº 215, par. 176; *Caso Rosendo Cantú e outra vs. México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2010. Série C nº 216, par. 160; *Caso Escué Zapata vs. Colômbia*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 4 de julho de 2007. Série C nº 165, par. 105; *Caso Comunidade Camponesa de Santa Bárbara vs. Peru*, par. 245; *Caso Quispilaya Vilcapoma vs. Peru*, par. 146; e *Caso Ortiz Hernández e outros vs. Venezuela*, par. 148.

²⁵⁰ Cf. *Caso Radilla Pacheco vs. México*, par. 272; *Caso Fernández Ortega e outros vs. México*, par. 176; e *Caso Rosendo Cantú e outra vs. México*, par. 160; *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de maio de 1999. Série C nº 52, par. 128; *Caso Quispilaya Vilcapoma vs. Peru*, par. 146; e *Caso Ortiz Hernández e outros vs. Venezuela*, par. 148.

²⁵¹ Cf. *Caso Radilla Pacheco vs. México*, par. 313; *Caso Fernández Ortega e outros vs. México*, par. 179; e *Caso Rosendo Cantú e outra vs. México*, par. 163; *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas, par. 128; *Caso Quispilaya Vilcapoma vs. Peru*, par. 146; e *Caso Ortiz Hernández e outros vs. Venezuela*, par. 148.

e a morte de Vladimir Herzog, seus familiares apresentaram uma ação declaratória. Apesar da natureza civil desse processo, a sentença de primeira instância (par. 132 a 134 *supra*) estabeleceu que i) Vladimir Herzog havia morrido de causas não naturais quando estava no DOI/CODI/SP; ii) a União não conseguiu comprovar sua tese do suicídio de Herzog; iii) a detenção de Herzog havia sido ilegal; iv) o relatório complementar da Justiça Militar não tinha valor porque foi elaborado com base no relatório de necropsia cuja falsificação foi demonstrada; v) houve crime de abuso de autoridade, além de crime de tortura praticada contra Vladimir Herzog e os demais presos políticos que estavam detidos no DOI/CODI. Finalmente, o Juiz Federal determinou que os autos do caso fossem remetidos ao Procurador da Justiça Militar. No entanto, a Procuradoria Militar não tomou nenhuma iniciativa a esse respeito. A União apelou dessa sentença de primeira instância, a qual se tornou definitiva em 27 de setembro de 1995 (par. 135 *supra*).

c. A Lei de Anistia e o Inquérito Policial nº 487/92

250. Em 28 de agosto de 1979, foi aprovada a Lei de Anistia nº 6.683/79. Em 1992, após a publicação de uma entrevista com um reconhecido torturador, Pedro Antonio Mira Grancieri, que afirmou que havia sido o único responsável pelo interrogatório de Herzog, foi enviada uma solicitação ao Ministério Público (MP) do Estado de São Paulo para que investigasse a participação de Mira Grancieri na morte de Vladimir Herzog. O Ministério Público solicitou à polícia a abertura de inquérito policial, mas, poucos meses depois, Mira Grancieri interpôs um *habeas corpus* a seu favor, o qual foi julgado procedente por unanimidade, em outubro de 1992, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. Por conseguinte, encerrou-se o inquérito policial, em cumprimento à Lei de Anistia. Em janeiro de 1993, o Procurador-Geral de São Paulo apelou da decisão. No entanto, em 18 de agosto de 1993, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) confirmou a decisão de primeira instância. Os magistrados alegaram questões processuais para rejeitar esse recurso (par. 140 a 145 *supra*).

251. A Corte não tem competência *ratione temporis* para determinar uma violação da Convenção Americana sobre esses fatos. Não obstante, é importante observar que a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo foi proferida depois da entrada em vigor da Convenção Americana para o Estado brasileiro (a ratificação da Convenção se deu em 25 de setembro de 1992). Por outro lado, a Corte recorda o que afirmou sobre a Lei nº 6.683/79 na sentença do *Caso Gomes Lund e outros*.

174. Dada sua manifesta incompatibilidade com a Convenção Americana, as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos carecem de efeitos jurídicos. Em consequência, não podem continuar a representar um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos

responsáveis, nem podem ter igual ou similar impacto sobre outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil [...].

175. Quanto à alegação das partes a respeito de que se tratou de uma anistia, uma autoanistia ou um “acordo político”, a Corte observa, como se depreende do critério reiterado no [...] caso [...], que a incompatibilidade em relação à Convenção inclui as anistias de graves violações de direitos humanos e não se restringe somente às denominadas “autoanistias”. Além disso, como foi destacado anteriormente, o Tribunal, mais que ao processo de adoção e à autoridade que emitiu a Lei de Anistia, se atém à sua *ratio legis*: deixar impunes graves violações ao direito internacional cometidas pelo regime militar. [...] A incompatibilidade das leis de anistia com a Convenção Americana nos casos de graves violações de direitos humanos não deriva de uma questão formal, como sua origem, mas sim do aspecto material na medida em que violam direitos consagrados nos artigos 8 e 25, em relação com os artigos 1.1 e 2 da Convenção.

d. Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos

252. A Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos, criada pela Lei nº 9.140/95, identificou – entre outras coisas – as pessoas que, por terem participado ou por terem sido acusadas de participação em atividades políticas faleceram de causas não naturais, em dependências policiais ou similares, ou que faleceram em consequência de atos de tortura praticados por agentes do poder público. A CEMDP concedeu uma indenização à família de Vladimir Herzog, pelos atos contra ele cometidos, e concluiu que, efetivamente, o senhor Herzog havia morrido no DOI/CODI de São Paulo. A versão final e oficial dessa Comissão foi publicada no ano de 2007 (par. 146 a 151 *supra*).

253. A publicação dessa versão sobre a tortura e o assassinato de Vladimir Herzog foi emitida por um órgão estatal, o qual, ademais, identificou padrões de violência institucional sistemática e generalizada por parte de agentes públicos vinculados ao DOI/CODI, Exército e forças policiais durante a ditadura militar. Com base nessa informação, no entender da Corte, recai sobre o Estado o dever de levar a cabo uma investigação pertinente, a fim de estabelecer as responsabilidades individuais cabíveis.²⁵² Já nessa época era conhecido o *modus operandi* das forças de segurança do regime militar e o nível de sistematicidade e alcance dos planos de “combate à subversão” implementados, em especial, entre os anos de 1968 e 1975.

254. Dadas as particularidades do presente caso e o conhecimento de fatos típicos de direito internacional, em especial depois da publicação do Relatório da CEMDP, nascia para o Estado o dever de agir com diligência para evitar que os crimes ali descritos ficassem impunes.

²⁵² *Cf., mutatis mutandi, Caso do Massacre de Río Negro vs. Guatemala*, par. 225.

e. Atuação do Ministério Público Federal (Processo nº 2008.61.81.013434-2)

255. Sem prejuízo do exposto acima sobre as obrigações estatais diante de condutas que podem ser caracterizadas como crimes contra a humanidade, a Corte analisará a seguir a iniciativa do Ministério Público Federal e a resposta do Poder Judiciário Federal em relação a uma denúncia apresentada por um advogado em consequência da publicação do Relatório da CEMDP.

256. Ao receber a denúncia do advogado Fábio Konder Comparato, dois procuradores federais com competência civil a enviaram a seu colega com competência penal. Esse procurador federal se pronunciou a favor de seu arquivamento. Apesar de haver reconhecido que “o homicídio de Vladimir Herzog possui todas as características dos chamados crimes contra a humanidade, podendo ser perfeitamente caracterizado como tal”, que a Lei de Anistia não era aplicável ao caso, e que a punibilidade do crime cometido havia sido extinta pela anistia, o procurador federal considerou que a conduta não havia sido tipificada na época dos fatos. Entendeu, ademais, que existiria coisa julgada material e, ainda mais, que se teria consumado a prescrição da pretensão punitiva, sem importar se o juiz era competente ou não. O procurador também salientou que a Convenção Americana “não estabelece claramente nenhuma hipótese de imprescritibilidade para o passado”, e que o costume internacional “não se submete ao processo de internalização”, de modo que a imprescritibilidade não poderia ser estabelecida a partir dessa fonte, por representar um fator de insegurança jurídica (par. 152 a 157 *supra*).

257. De acordo com o sistema jurídico brasileiro, o parecer do procurador criminal deve ser analisado por um juiz. A juíza federal interveniente acolheu os fundamentos do Ministério Público entendendo que existia no caso coisa julgada material que tornava impossível a continuação das investigações por estar extinta a ação penal. No entanto, considerou que os fatos não deveriam ser considerados crimes contra a humanidade por não terem sido tipificados como tais no momento em que ocorreram. A decisão também ressaltou que o ordenamento jurídico brasileiro não permite a criação de crimes por costume, unicamente por lei. Por último, a referida juíza considerou que a ação estava prescrita porque “tanto o homicídio como o genocídio, assim como a tortura [...] não são infrações imprescritíveis em face da Constituição e demais normas do ordenamento em vigor” (par. 159 e 160 *supra*). Sobre a intervenção do juiz que encerrou a investigação em 1992, a juíza afirmou que, ao haver reconhecido a existência de uma causa de extinção da punibilidade, essa decisão adquiriu conteúdo de mérito, razão pela qual se transformou em coisa julgada material.²⁵³

B.4. Análise da atuação estatal

258. Para analisar as decisões e pronunciamentos *supra*, a Corte fará referência aos padrões estabelecidos neste capítulo sobre os crimes contra a humanidade e as consequências jurídicas para os Estados desde que estes ocorrem e, em particular, para o Brasil desde 10 de dezembro de 1998, data na qual reconheceu

²⁵³ Juíza Federal Substituta da 1ª Vara Federal Criminal e de Execuções Penais. Autos nº 2008.61.81.013434-2, 9 de janeiro de 2009, p. 9 (expediente de prova, folha 4573).

a competência da Corte Interamericana. A esse respeito, a Corte analisará cada um dos excludentes de responsabilidade alegados pelo Brasil para justificar a não investigação, julgamento e punição dos responsáveis pela tortura e assassinato de Vladimir Herzog, de modo a estabelecer sua incompatibilidade em relação aos crimes contra a humanidade no presente caso.

259. Em primeiro lugar, é importante reiterar, em conformidade com o exposto acima (par. 211 a 228 *supra*), que a norma imperativa de *jus cogens* que proíbe os crimes contra a humanidade existia e obrigava o Estado do Brasil no momento dos fatos. Reitera-se que a consequência principal de uma norma imperativa de direito internacional é que não admite acordo em contrário e que só pode ser modificada por uma norma ulterior de direito internacional geral que tenha o mesmo caráter. A segunda consequência de uma norma imperativa é que implica obrigações *erga omnes*. Como foi exposto, a primeira obrigação dos Estados a respeito dessa norma é impedir que esse tipo de crime ocorra. Consequentemente, os Estados devem assegurar que essas condutas sejam processadas penalmente e seus autores punidos. Do mesmo modo, de acordo com o Direito Internacional, a falta de tipificação formal das condutas que alcançam o limiar de crimes contra a humanidade no ordenamento jurídico interno não exime de responsabilidade a pessoa que cometeu o ato, e a jurisdição universal em relação aos perpetradores desses crimes (par. 231 *supra*). Outras consequências que não serão analisadas em detalhe na presente sentença são a inaplicabilidade de imunidades e da causa de justificação de “obediência devida”. Tampouco será abordada a irrevogabilidade dessa proibição em estados de emergência.

260. Somado a essas especificações básicas, esta Corte destacou o dever de investigar e punir graves violações de direitos humanos e eventuais crimes contra a humanidade.²⁵⁴ À luz do acima exposto, o Tribunal passará a analisar os motivos pelos quais, no presente caso, o Estado do Brasil estaria impedido de utilizar figuras que permitam a impunidade de crimes contra a humanidade, tais como a prescrição, o princípio de *ne bis in idem* e as leis de anistia, além de qualquer disposição análoga ou excludente de responsabilidade.

i) Imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade

261. A prescrição em matéria penal determina a extinção da pretensão punitiva pelo transcurso do tempo e, em geral, limita o poder punitivo do Estado para perseguir a conduta ilícita e punir seus autores. Trata-se de uma garantia que deve ser observada devidamente pelo julgador para todo acusado de um delito. Sem prejuízo do exposto, excepcionalmente,²⁵⁵ a prescrição da ação penal é inadmissível e inaplicável quanto se trata de graves violações dos direitos humanos nos termos do Direito Internacional, conforme destacou a jurisprudência constante e uniforme da Corte.²⁵⁶

²⁵⁴ Cf. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, par. 137.

²⁵⁵ A Corte considerou que as “violações graves dos direitos humanos” têm conotação e consequências próprias. Cf. *Caso Escher e outros vs. Brasil. Supervisão de Cumprimento de Sentença*. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 19 de junho de 2012, par. 20.

²⁵⁶ Cf. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Mérito, par. 41; *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, par. 110; *Caso do Massacre de La Rochela vs. Colômbia*, par. 294; *Caso Albán Cornejo vs. Equador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença

262. Por outro lado, a exigência de não aplicação da garantia de prescrição leva em conta que certos contextos de violência institucional – além de certos obstáculos na investigação – podem propiciar sérias dificuldades para a devida investigação de algumas violações de direitos humanos.²⁵⁷ Em cada caso concreto, considerando argumentos específicos sobre prova, a não procedência da prescrição num determinado momento pode se relacionar ao objetivo de impedir que o Estado se furte precisamente de prestar conta sobre as arbitrariedades que cometam seus próprios funcionários no âmbito desses contextos²⁵⁸ e, desse modo, evitar que se repitam.²⁵⁹

263. A Corte sustentou a improcedência da prescrição em casos de tortura, assassinatos cometidos num contexto de violações massivas e sistemáticas de direitos humanos e desaparecimentos forçados, de forma constante e reiterada,²⁶⁰ pois essas condutas violam direitos e obrigações inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos.

264. Especificamente com respeito aos crimes contra a humanidade, nem os Estatutos de Nuremberg ou Tóquio, nem os instrumentos constitutivos do Tribunal Internacional para a ex-Iugoslávia, do Tribunal Penal Internacional para Ruanda ou do Tribunal Especial para Serra Leoa estabeleceram regras sobre prescrição em relação aos delitos internacionais, inclusive os crimes contra a humanidade. Por outro lado, na Lei nº 10 do Conselho de Controle, aprovada em dezembro de 1945 pelo Conselho de Controle Interaliado da Alemanha para o julgamento de supostos infratores, se estabelecia que nos julgamentos ou processos por crimes contra a humanidade (assim como crimes de guerra e crimes contra a paz) “o acusado não tem o direito de se amparar em prescrição alguma quanto ao período compreendido entre 30 de janeiro de 1933 e 1º de julho de 1945”.²⁶¹ Do mesmo modo, em 1967, a Assembleia Geral das Nações Unidas destacou que “a aplicação aos crimes de guerra e aos crimes contra a humanidade das

de 22 de novembro de 2007. Série C nº 171, par. 111; *Caso Vera Vera e outra vs. Equador. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 19 de maio de 2011. Série C nº 226, par. 117.

²⁵⁷ “A tutela dos direitos humanos em face das violações especialmente graves e intoleráveis, que pudessem ficar impunes – diluindo o dever de justiça penal decorrente da obrigação de garantia que cabe ao Estado –, levou à exclusão de certos fatos do regime ordinário de prescrição, e inclusive de um tratamento prescritivo mais rigoroso instalado sobre determinadas condições e prazos mais prolongados, que tendem a manter vivo o poder persecutório do Estado”. Voto Fundamentado do Juiz Sergio García Ramírez com respeito à sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no *Caso Albán Cornejo e outros vs. Equador. Mérito*, par. 29.

²⁵⁸ Cf. *Caso Bueno Alves vs. Argentina*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 5 de julho de 2011, considerando 40.

²⁵⁹ Cf. *Caso Albán Cornejo vs. Equador. Mérito*, par. 111; *Caso Vera Vera e outra vs. Equador*, par. 117.

²⁶⁰ Ver, entre outros, *Caso Barrios Altos vs. Peru. Mérito*, par. 41; *Caso dos Irmãos Gómez Paquiyauri vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 8 de julho de 2004. Série C nº 110, par. 150, 151 e 152; *Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 15 de junho de 2005. Série C nº 124, par. 167; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolívia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 1º de setembro de 2010. Série C nº 217, par. 207; *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, par. 171; *Caso Vera Vera e outra vs. Equador*, par. 117; *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*, par. 454.

²⁶¹ ONU. *Relatório da Comissão de Direito Internacional sobre o Trabalho Realizado no 69º Período de Sessões*. A/72/10. 1º de maio a 2 de junho e 3 de julho a 4 de agosto de 2017, comentário 34 ao artigo 6 do projeto de artigos sobre os crimes contra a humanidade, p. 75, citando a Lei no 10 do Conselho de Controle, sobre o Castigo dos Acusados de Crimes de Guerra, Crimes contra a Paz e Crimes contra a humanidade, art. II, par. 5; ONU. Assembleia Geral. *Questão do castigo dos criminosos de guerra e das pessoas que tenham cometido crimes contra a humanidade*, Resolução 2338 (XXII), 18 de dezembro de 1967.

normas de direito interno relativas à prescrição dos delitos ordinários suscita grave preocupação na opinião pública mundial, pois impede o julgamento e a punição das pessoas responsáveis por esses crimes".²⁶² No ano seguinte, os Estados aprovaram a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, que reconhece o desenvolvimento do direito internacional na matéria até esse ponto e determina que a prescrição da ação penal ou da pena não deve aplicar-se a crimes contra a humanidade.²⁶³ Por outro lado, o Estatuto de Roma expressamente declara que os crimes de sua competência não prescreverão (par. 217 *supra*). Do mesmo modo, recentes desdobramentos internacionais, como o Estabelecimento das Salas Especiais no Camboja e o Estatuto do Tribunal para Timor Leste definem expressamente os crimes contra a humanidade como delitos que não prescrevem.²⁶⁴

265. Segundo a Comissão de Direito Internacional, na atualidade, "não parece haver nenhum Estado com legislação sobre crimes contra a humanidade que proíba o julgamento depois de transcorrido certo tempo. Pelo contrário, numerosos Estados aprovaram legislação específica contra toda limitação dessa natureza."²⁶⁵ Além disso, ainda que nem a Convenção contra a Tortura nem o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos proíbam expressamente a aplicação da prescrição para graves violações desses tratados, os respectivos comitês criados para interpretar e monitorar o cumprimento de ambos os tratados estabeleceram que a tortura e graves violações ao Pacto não devem ser objeto de prescrição.²⁶⁶

266. No âmbito regional, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos se referiu à prescrição de casos de graves ou massivas violações de direitos humanos. Nesse sentido, salientou que, em atenção à gravidade dos delitos, a aplicação da prescrição

²⁶² ONU. *Relatório da Comissão de Direito Internacional sobre o Trabalho Realizado no 69º Período de Sessões. A/72/10. 1º de maio a 2 de junho e 3 de julho a 4 de agosto de 2017*, comentário 34 ao artigo 6 do projeto de artigos sobre os crimes contra a humanidade, p. 75, citando a ONU. Assembleia Geral. *Questão do castigo dos criminosos de guerra e das pessoas que tenham cometido crimes contra a humanidade*, Resolução 2338 (XXII), 18 de dezembro de 1967; ver também a resolução 2712 (XXV), de 15 de dezembro de 1970 (Disponível em: [http://undocs.org/es/A/RES/2712\(XXV\)](http://undocs.org/es/A/RES/2712(XXV))), e a resolução 2840 (XXVI), de 18 de dezembro de 1971 (Disponível em: [http://undocs.org/es/A/RES/2840\(XXVI\)](http://undocs.org/es/A/RES/2840(XXVI))).

²⁶³ Assembleia Geral da ONU. *Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a humanidade*, Resolução 2391 (XXIII), 26 de novembro de 1968, artigo IV. Disponível em: [http://undocs.org/es/A/RES/2391\(XXIII\)](http://undocs.org/es/A/RES/2391(XXIII)).

²⁶⁴ Cf. Parlamento do Reino do Camboja. *Lei sobre o Estabelecimento das Salas Extraordinárias nas Cortes do Camboja para o Julgamento de Crimes Cometidos durante o Período do Kampuchea Democrático*, aprovada em 10 de agosto de 2001, com emendas aprovadas em 27 de outubro de 2004 (NS/RKM/1004/006), art. 5; Administração Transitória das Nações Unidas no Timor Leste. *Regulação nº 2000/15 para o estabelecimento de painéis com jurisdição exclusiva sobre crimes graves*. UNTAET/REG/2000/15, 6 de junho de 2000, art. 17.1.

²⁶⁵ ONU. *Relatório da Comissão de Direito Internacional sobre o Trabalho Realizado no 69º Período de Sessões. A/72/10. 1º de maio a 2 de junho e 3 de julho a 4 de agosto de 2017*, comentário 35 ao artigo 6 do projeto de artigos sobre os crimes contra a humanidade, p. 76.

²⁶⁶ Ver, por exemplo, relatório do Comitê contra a Tortura, Documentos Oficiais da Assembleia Geral, 62º Período de Sessões, Suplemento no 44 (A/62/44), cap. III, exame dos relatórios apresentados pelos Estados Partes em virtude do artigo 19 da Convenção: México, par. 35, comentário 16, e Itália, par. 40, comentário 19; Ver também, por exemplo, relatório do Comitê de Direitos Humanos, Documentos Oficiais da Assembleia Geral, 63º Período de Sessões, Suplemento no 40 (A/63/40 (vol. I)), vol. I, cap. IV, exame dos relatórios apresentados pelos Estados Partes, em conformidade com o artigo 40 do Pacto e da situação dos países que não apresentaram relatório, que deram lugar a observações finais públicas, Panamá (seção A, par. 79 7).

é contrária à obrigação de garantia do direito à vida.²⁶⁷ Além disso, reconheceu que, apesar do transcurso do tempo, o interesse público em obter o julgamento e punição dos perpetradores estava firmemente estabelecido, em especial no contexto dos crimes de guerra e crimes contra a humanidade.²⁶⁸

267. Da mesma forma, altos tribunais do Peru,²⁶⁹ Argentina,²⁷⁰ Chile,²⁷¹ Colômbia,²⁷² Costa Rica,²⁷³ El Salvador,²⁷⁴ Guatemala,²⁷⁵ México,²⁷⁶ Paraguai²⁷⁷ e Uruguai²⁷⁸ reafirmaram o princípio de imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade e dos crimes de guerra ou genocídio, referindo-se ao caráter de norma de Direito Internacional consuetudinário.

²⁶⁷ TEDH. *Aslakhanova e outros vs. Rússia*, N^{os} 2944/06 e 8300/07, 50184/07, 332/08, 42509/10, Sentença de 18 de dezembro de 2012, par. 237: "Lastly, the application of the statute of limitations to the bulk of investigations of the abductions committed prior to 2007 has to be addressed. Bearing in mind the seriousness of the crimes, the large number of persons affected and the relevant legal standards applicable to such situations in modern-day democracies, the Court finds that the termination of pending investigations into abductions solely on the grounds that the time-limit has expired is contrary to the obligations under Article 2 of the Convention. The Court also notes that there is little ground to be overly prescriptive as regards the possibility of an obligation to investigate unlawful killings arising many years after the events, since the public interest in obtaining the prosecution and conviction of perpetrators is firmly recognised, particularly in the context of war crimes and crimes against humanity."

²⁶⁸ TEDH. *Aslakhanova e outros vs. Rússia*, N^{os} 2944/06 and 8300/07, 50184/07, 332/08, 42509/10, Sentença de 18 de dezembro de 2012, par. 237, citando *Brecknell vs. Reino Unido*, n^o 32457/04, Sentença de 27 de novembro de 2007, par. 69.

²⁶⁹ Cf. Tribunal Constitucional. Sentença de 21 de março de 2011, 25% do número legal de congressistas contra o Poder Executivo, Expediente n^o 0024-2010-PI/TC, fundamento 57^o; Corte Superior de Justiça de Lima. Primeira Sala Penal Especial. Sentença de 15 de setembro de 2010, Exp. n^o 28-2001-1^o SPE/CSJLI.

²⁷⁰ Cf. Corte Suprema da Nação, entre outros: Recurso Ordinário de Apelação. Sentença de 2 de novembro de 1995, Caso de Erich Priebke N^o 16.063/94, considerando 5^o; Recurso de Fato. Sentença de 24 de agosto de 2004, Caso Arancibia Clavel, Enrique Lautaro, causa n^o 259, considerando 12 a 38; e Recurso de Fato. Sentença de 14 de junho de 2005, Caso Julio Héctor Simón e outros, causa n^o 17.768, considerando 30. Ver igualmente: Câmara Criminal e Correcional Federal da Argentina, Recurso de Apelação em autos. Sentença de 9 de setembro de 1999, Marrera s/exceções, Causa n^o 30.514, considerando III; Tribunal Oral Criminal Federal n^o 1 de San Martín. Sentença por Crimes contra a Humanidade. 12 de agosto de 2009, General Riveros e outros no caso de Floreal Edgardo Avellaneda e outros, considerando I; Câmara Federal de Apelações do Tribunal Penal e Correcional da Argentina, Recurso de Apelação e Nulidade. 9 de setembro de 1999, Caso Videla e outros, considerando III; Câmara Federal de Apelações de La Plata (Sala II). Resolução de 17 de julho de 2014, FLP 259/2003/17/CA3, considerando VI e VII.

²⁷¹ Cf. Corte Suprema de Justiça, Sala Penal. Sentença de Cassação no mérito. 13 de dezembro de 2006, Rol n^o 559-04, Caso Molco de Choshuenko (Paulino Flores Rivas e outros), considerando 2 e 12 a 19; Sala Segunda da Corte Suprema. Sentença de Cassação em Forma e Mérito. 17 de novembro de 2004, Rol N^o 517-2004, considerando 33 e 37; Corte de Apelações de Santiago, Chile, Caso Sandoval, Sentença de 4 de janeiro de 2004. Rol: 2182-98, Considerando 33 e 37.

²⁷² Cf. Corte Constitucional: Sentença de Constitucionalidade. 31 de julho de 2002, C-580/02, e Sentença de Constitucionalidade. 18 de agosto de 2011, C-620/11. Ver também Conselho de Estado, Sala do Contencioso Administrativo (Seção Terceira, Subseção C). Sentença de 17 de setembro de 2013, Ocorrência número: 25000-23-26-000-2012-00537-01(45092).

²⁷³ Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça. Consulta Preceptiva de Constitucionalidade. 12 de janeiro de 1996, Exp. 6543-S-95 Voto N^o 0230-96, considerando II.B.2.

²⁷⁴ Cf. Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça de El Salvador. Inconstitucionalidade. 13 de julho de 2016, Exp. 44-2013/145-2013, considerando IV.

²⁷⁵ Cf. Corte de Constitucionalidade. Inconstitucionalidade Geral. 8 de novembro de 2016, Expediente n^o 3438-2016, considerando IV.

²⁷⁶ Cf. Suprema Corte de Justiça da Nação. Mandado em revisão. Sentença de 10 de junho de 2003, Queixoso: Ricardo Miguel Cavallo, n^o 140/2002.

²⁷⁷ Cf. Corte Suprema de Justiça, Exceção de Inconstitucionalidade. 5 de maio de 2008, Sentença n^o 195, Basilio Pavón, Merardo Palacios, Osvaldo Vera e Walter Bower s/ lesão corporal no exercício de funções públicas.

²⁷⁸ Cf. Suprema Corte de Justiça, Interlocutória – Recurso de Cassação. 24 de agosto de 2016. Ficha 170-298/2011, Sentença 1.280/2016, considerando III.

268. Finalmente, a Corte observa que vários países das Américas incorporaram normas legais ou constitucionais sobre a imprescritibilidade para graves violações de direitos humanos, como o Equador,²⁷⁹ El Salvador,²⁸⁰ a Guatemala,²⁸¹ a Nicarágua,²⁸² o Paraguai,²⁸³ o Panamá,²⁸⁴ o Uruguai²⁸⁵ e a Venezuela.²⁸⁶

269. Em suma, a Corte constata que, para o caso concreto, a aplicação da figura da prescrição como obstáculo para a ação penal seria contrária ao Direito Internacional e, em especial, à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Para esta Corte, é claro que existe suficiente evidência para afirmar que a imprescritibilidade de crimes contra a humanidade era uma norma consuetudinária do direito internacional plenamente cristalizada no momento dos fatos, assim como na atualidade.

ii) Princípio ne bis in idem e coisa julgada material

270. O princípio de *ne bis in idem* é uma pedra angular das garantias penais e da administração da justiça, segundo o qual uma pessoa não pode ser submetida a novo julgamento pelos mesmos fatos.²⁸⁷

271. A exceção a esse princípio, assim como no caso da prescrição, decorre do caráter absoluto da proibição dos crimes contra a humanidade e da expectativa de justiça da comunidade internacional. Isso se explica, como especificou a Comissão de Direito Internacional, pelo fato de que “um indivíduo pode ser julgado por um tribunal penal internacional por um crime contra a paz e a segurança da humanidade resultante da mesma ação que foi objeto do processo anterior em um tribunal nacional, caso o indivíduo tenha sido julgado pelo tribunal nacional por um crime ‘ordinário’, em

²⁷⁹ O artigo 80 da Constituição do Equador (2008) se refere à imprescritibilidade “das ações e penas por crimes de genocídio, lesa-humanidade, crimes de guerra, desaparecimento forçado de pessoas ou crimes de agressão a um Estado”. (tradução da Secretaria)

²⁸⁰ O artigo 99 do Código Penal de El Salvador, Decreto nº 1030, proíbe a prescrição para “tortura, atos de terrorismo, sequestro, genocídio, violação das leis ou costumes de guerra, desaparecimento forçado de pessoas, perseguição política, ideológica, racial, por sexo ou religião”. (tradução da Secretaria)

²⁸¹ O artigo 8 da Lei de Reconciliação Nacional da Guatemala, Decreto Número 145-96, exclui a prescrição para o genocídio, a tortura, o desaparecimento forçado e “os crimes que sejam imprescritíveis ou que não admitam a extinção de responsabilidade penal, em conformidade com o direito interno ou os tratados internacionais ratificados pela Guatemala”. (tradução da Secretaria)

²⁸² Os artigos 16 e 131 do Código Penal, Lei nº 641, de 2007, excluem do âmbito de aplicação da prescrição, entre outros delitos: a escravidão e o comércio de escravos; os crimes contra a ordem internacional; os crimes de tráfico internacional de pessoas; os crimes sexuais em prejuízo de crianças e adolescentes; e “qualquer outro crime que possa ser processado na Nicarágua, conforme os instrumentos internacionais ratificados pelo país”. (tradução da Secretaria)

²⁸³ O artigo 5 da Constituição do Paraguai estabelece que “[...] O genocídio e a tortura, assim como o desaparecimento forçado de pessoas, o sequestro e o homicídio por razões políticas são imprescritíveis.” Essa norma é reiterada no artigo 102 (3) do Código Penal de 1997, Lei N° 1.160/97. (tradução da Secretaria)

²⁸⁴ O artigo 120 do Código Penal (2007) proíbe a prescrição para o crime de desaparecimento forçado, além dos crimes contra a humanidade. (tradução da Secretaria)

²⁸⁵ O artigo 75bis do Código Penal proíbe a prescrição para o genocídio e os crimes de guerra bem como para outros crimes contra a integridade física das pessoas. (tradução da Secretaria)

²⁸⁶ O artigo 29 da Constituição da República Bolivariana da Venezuela proíbe a aplicação da prescrição a graves violações de direitos humanos, crimes contra a humanidade e crimes de guerra. (tradução da Secretaria)

²⁸⁷ Artigo 8.4 da Convenção Americana: O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

vez de sê-lo por um crime mais grave previsto no código”.²⁸⁸ Nesse caso, o indivíduo não foi julgado ou punido pelo mesmo crime, mas por um ‘crime mais leve’ que não compreende em toda a sua dimensão sua conduta criminoso. Assim, “um indivíduo poderia ser julgado por um tribunal nacional por homicídio com agravantes e julgado uma segunda vez por um tribunal penal internacional pelo crime de genocídio baseado no mesmo fato”.²⁸⁹ Nas situações em que o indivíduo não foi devidamente julgado ou punido pela mesma ação ou pelo mesmo crime, em função do abuso de poder ou da incorreta administração de justiça pelas autoridades nacionais na ação do caso ou na instrução da causa, a comunidade internacional não deve ser obrigada a reconhecer uma decisão decorrente de uma transgressão tão grave do procedimento de justiça penal.²⁹⁰

272. A Corte salientou que, quando se trata de graves e sistemáticas violações dos direitos humanos, a impunidade em que podem permanecer essas condutas em razão da falta de investigação gera um dano particularmente grave aos direitos das vítimas. A intensidade desse dano não só autoriza, mas exige uma excepcional limitação à garantia de *ne bis in idem*, a fim de permitir a reabertura dessas investigações quando a decisão que se alega como coisa julgada surge como consequência do descumprimento manifesto e notório dos deveres de investigar e punir seriamente essas graves violações. Nesses casos, a preponderância dos direitos das vítimas sobre a segurança jurídica e o *ne bis in idem* é ainda mais evidente, dado que as vítimas não só foram lesadas por um comportamento perverso, mas devem, além disso, suportar a indiferença do Estado, que descumpra manifestamente sua obrigação de esclarecer esses atos, punir os responsáveis e reparar os lesados. A gravidade do ocorrido nesses casos é de tal envergadura que prejudica a essência da convivência social e impede, ao mesmo tempo, qualquer tipo de segurança jurídica. Por esse motivo, a Corte ressalta que ao analisar os recursos judiciais que possam vir a interpor os acusados de graves violações de direitos humanos, as autoridades judiciais internas são obrigadas a determinar se o desvio no uso de uma garantia penal pode gerar uma restrição desproporcional aos direitos das vítimas, de modo que uma clara violação do direito de acesso à justiça dissipa a garantia processual penal de coisa julgada.²⁹¹

²⁸⁸ ONU. *Relatório da Comissão de Direito Internacional sobre o Trabalho Realizado no 48º Período de Sessões*. A/51/10. 6 de maio a 26 de julho de 1996, p. 74. Comentário 10º ao artigo 12 do projeto de código de crimes contra a paz e a segurança da humanidade.

²⁸⁹ ONU. *Relatório da Comissão de Direito Internacional sobre o Trabalho Realizado no 48º Período de Sessões*. A/51/10. 6 de maio a 26 de julho de 1996, p. 74. Comentário 10º ao Artigo 12 do projeto de código de crimes contra a paz e a segurança da humanidade.

²⁹⁰ Cf. ONU. *Relatório da Comissão de Direito Internacional sobre o Trabalho Realizado no 48º Período de Sessões*. A/51/10. 6 de maio a 26 de julho de 1996, p. 75. Comentário 11º ao Artigo 12 do projeto de código de crimes contra a paz e a segurança da humanidade.

²⁹¹ Cf. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 18 de novembro de 2010, Considerando 44. Ver também: Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina. Recurso de Cassação e Inconstitucionalidade. Sentença de 13 de julho de 2007, Mazzeo, Caso Mazzeo, Julio Lilo e outros, considerando 33 e 34; Tribunal Oral Criminal Federal nº de San Martín. Sentença por Crimes contra a Humanidade. 12 de agosto de 2009, General Riveros e outros no caso de Floreal Edgardo Avellaneda e outros, Considerando I. No mesmo sentido, ver Corte Constitucional da Colômbia. Sentença de 20 de janeiro de 2003, C-004/03, considerando 30, 31 e 32 e CECC. *Decisão sobre exceções preliminares na causa contra IENG Sary (Ne Bis in Idem, Anistia e Indulto)*, Causa nº 002/19-09-2007/ECCC/TC, Sentença de primeira instância, de 3 de novembro de 2011, par. 30, 33 e 34.

273. Do mesmo modo, o Tribunal Europeu determinou recentemente, no Caso *Marguš vs. Croácia*,²⁹² que o princípio de *ne bis in idem*, previsto no artigo 4 do Protocolo nº 7 à Convenção Europeia de Direitos Humanos não é aplicável a situações de violações graves dos direitos humanos em relação às quais tenha sido aplicada uma lei de anistia.

274. Levando em consideração todo o acima exposto, a Corte considera que, no presente caso, a alegada coisa julgada material, em virtude da aplicação da lei de anistia, é, definitivamente, inaplicável.

275. Nesse sentido, o Tribunal observa que, quanto à decisão do Superior Tribunal de Justiça, de 1993, que confirmou o *habeas corpus* de Mira Grancieri e arquivou a investigação que se iniciava sobre a tortura e o assassinato de Vladimir Herzog, a perita Maria Auxiliadora Minahim salientou que “não há erro judiciário que torne possível, dentro das limitações objetivas e subjetivas da *res judicata*, a derrogação do pronunciamento jurisdicional em que se declarou a improcedência da acusação”.²⁹³ Não obstante, levando em conta as considerações jurídicas expostas nesta seção, a Corte considera que a figura da coisa julgada não é absoluta. Ademais, é necessário destacar que a decisão que encerrou a investigação não foi uma sentença absolutória emitida de acordo com as garantias do devido processo. Ao contrário, tratou-se de uma decisão de um recurso de *habeas corpus*, tomada por um tribunal incompetente,²⁹⁴ com base em uma norma (Lei nº 6683/79) que foi considerada por esta Corte como carente de efeitos jurídicos. A decisão em questão tampouco observou as consequências jurídicas que decorrem da obrigação *erga omnes* de investigar, julgar e punir responsáveis por crimes contra a humanidade. Trata-se, portanto, de uma sentença que não surte efeitos jurídicos e que não reverte as considerações jurídicas constantes da presente sentença.

276. Além disso, a decisão da juíza federal, de 2008, tampouco é uma decisão de mérito, que tenha resultado de um processo judicial respeitoso das garantias judiciais, voltado para a determinação da verdade dos fatos e dos responsáveis pelas violações denunciadas. Ao contrário, trata-se de uma decisão de trâmite ou processual de arquivamento de uma investigação. Em atenção a isso, a Corte considera que tampouco é aplicável o princípio *ne bis in idem*. Finalmente, a Corte observa que uma decisão baseada em uma lei que não produzia efeitos jurídicos por ser incompatível com a Convenção não gera a segurança jurídica esperada do sistema de justiça.

iii) Leis de anistia

277. As anistias ou figuras análogas foram um dos obstáculos alegados por alguns Estados para investigar e, oportunamente, punir os responsáveis por violações graves dos direitos humanos.²⁹⁵ Este Tribunal, a Comissão Interamericana de Direitos

²⁹² Cf. TEDH. *Marguš vs. Croácia* [GS], nº 4455/10, Sentença de 27 de maio de 2014.

²⁹³ Peritagem de Maria Auxiliadora Minahim (expediente de prova, folha 14020).

²⁹⁴ Isso foi reconhecido pelo Ministério Público Federal e pela Justiça Federal em 2008. Juíza Federal Substituta da 1ª Vara Federal Criminal e de Execuções Penais. Autos nº 2008.61.81.013434-2, 9 de janeiro de 2009, p. 9 (expediente de prova, folha 4573).

²⁹⁵ No presente caso, a Corte se refere genericamente ao termo “anistias” para se referir a normas que, independentemente de sua denominação, perseguem a mesma finalidade.

Humanos, os órgãos das Nações Unidas e outros organismos universais e regionais de proteção dos direitos humanos se pronunciaram sobre a incompatibilidade das leis de anistia relativas a graves violações de direitos humanos com o Direito Internacional e as obrigações internacionais dos Estados.

278. Como já foi antecipado, esta Corte se pronunciou sobre a incompatibilidade das anistias com a Convenção Americana em casos de graves violações dos direitos humanos ou crimes contra a humanidade relativos ao Peru (*Barrios Altos e La Cantuta*), Chile (*Almonacid Arellano e outros*), Brasil (*Gomes Lund e outros*), Uruguai (*Gelman*) e El Salvador (*Massacre de El Mozote e lugares vizinhos*).

279. No Sistema Interamericano de Direitos Humanos, do qual o Brasil faz parte por decisão soberana, são reiterados os pronunciamentos sobre a incompatibilidade das leis de anistia com as obrigações convencionais dos Estados, quanto se trata de graves violações de direitos humanos. Esses pronunciamentos adquirem ainda mais força em relação aos delitos de direito internacional, pois sua gravidade e dimensão são evidentes.

280. A esse respeito, é importante salientar que, tal como estabeleceu este Tribunal,²⁹⁶ o Direito Internacional Humanitário justifica a emissão de leis de anistia²⁹⁷ no encerramento das hostilidades em conflitos armados de caráter não internacional para possibilitar o retorno à paz, desde que não protejam os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade, os quais não podem permanecer na impunidade.²⁹⁸

281. No âmbito universal, o Secretário-Geral das Nações Unidas, em seu relatório ao Conselho de Segurança intitulado *O Estado de Direito e a justiça de transição nas sociedades que sofrem ou sofreram conflitos*, salientou que “os acordos de paz aprovados pelas Nações Unidas nunca podem prometer anistias por crimes de genocídio, de guerra ou contra a humanidade ou por infrações graves dos direitos humanos”.²⁹⁹ No mesmo sentido, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos concluiu que as anistias e outras medidas análogas contribuem para a impunidade e constituem um obstáculo para o direito à verdade, ao opor-se a uma investigação profunda sobre os fatos,³⁰⁰ e são, portanto, incompatíveis com as obrigações que competem aos Estados em virtude de diversas fontes de direito internacional.³⁰¹

²⁹⁶ Cf. *Caso dos Massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador. Mérito, Reparações e Custas*, par. 285.

²⁹⁷ O artigo 6.5 do Protocolo II adicional às Convenções de Genebra, de 1949, dispõe que: “A cessação das hostilidades, as autoridades no poder procurarão conceder a anistia mais ampla possível às pessoas que tenham tomado parte no conflito armado ou que se encontrem privadas da liberdade, internadas ou detidas por motivos relacionados com o conflito armado”.

²⁹⁸ Cf. *Caso dos Massacres de El Mozote e lugares vizinhos vs. Guatemala. Mérito, Reparações e Custas*, par. 286.

²⁹⁹ Conselho de Segurança das Nações Unidas. Relatório do Secretário-Geral. *O Estado de Direito e a justiça de transição nas sociedades que sofrem ou sofreram conflitos*. S/2004/616, 3 de agosto de 2004, par. 10. Disponível em: <http://undocs.org/es/S/2004/616>.

³⁰⁰ Cf. Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas. Relatório do Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. *O direito à verdade*. A/HRC/5/7, 7 de junho de 2007, par. 20. Disponível em: <http://undocs.org/es/A/HRC/5/7>.

³⁰¹ Cf. Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. *Instrumentos do Estado de Direito para sociedades que saíram de um conflito. Anistias*. HR/PUB/09/1, Publicação das Nações Unidas, Nova York e Genebra, 2009, págs. 11 a 31. Disponível em: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Amnesties_sp.pdf. Além disso, quanto ao falso dilema entre paz ou reconciliação e justiça, declarou que as anistias que eximem de sanção penal os responsáveis por crimes atrozes, na esperança de garantir a

282. Também no âmbito universal, os órgãos de proteção de direitos humanos estabelecidos por tratados mantiveram o mesmo critério sobre a proibição de anistias que impeçam a investigação e punição daqueles que cometam graves violações de direitos humanos.³⁰²

283. No direito penal internacional, as anistias ou normas análogas também foram consideradas inadmissíveis. O Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia considerou que careceria de sentido, por um lado, sustentar a proscricção de violações graves de direitos humanos e, pelo outro, autorizar medidas estatais que as autorizem ou indultem, ou leis de anistia que absolvam aqueles que cometeram essas violações.³⁰³ Além disso, afirmou que a anistia aprovada em virtude do direito nacional, em relação ao crime de tortura, “não teria reconhecimento jurídico internacional”.³⁰⁴ No mesmo sentido, o Tribunal Especial para Serra Leoa considerou que as leis de anistia desse país não são aplicáveis a graves crimes internacionais.³⁰⁵ Essa tendência universal se incorporou aos Acordos das Nações Unidas com a República do Líbano e com o Reino do Camboja, assim como aos estatutos que criaram o Tribunal Especial para o Líbano, o Tribunal Especial para Serra Leoa e as Salas Extraordinárias das Cortes do Camboja.³⁰⁶ Além disso, esses tribunais reconhecem que há uma “norma internacional em processo de cristalização”³⁰⁷ ou “consenso emergente”³⁰⁸ com respeito à proibição

paz, costumam fracassar na consecução de seu objetivo, e, em lugar disso, incentivam seus beneficiários a cometer novos crimes. Por outro lado, celebraram-se acordos de paz sem disposições relativas a anistia em algumas situações em que se havia dito que a anistia era uma condição necessária para a paz e em que muitos temiam que os julgamentos prolongassem o conflito.

³⁰² Para uma análise detalhada das intervenções do Comitê de Direitos Humanos, do Comitê contra a Tortura, do Grupo de Trabalho sobre Desaparecimentos Forçados, do Comitê sobre Violência contra a Mulher e do Comitê contra a Discriminação Racial, ver, entre outros, *Caso Gelman vs. Uruguai*, par. 205 a 208. Vários Estados aprovaram legislação nacional que proíbe anistias e medidas similares com respeito aos crimes contra a humanidade.

³⁰³ Cf. TPII. *O Promotor vs. Furundžija*. Sentença de 10 de dezembro de 1998, Causa nº IT-95-17/1-T, par. 155.

³⁰⁴ TPII. *O Promotor vs. Furundžija*. Sentença de 10 de dezembro de 1998, Causa nº IT-95-17/1-T, par. 155.

³⁰⁵ Cf. TESL. *O Promotor vs. Gbao*, Decisão nº SCSL-04-15-PT-141, de 25 de maio de 2004, par. 10; TESL. *O Promotor vs. Sesay, Callon e Gbao*, Sentença de 2 de março de 2009, Causa nº SCSL-04-15-T, par. 54; e TESL. *O Promotor vs. Sesay, Callon e Gbao*, Sentença para o estabelecimento de condenação, de 8 de abril de 2009. Causa nº SCSL-04-15-T, par. 253.

³⁰⁶ Cf. Acordo entre as Nações Unidas e a República Libanesa relativo ao estabelecimento de um Tribunal Especial para o Líbano, S/RES/1757(2007), Anexo, 30 de maio de 2007, artigo 16, e Estatuto do Tribunal Especial para o Líbano. S/RES/1757(2007), Apêndice, 30 de maio de 2007, artigo 6. Disponíveis em: [http://undocs.org/es/S/RES/1757\(2007\)](http://undocs.org/es/S/RES/1757(2007)); Estatuto do Tribunal Especial para Serra Leoa, de 16 de janeiro de 2002, anexo ao Acordo entre as Nações Unidas e o Governo de Serra Leoa para o Estabelecimento de uma Corte Especial para Serra Leoa. Nações Unidas, Nova York (UNTS vol. 2178, nº 38.342, p. 137) artigo 10; Acordo entre as Nações Unidas e o Governo Real do Camboja para o Julgamento de Acordo com a Lei Cambojana dos Crimes Cometidos durante o Período do Kampuchea Democrático, de 6 de março de 2003, Nações Unidas, Nova York (UNTS vol. 2329, nº 41.723, p. 117), artigo 11; e Parlamento do Reino do Camboja. Lei sobre o Estabelecimento das Salas Extraordinárias nas Cortes do Camboja para o Julgamento de Crimes Cometidos durante o Período do Kampuchea Democrático, aprovada em 10 de agosto de 2001, com emendas aprovadas em 27 de outubro de 2004 (NS/RKM/1004/006), novo artigo 40.

³⁰⁷ TESL. *O Promotor vs. Kallon e Kamara*, Decisão sobre jurisdição: a Anistia do Acordo de Lomé, 13 de março de 2004, Causa nº SCSL-2004-15-AR72(E) e SCSL-2004-16-AR72(E), par. 82. Ver também par. 66 a 74 e 82 a 84 da mesma decisão.

³⁰⁸ CECC. *Decisão sobre exceções preliminares na causa contra IENG Sary* (Ne Bis in Idem, Anistia e Indulto), Causa nº 002/19-09-2007/ECCC/TC, Sentença de primeira instância, de 3 de novembro de 2011, par. 53. Ver também par. 40 a 55.

das anistias em relação aos crimes internacionais graves, em especial no que se refere às anistias totais ou gerais, que se baseiam na obrigação de investigar e julgar esses crimes e castigar aqueles que os cometam.

284. No que se refere aos *sistemas regionais de proteção de direitos humanos*, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos considerou que é da maior importância, para efeitos de um recurso efetivo, que os processos penais relativos a crimes como a tortura, que impliquem violações graves de direitos humanos, não sejam prescritíveis, e que não se devem permitir anistias ou perdões a esse respeito.³⁰⁹ Em outros casos, ressaltou que, quando um agente estatal é acusado de crimes que violam os direitos do artigo 3 da Convenção Europeia (Direito à vida), os procedimentos penais e o julgamento não devem ser impedidos, e a concessão de anistia não é permissível.³¹⁰ Mais recentemente, a mesma conclusão foi aplicada ao Caso Marguš vs. Croácia.³¹¹

285. No Sistema Africano, a Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos considerou que as leis de anistia não podem isentar o Estado que as adota de cumprir suas obrigações internacionais.³¹² Salientou, ademais, que, ao proibir o julgamento de perpetradores de violações graves de direitos humanos mediante a concessão de anistias, os Estados não só promovem a impunidade, mas também impedem a possibilidade de que esses abusos sejam investigados e que as vítimas desses crimes tenham um recurso efetivo para obter reparação.³¹³

286. Do mesmo modo, diversos Estados membros da Organização dos Estados Americanos, por meio de seus mais altos tribunais de justiça, incorporaram as normas mencionadas, observando de boa-fé suas obrigações internacionais. A Corte recorda o já mencionado em outras sentenças³¹⁴ a respeito de decisões da Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina;³¹⁵ da Corte Suprema de Justiça do Chile;³¹⁶ do Tribunal Constitucional do Peru;³¹⁷ da Suprema Corte de Justiça do Uruguai;³¹⁸ da Corte Suprema

³⁰⁹ Cf. TEDH. *Caso Abdülisamet Yaman vs. Turquia*, nº 32.446/96, Sentença de 2 de novembro 2004, par. 55.

³¹⁰ Cf. TEDH. *Caso Yeter vs. Turquia*, nº 33.750/03, Sentença de 13 de janeiro de 2009, par. 70.

³¹¹ Cf. TEDH. *Caso Marguš vs. Croácia* [GS], nº 4.455/10, Sentença de 27 de maio de 2014, par. 124 a 141.

³¹² Cf. Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos (doravante denominada "CADHP"). *Malawi African Association e outros vs. Mauritânia*, Comunicações nºs 54/91, 61/91, 98/93, 164/97, 196/97 e 210/98, Decisão de 11 de maio de 2000, par. 83.

³¹³ Cf. CADHP. *Zimbabwe Human Rights NGO Forum vs. Zimbábue*, Comunicação nº 245/02, Decisão de 21 de maio de 2006, par. 211 e 215.

³¹⁴ Ver *Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*, par. 163 a 170; e *Gelman vs. Uruguai*, par. 215 a 224.

³¹⁵ Cf. Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina. Recurso de Fato. Sentença de 14 de junho de 2005; Caso Julio Héctor Simón e outros, causa N° 17.768, considerandos 31 a 34.

³¹⁶ Cf. Segunda Sala da Corte Suprema. Sentença de Cassação em Forma e Mérito. 17 de novembro de 2004, Rol N° 517-2004, considerandos 33 a 35; Corte Suprema de Justiça do Chile, *Caso de Claudio Abdón Lecaros Carrasco seguido pelo delito de sequestro qualificado*, Rol nº 47.205, Recurso nº 3.302/2009, Resolução 16698, Sentença de Apelação, e Resolução 16699, Sentença de Substituição, de 18 de maio de 2010, Considerandos 1 a 3.

³¹⁷ Cf. Tribunal Constitucional do Peru, *Caso Santiago Martín Rivas*, Recurso extraordinário, Expediente nº 4587-2004-AA/TC, Sentença de 29 de novembro de 2005, par. 30, 52, 53, 60, 63.

³¹⁸ Suprema Corte de Justiça do Uruguai, *Caso de Nibia Sabalsagaray Curutchet*, Sentença nº 365 par. 8 e 9.

de Justiça de Honduras;³¹⁹ da Sala do Constitucional da Corte Suprema de Justiça de El Salvador³²⁰ e da Corte Constitucional³²¹ e da Corte Suprema de Justiça da Colômbia.³²²

287. Como se infere do conteúdo dos parágrafos acima, todos os órgãos internacionais de proteção de direitos humanos e diversas altas cortes nacionais da região que tiveram a oportunidade de pronunciar-se sobre o alcance das leis de anistia sobre graves violações de direitos humanos e sua incompatibilidade com as obrigações internacionais dos Estados que as emitem concluíram que elas violam o dever internacional do Estado de investigar e punir essas violações.

288. A Corte Interamericana estabeleceu que “são inadmissíveis as disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade, que pretendam impedir a investigação e punição dos responsáveis por graves violações dos direitos humanos, como a tortura, as execuções sumárias, extrajudiciais ou arbitrárias, e os desaparecimentos forçados, todas elas proibidas, por violar direitos intergovernamentais reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos”.³²³

289. Nesse sentido, as leis de anistia, em casos de graves violações de direitos humanos, são manifestamente incompatíveis com a letra e o espírito do Pacto de San José, pois infringem o disposto por seus artigos 1.1 e 2, porquanto impedem a investigação e a punição dos responsáveis pelas violações graves de direitos humanos e, conseqüentemente, o acesso das vítimas e seus familiares à verdade sobre o ocorrido e às reparações respectivas, impedindo, assim, o pleno, oportuno e efetivo império da justiça nos casos pertinentes, favorecendo, em contrapartida, a impunidade e a arbitrariedade, prejudicando, ademais, seriamente, o Estado de Direito, razões pelas quais se declarou que, à luz do Direito Internacional, elas carecem de efeitos jurídicos.

290. Em especial, as leis de anistia afetam o dever internacional do Estado de investigar e punir as graves violações de direitos humanos, ao impedir que os familiares das vítimas sejam ouvidos por um juiz, conforme o disposto no artigo 8.1 da Convenção Americana. Violam, ainda, o direito à proteção judicial consagrado no artigo 25 do mesmo

³¹⁹ Corte Suprema de Justiça da República de Honduras, autos denominados “RI20-99 – Inconstitucionalidade do Decreto Número 199-87 e do Decreto Número 87-91”, 27 de junho de 2000.

³²⁰ Cf. Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça de El Salvador, Sentença 24-97/21-98, de 26 de setembro de 2000. Do mesmo modo, em 2016, a mesma Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça de El Salvador declarou a inconstitucionalidade da Lei de Anistia salvadorenha por impedir o cumprimento das obrigações estatais de prevenção, investigação, julgamento, punição e reparação de graves violações dos direitos humanos e crimes contra a humanidade. Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça de El Salvador, sentença 44-2013/145-2013, de 13 de julho de 2016.

³²¹ Cf. Corte Constitucional da Colômbia. Sentença de 30 de julho de 2002, C-578/02, Revisão da Lei 742, seção 2.1.7.-4.3.2.1.7: “Figuras como as leis de ponto final, que impedem o acesso à justiça, as anistias em branco para qualquer delito, as autoanistias (ou seja, os benefícios penais que os detentores legítimos ou ilegítimos do poder concedem a si mesmos e aos que foram cúmplices dos delitos cometidos), ou qualquer outra modalidade que tenha como propósito impedir às vítimas um recurso judicial efetivo para fazer valer seus direitos, foram consideradas violadoras do dever internacional dos Estados de prover recursos judiciais para a proteção dos direitos humanos”. (tradução da Secretaria)

³²² Corte Suprema de Justiça da Colômbia, Sala de Cassação Penal. Auto 33118, de 13 de maio de 2010, Ata 156, Massacre de Segovia.

³²³ Cf. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Mérito, par. 41; *Caso do Massacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparções e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2009. Série C nº 211, par. 129; e *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, par. 171.

instrumento, precisamente pela falta de investigação, perseguição, captura, julgamento e punição dos responsáveis pelos fatos, descumprindo também o artigo 1.1 da Convenção.

291. À luz das obrigações gerais consagradas nos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana, os Estados Partes têm o dever de adotar providências de toda natureza para que ninguém seja excluído da proteção judicial e do exercício do direito a um recurso simples e eficaz, nos termos dos artigos 8 e 25 da Convenção. Uma vez ratificada a Convenção Americana, cabe ao Estado, em conformidade com o artigo 2 do mesmo instrumento, adotar todas as medidas para deixar sem efeito as disposições legais que possam infringi-la, como aquelas que impedem a investigação de graves violações de direitos humanos, uma vez que levam as vítimas ao desamparo e à perpetuação da impunidade, além de impedirem que as vítimas e seus familiares conheçam a verdade dos fatos.

292. Desse modo, é evidente que, desde sua aprovação, a Lei de Anistia brasileira se refere a delitos cometidos fora de um conflito armado não internacional e carece de efeitos jurídicos porque impede a investigação e a punição de graves violações de direitos humanos e representa um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso e a punição dos responsáveis. No presente caso, a Corte considera que essa Lei não pode produzir efeitos jurídicos e ser considerada validamente aplicada pelos tribunais internos. Já em 1992, quando se encontrava em plena vigência a Convenção Americana para o Brasil, os juízes que intervieram na ação de *habeas corpus* deveriam ter realizado um “controle de convencionalidade” *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no âmbito de suas devidas competências e das regulamentações processuais respectivas. Com ainda mais razão, as considerações acima se aplicavam ao caso *sub judice*, ao se tratar de condutas que chegaram ao limiar de crimes contra a humanidade.

293. Finalmente, a Corte compartilha a perspectiva da Comissão de Direito Internacional, quanto a que a anistia aprovada por um Estado não impediria o julgamento por outro Estado com competência simultânea para conhecer do delito.³²⁴ No Estado que concedeu a anistia, sua validade teria de ser analisada, entre outros aspectos, à luz das obrigações que lhe são atribuídas em virtude dos princípios de direito internacional geral mencionados na presente Sentença e, especificamente, das obrigações contraídas ao ratificar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e ao submeter-se, soberanamente, à competência contenciosa deste Tribunal.

294. Desse modo, considera-se que, em situações que envolvem crimes de direito internacional ou crimes contra a humanidade, os Estados estão facultados a utilizar o princípio de jurisdição universal, a fim de cumprir a obrigação de investigar, julgar e punir os responsáveis, e as obrigações relacionadas às vítimas e a outras pessoas.

iv) Jurisdição Universal

295. A obrigação de colocar em prática e fazer funcionar o sistema de justiça em casos de violações de direitos humanos recai, fundamentalmente, no Estado onde

³²⁴ Ver, por exemplo, TEDH. *Ould Dah vs. França*, nº 13113/03, decisão sobre inadmissibilidade, de 17 de março de 2009.

ocorrem. No que concerne aos crimes contra a humanidade, a citada obrigação não se altera, pois a responsabilidade de prestar contas à sociedade sobre essas condutas também é primordialmente do Estado responsável. Não obstante, atendendo à natureza e à gravidade dos crimes contra a humanidade, essa obrigação transcende o território do Estado onde ocorreram os fatos, por se tratar de “atos desumanos que, por sua extensão e gravidade, vão além dos limites do tolerável para a comunidade internacional, que deve necessariamente exigir sua punição. [O]s crimes contra a humanidade também transcendem o indivíduo, porque, quando o indivíduo é agredido, se ataca e se nega a humanidade toda”.³²⁵

296. Em 1927, a Corte Permanente de Justiça Internacional salientou que, embora “o princípio da territorialidade do Direito Penal sirva de fundamento em todas as legislações, não é menos certo que todas ou quase todas essas legislações estendem sua ação a crimes cometidos fora de seu território, e isso de acordo com sistemas que variam de Estado para Estado. A territorialidade do Direito Penal não é, pois, um princípio absoluto de Direito Internacional e, de nenhum modo, coincide com a soberania territorial”.³²⁶ Disso decorre que, em casos de crimes internacionais (como os crimes contra a humanidade) existe uma presunção a favor da jurisdição criminal extraterritorial, e caberia ao Estado provar a existência da regra proibitiva. Por outro lado, o sexto parágrafo do preâmbulo do Estatuto de Roma recorda que “é dever de cada Estado exercer a respectiva jurisdição penal sobre os responsáveis por crimes internacionais”.³²⁷ Segundo a Comissão de Direito Internacional, todo Estado tem a faculdade de exercer sua jurisdição penal com respeito aos crimes contra a humanidade. Compete aos Estados garantir o julgamento efetivo dos crimes contra a humanidade mediante a adoção de medidas em escala nacional e o fomento da cooperação internacional. Essa cooperação também se aplica ao âmbito da extradição e da assistência judicial recíproca.³²⁸ Por sua vez, a Corte Interamericana destacou que, em contextos de violação sistemática de direitos humanos, a necessidade de erradicar a impunidade se apresenta ante a comunidade internacional como um dever de cooperação interestatal para esses efeitos.³²⁹

297. O conceito de jurisdição universal se desenvolveu nas últimas décadas e foi reconhecido por diversos Estados, sobretudo depois da adoção do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Pode-se afirmar que, atualmente: a) a jurisdição universal é uma norma consuetudinária que se encontra cristalizada, razão pela qual não necessita estar prevista em um tratado internacional;³³⁰ b) poderá ser exercida

³²⁵ Tribunal Oral Criminal Federal (La Plata). 26 de setembro de 2006, Caso “Circuito Camps” e outros, causa n° 2251/06, considerando IV.a.

³²⁶ Corte Permanente de Justiça Internacional. Sentença de 7 de setembro de 1927, *Assunto S.S. Lotus (França vs. Turquia)*, Série A, n° 10 (1927), p. 20.

³²⁷ Estatuto da Corte Penal Internacional, Preâmbulo.

³²⁸ ONU. *Relatório da Comissão de Direito Internacional sobre o Trabalho Realizado no 48° Período de Sessões*. A/51/10. 6 de maio a 26 de julho de 1996, p. 48 e 54 a 59. Comentário 6° ao Artigo 8 e Comentários ao Artigo 9 do projeto de código de crimes contra a paz e a segurança da humanidade.

³²⁹ Cf. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas, par. 160. No mesmo sentido, ver: *Caso Anzualdo Castro vs. Peru*, Sentença de 22 de setembro de 2009, Série C n° 202, par. 125; e *Caso Goiburú e outros vs. Paraguai*, par. 131.

³³⁰ Ver, entre outros, Nações Unidas. *Os Princípios de Princeton sobre a Jurisdição Universal*, A/56/677, 4 de dezembro de 2001, Princípio 3, disponível em: <http://undocs.org/es/A/56/677>; Instituto de Direito Internacional. *Jurisdição penal universal em relação ao crime de genocídio, aos crimes de lesa-humanidade e aos*

com respeito aos crimes internacionais identificados no Direito Internacional como pertencentes a esta categoria, tais como o genocídio, os crimes contra a humanidade e os crimes de guerra;³³¹ c) está baseada exclusivamente na natureza do delito, sem importar o lugar em que foi cometido e a nacionalidade do autor ou da vítima;³³² e d) sua natureza é complementar em face das outras jurisdições.³³³

298. No Caso Furundžija, o TPII afirmou que “no plano individual, isto é, de responsabilidade penal, pareceria que uma das consequências do caráter de *jus cogens* atribuído pela comunidade internacional à proibição da tortura é a de que qualquer Estado pode investigar, perseguir e castigar ou extraditar indivíduos acusados de tortura que se encontrem num território sob sua jurisdição”.³³⁴ Assim, no estágio atual do Direito Internacional, os Estados têm a faculdade de fundamentar nesse princípio a competência de seus juizes em relação a esses crimes, quando os supostos responsáveis se encontrem em seu território. Se o fazem, e em que medida o façam, dependerá de suas políticas a esse respeito, determinadas, *inter alia*, pela relevância que atribuem à proteção dos direitos humanos e a influência que o julgamento dos crimes com base no princípio de universalidade possa ter em seus objetivos de política exterior.³³⁵

crimes de guerra, 2005, Resolução da XVII Comissão na Sessão da Cracóvia. Disponível em: http://www.idiil.org/app/uploads/2017/06/2005_kra_03_en.pdf. De maneira análoga, o princípio *aut dedere aut judicare* se refere à obrigação alternativa que consta de alguns tratados multilaterais de extraditar ou julgar, e se destina a garantir a cooperação internacional para certas condutas criminosas. Esse princípio é uma forma mediante a qual os Estados estão obrigados a exercerem sua jurisdição para julgar certas condutas consideradas criminosas pelo direito internacional, em caso de negar a extradição dos supostos responsáveis ao Estado que os requeira. Não importa, evidentemente, que os crimes não tenham sido cometidos no território do Estado que negou a extradição e que, em virtude desse princípio, terá o dever de julgar. Essa obrigação está presente em várias convenções internacionais de direitos humanos e direito internacional humanitário (Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (Art. 7); Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados (Arts. 9 e 11); Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (Art. 12); Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas (Art. IV); Princípios relativos a uma eficaz prevenção e investigação das execuções extralegais, arbitrárias ou sumárias (Princípio 18); Artigos 49, 50, 129 e 146, respectivamente, das quatro Convenções de Genebra, aprovadas em 12 de agosto de 1949; e Convenção para a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio). De acordo com alguns autores, trata-se de uma norma consuetudinária internacional que obriga todos os Estados. Ver também a esse respeito, ONU. Comissão de Direito Internacional. *Relatório final do Grupo de Trabalho sobre a obrigação de extraditar ou julgar (aut dedere aut judicare)*, A/CN.4/L.844, 5 de junho de 2014. Disponível em: <http://undocs.org/es/A/CN.4/L.844>, e ONU. Comissão de Direito Internacional. *Quarto Relatório sobre a obrigação de extraditar ou julgar (aut dedere aut judicare)*, A/CN.4/648, 31 de maio de 2011. Disponível em: <http://undocs.org/es/A/CN.4/648>.

³³¹ Cf. Instituto de Direito Internacional. *Jurisdição penal universal em relação ao crime de genocídio, aos crimes contra a humanidade e aos crimes de guerra*, 2005, Resolução da XVII Comissão na Sessão da Cracóvia. Ver *Customary International Humanitarian Law* – vol. I: Rules, ICRC, Cambridge University Press, p. 604 e seguintes (Regra nº 157). Do mesmo modo, os Princípios de Princeton sobre a Jurisdição Universal enumeram os seguintes crimes internacionais objeto desse tipo de jurisdição: 1) a pirataria; 2) a escravidão; 3) os crimes de guerra; 4) os crimes contra a paz; 5) os crimes contra a humanidade; 6) o genocídio; e 7) a tortura. Nações Unidas. *Texto dos Princípios de Princeton sobre a Jurisdição Universal*, A/56/677, 4 de dezembro de 2001, Princípio 2.

³³² Cf. ONU. *Os Princípios de Princeton sobre a Jurisdição Universal*, A/56/677, 4 de dezembro de 2001, Princípio 1.

³³³ Cf. Instituto de Direito Internacional. *Jurisdição penal universal em relação ao crime de genocídio, aos crimes contra a humanidade e aos crimes de guerra*, 2005, Resolução da XVII Comissão na Sessão da Cracóvia, par. 3.d. Ver também ONU. Relatório do Secretário-Geral à Assembleia Geral. *Alcance e aplicação do princípio da jurisdição universal*, A/66/93, 20 de junho de 2011. Disponível em: <http://undocs.org/sp/A/66/93> e ONU. Relatório do Secretário-Geral à Assembleia Geral. *Alcance e aplicação do princípio da jurisdição universal*, A/70/125, 1º de julho de 2015. Disponível em: <http://undocs.org/sp/A/70/125>.

³³⁴ TPII. *Promotoria vs. Furundžija*. Sentença de 10 de dezembro de 1998, Causa nº IT-95-17/1-T, par. 156

³³⁵ Cf. TPII. *Promotoria vs. Furundžija*. Sentença de 10 de dezembro de 1998, Causa nº IT-95-17/1-T, par. 156.

299. Desde 1945, vários países deram início a julgamentos por crimes contra a humanidade, em aplicação do princípio de jurisdição universal.³³⁶ Por exemplo, o Tribunal Constitucional Espanhol estabeleceu que o princípio de jurisdição universal (em relação ao genocídio) faz parte do direito internacional, e gera obrigações para os Estados.³³⁷ Da mesma maneira, a *Audiencia Nacional* Espanhola admitiu a tramitação de denúncias por genocídio, terrorismo e tortura cometidos na Guatemala, entre 1978 e 1986, e também denúncias por suposto genocídio no Tibete, embora tenha posteriormente arquivado essas causas.³³⁸ Do mesmo modo, no Caso Scilingo, a *Audiencia Nacional* Espanhola detalhou a aplicação da jurisdição universal para crimes contra a humanidade a respeito de um cidadão argentino.³³⁹ Na França,³⁴⁰ na Itália,³⁴¹ e na Alemanha³⁴² foram iniciadas e concluídas causas envolvendo crimes contra a humanidade.

³³⁶ Ver também Comissão de Direito Internacional. *Primeiro relatório sobre os crimes contra a humanidade, apresentado por Sean D. Murphy, Relator Especial, A/CN.4/680*, 17 de fevereiro de 2015. Disponível em: <http://undocs.org/es/A/CN.4/680>.

³³⁷ Tribunal Constitucional Espanhol. Sentença de 26 de setembro de 2005, STC 237/2005, fundamento jurídico 3, 4, 6 e 7.

³³⁸ Tribunal Supremo Espanhol, Sala Penal. Sentença de Recurso de Cassação, de 25 de fevereiro de 2003, nº 803/2001; Audiência Nacional, Sala Penal. Apelação procedimento abreviado, de 10 de janeiro de 2006, nº 196/005.

³³⁹ Audiência Nacional, Sala Penal, Seção Terceira. Sentença de 19 de abril de 2005, nº 16/2005, par. 5.3, 6.1 e 6.3: “A razão da utilidade da existência dos crimes contra a humanidade é precisamente a de garantir sua persecução essencialmente pelas dificuldades extremas ou pela impossibilidade da persecução interna dessa classe de delito e o interesse da comunidade internacional em sua persecução e punição, não sendo tão importante sua concreta tipificação, que pode ficar aos cuidados dos direitos internos, senão estabelecer um sistema internacional de persecução efetiva. [...] Definitivamente, uma das características essenciais dos crimes contra a humanidade, de nosso ponto de vista, a que verdadeiramente os singulariza, é sua perseguibilidade internacional além do princípio de territorialidade. É certo que o mais neutro e menos complicado, do ponto de vista das relações internacionais entre Estados, é que seja um Tribunal Internacional geral ou ‘ad hoc’ que os julgue, no entanto, o essencial, reiteramos, é que essa persecução internacional, embora seja complementar ou subsidiária da interna inefetiva ou inexistente, se produza de maneira que, nesses casos atue uma jurisdicional nacional em substituição à internacional e exercendo as funções desta quando não se tenha podido produzir, seja por inexistência, seja por outra causa de atuação de um tribunal internacional, o princípio de necessária persecução e de possibilidade de persecução internacional desses crimes continua indene, razão pela qual é precedente. Essencialmente, há poucas diferenças de mérito ou substância entre uma e outra situação, já que o que é determinante é a internacionalidade do delito e a necessidade assumida por parte da comunidade internacional de que seja perseguido, e se a comunidade internacional não põe diretamente os meios, e não revoga esses princípios básicos de convivência, pode-se dizer que não só está consistindo de fato, mas *de iure*, essa atuação de jurisdições nacionais em atuação internacional [...] A ação da jurisdição espanhola em atuação do princípio de universalidade foi determinada pela falta de atuação eficaz da justiça argentina, que deu lugar a uma situação de impunidade dos responsáveis penais pelos fatos, situação que, de forma diferente do que ocorreu em outros países, se tornou, salvo caso fiquem definitivamente anuladas as leis de ponto final e obediência devida, irreversíveis. [...] Nesse caso, ademais, se justifica complementariamente a atuação da jurisdição espanhola para a persecução penal de fatos, pela existência de vítimas espanholas. A existência dessas vítimas fica constatada no relato de fatos provados, ao se tratar de pessoas que, consta, estiveram detidas na ESMA na época em que o acusado nela prestou serviços. É certo que não consta exatamente que este tivesse nenhum tipo de relação direta com elas, mas, sim, se viram diretamente afetadas pelos atos [do acusado], imbricados no tantas vezes indicado contexto de ‘guerra suja organizada contra a subversão’.” (Tradução da Secretaria)

³⁴⁰ Entre outros, Corte de Cassação da França, Câmara Penal. Inadmissibilidade de Recurso de Cassação. de 3 de junho de 1998, Caso Klaus Barbie, nº recurso: 87-84240.

³⁴¹ Cf. Caso do Capitão SS Erich Priebke. Extraditado da Argentina para a Itália em 2 de novembro de 1995. Ver Tribunal Federal de Bariloche, 31 de maio de 1995, e Câmara Federal de Apelações, 23 de agosto de 1995, e Corte Suprema de Justiça da Nação, 2 de novembro de 1995. Condenação final pelo Tribunal Militar de Roma, em 22 de julho de 1997. A sentença declara que os crimes contra a humanidade são imprescritíveis, reconhecidos como tal com base no *jus cogens*, mesmo quando a Itália não havia ratificado a Convenção sobre Imprescritibilidade, de 1968.

³⁴² Ver, entre outros, Tribunal Superior de Justiça de Düsseldorf. Caso Nikola Jorgic, Sentença de 26 de setembro de 1997, IV-26/96 2 StE 8/96.

300. Nas Américas, tribunais do México,³⁴³ da Argentina,³⁴⁴ dos Estados Unidos³⁴⁵ e do Canadá³⁴⁶ se pronunciaram sobre o tema, no sentido de corroborar sua aplicação no âmbito penal. Além disso, normas internas da Bolívia,³⁴⁷ do Equador,³⁴⁸ de El Salvador³⁴⁹ e do Panamá,³⁵⁰ assim como a Constituição da Argentina,³⁵¹ reconhecem esse princípio.

301. O Brasil, por sua vez, se manifestou favoravelmente à jurisdição universal perante a Assembleia Geral das Nações Unidas. Para o Brasil, “o objetivo da jurisdição universal é impedir a impunidade dos responsáveis por crimes sumamente graves previstos

³⁴³ Cf. Suprema Corte de Justiça da Nação. Mandado em revisão. Sentença de 10 de junho de 2003, Queixoso: Ricardo Miguel Cavallo, nº 140/2002.

³⁴⁴ Cf. Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina, Recurso de Fato. Sentença de 14 de junho de 2005, Caso Julio Héctor Simón e outros, causa Nº 17.768, Voto do Juiz Antonio Boggiano, considerando 28, 29, 31: “Que mesmo antes dessa jurisprudência internacional, os crimes contra o direito das gentes eram proibidos pelo direito internacional consuetudinário e, simultaneamente, pelo texto de nossa Constituição Nacional. A gravidade desses delitos pode dar fundamento à jurisdição universal, como se infere do artigo 118 da Constituição Nacional, que contempla os delitos contra o direito das gentes fora dos limites da Nação e ordena ao Congresso determinar por lei especial o lugar em que o processo deva ter sequência. Isso pressupõe que esses crimes possam ser julgados na República, e, cabe entender, também em outros Estados estrangeiros. E, além disso, que esses crimes contra o direito internacional, contra a humanidade e contra o direito das gentes, por sua gravidade, lesam a ordem internacional, de maneira que não se pode ver nesse artigo 118 só uma norma de jurisdição, mas substancialmente de reconhecimento da gravidade material daqueles delitos (causa ‘Nadel’ registrada em Sentenças: 316:567, dissidência do Juiz Boggiano)” [...] “Que, segundo a teoria da jurisdição universal, sem necessidade de julgar aqui as práticas estrangeiras comparadas, esses delitos poderiam ser julgados ainda fora do país em que tivessem sido cometidos, os delitos contra o direito internacional podem fundamentar a jurisdição universal de qualquer Estado segundo o costume internacional, por violar uma norma de *ius cogens* de modo sistemático violando o direito internacional”. [...] “Que, nessa hipótese, poderia dar-se o caso de que esses crimes fossem julgados em algum ou alguns Estados estrangeiros, e não na Argentina, com o conseqüente desprezo da soberania jurisdicional de nosso país”; Tribunal Oral Criminal nº 1 de San Martín. Sentença por Crimes Contra a Humanidade. 12 de agosto de 2009, General Riveros e outros no caso de Floreal Edgardo Avellaneda e outros: “Em relação ao *non bis in idem* e à coisa julgada, que também a Defesa propusera, a Corte, em ‘Mazzeo’, afirmou que ‘no Direito Internacional Humanitário, os princípios de interpretação axiológicos adquirem plena preeminência, tanto ao definir a garantia do *ne bis in idem* como da coisa julgada’. Isto porque, ‘na medida em que tanto os estatutos dos tribunais penais internacionais como os princípios que inspiram a jurisdição universal tendem a assegurar que não fiquem impunes fatos aberrantes. Por isso, sem prejuízo de dar prioridade às autoridades nacionais para levar a cabo os processos, se tais processos locais se transformam em subterfúgios inspirados em impunidade, a jurisdição subsidiária do direito penal internacional participa com um novo processo’”; Recurso Ordinário de Apelação. Sentença de 2 de novembro de 1995, Caso de Erich Priebke nº 16.063/94, considerando 4º, e Voto coincidente do Juiz Julio S. Nazareno e Eduardo Moline O’Connor, considerando 43: “Que essa circunstância, de modo algum, significa que a incriminação internacional fique liberada à vontade dos estados particulares expressa convencionalmente, pois isso é o instrumento de cristalização dos princípios e usos da consciência jurídica da sociedade mundial, dos quais nenhum Estado poderia individualmente afastar-se, na medida em que a formulação do direito internacional geral estabelece, na matéria, uma descrição suficientemente acabada da conduta punível, bem como que sua configuração merece uma punição de conteúdo penal.” [...] “Que o fato de que o legislador nacional não tenha implementado ‘sanções penais adequadas’ para esse tipo de crime não prejudica a vigência dos demais compromissos assumidos no âmbito internacional em matéria de extradição, uma vez que esse tipo de trâmite não tem por objetivo determinar a culpabilidade ou inculpabilidade do indivíduo requerido, mas somente estabelecer, como já se recordou no considerando 12, se seu direito de permanecer no país deve ceder ante a solicitação de cooperação internacional formulada.” (tradução da Secretaria)

³⁴⁵ Corte de Apelações dos Estados Unidos, Sexto Circuito. Sentença de 31 de outubro de 1985, Demjanjuk vs. Petrowsky, 776 F. 2d 571.

³⁴⁶ Corte Suprema do Canadá. Sentença de 24 de março de 1994, R. vs. Finta, [1994] 1 S.C.R. 701; Corte Superior da Província de Québec, Sala Penal. Sentença de 22 de maio de 2009, *Promotora vs. Désiré Munyaneza*, caso nº 500-73-002500-052.

³⁴⁷ Código Penal da Bolívia, Lei nº 1.768, de 10 de março de 1997, artigo 1.7.

³⁴⁸ Código Orgânico Integral Penal da República do Equador. Artigo 14.

³⁴⁹ Código Penal del Salvador, Lei nº 1030 de 26 de abril de 1997, artigo 10.

³⁵⁰ Código Penal do Panamá, Lei nº 14 de 18 de maio de 2007, artigo 19.

³⁵¹ Constituição da Nação Argentina, Lei nº 24.430, de 15 de dezembro de 1994, artigo 118.

no direito internacional, os quais, por sua transcendência, sacodem a consciência de toda a humanidade e violam normas imperativas do direito internacional. Como fundamento da jurisdição, sua natureza é excepcional em comparação com os princípios mais consolidados da territorialidade e da nacionalidade. Apesar de o exercício da jurisdição corresponder primordialmente ao Estado do território, em virtude do princípio de igualdade soberana dos Estados, a luta contra a impunidade quanto aos crimes mais graves é uma obrigação constante de numerosos tratados internacionais. A jurisdição universal só deve ser exercida em plena conformidade com o direito internacional; deve ser subsidiária da legislação nacional e limitar-se a delitos específicos; e não deve ser exercida de maneira arbitrária ou para atender a interesses alheios à justiça, em especial, objetivos políticos”.³⁵²

302. Tendo presentes os antecedentes mencionados *supra*, a Corte Interamericana considera que ante a prática de crimes contra a humanidade, a comunidade de Estados está facultada a aplicar a jurisdição universal de modo que se torne efetiva a proibição absoluta desses delitos, estabelecida pelo direito internacional. Sem prejuízo do exposto, a Corte também reconhece que no atual estágio de desenvolvimento do direito internacional, o uso da jurisdição universal é um critério de razoabilidade processual e político-criminal, e não uma ordenação hierárquica, pois se deve favorecer a jurisdição territorial da prática do delito.

303. Nesse sentido, ao considerar o exercício de sua competência universal para investigar, julgar e punir autores de crimes como os do presente caso, os Estados devem cumprir determinados requisitos reconhecidos pelo direito internacional consuetudinário: i) que o delito passível de processo judicial seja um delito de direito internacional (crimes de guerra, crimes contra a humanidade, crimes contra a paz, escravidão, genocídio), ou tortura; ii) que o Estado onde se cometeu o crime não tenha demonstrado haver envidado esforços na esfera judicial para punir os responsáveis ou que seu direito interno impeça o início desses esforços, em razão da aplicação de excludentes de responsabilidade; e iii) que não seja exercida de maneira arbitrária ou atenda a interesses alheios à justiça, sobretudo objetivos políticos.

v) Previsibilidade/princípio de legalidade

304. A Corte tem presente que a legislação brasileira e sua interpretação por parte relevante do sistema judicial entendem a falta de tipificação expressa em lei como um obstáculo insuperável à investigação e punição dos atos que deram origem ao presente caso.³⁵³ Sem prejuízo disso, a Corte analisa o presente caso contencioso

³⁵² Nações Unidas, Assembleia Geral. *Ata resumida da 12ª Sessão do Setuagésimo Período de Sessões*, A/C.6/70/SR.12, 5 de novembro de 2015, par. 62. Disponível em: <http://undocs.org/es/A/C.6/70/SR.12>. O Brasil também confirmou que seus tribunais podem exercer a jurisdição universal sobre o crime de genocídio e sobre outros crimes, como a tortura, os quais o Estado está obrigado a reprimir, em virtude de obrigações assumidas convencionalmente (par. 64). Não obstante, salientou que “Conforme o direito brasileiro, é necessário promulgar leis nacionais para poder exercer a jurisdição universal a respeito de um tipo específico de delito; não se pode exercer essa jurisdição com base exclusivamente no direito internacional consuetudinário, sem violar o princípio de legalidade”.

³⁵³ A esse respeito, ver peritagens de Maria Auxiliadora Minahim (expediente de prova, folhas 13987 a 14034) e de Alberto Zacharias Toron em audiência.

sob a ótica do direito internacional e de suas normas imperativas em situações que envolvem os mais graves crimes de Estado que infringem direitos inderrogáveis reconhecidos pelo direito internacional dos direitos humanos. A Corte observa que, no presente caso, não se trata de um homicídio comum ou de um ato de tortura isolado, mas da tortura e do assassinato de uma pessoa sob a custódia do Estado, como parte de um plano estabelecido pelas mais altas autoridades do Estado, com o objetivo de exterminar os opositores da ditadura. Essa política não só foi extremamente violenta, mas também se manifestou no acobertamento, por parte de funcionários, médicos, peritos, promotores e juízes, entre outros, que garantiram sua impunidade.

305. Ante o argumento de insegurança jurídica pela aplicação do direito internacional, sem uma norma correspondente interna convalidando essa figura, é necessário salientar que todas as condutas adotadas contra Vladimir Herzog já eram proibidas no ordenamento jurídico brasileiro. A tortura era proibida desde o Código Penal de 1940, pois esse mesmo código, vigente no momento dos fatos, estabelecia, por exemplo, os seguintes tipos penais que teriam sido cometidos no caso *sub examine*: lesões corporais;³⁵⁴ risco para a vida ou para a saúde de outro;³⁵⁵ deixar de prestar assistência;³⁵⁶ maus-tratos;³⁵⁷ e homicídio qualificado.³⁵⁸ A tortura era, ademais, considerada uma circunstância agravante de outros crimes no referido código penal (artigo 61, II, d)³⁵⁹. Esses tipos penais, além disso, fazem parte da consciência jurídica nacional, como o revelam as disposições de todos os códigos do Brasil independente: Código Criminal do Império do Brasil, artigo 192, em relação às agravantes gerais do artigo 16, seção I, inciso 6, e artigo 17, incisos 2, 3 e 4;³⁶⁰ e Código Republicano, artigo 294, em relação ao artigo 39, inciso 5, e artigo 41, incisos 2 e 3.³⁶¹

³⁵⁴ Código Penal Brasileiro de 1940, Artigo 129: Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem.

³⁵⁵ Código Penal Brasileiro de 1940, Artigo 132: Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto ou iminente.

³⁵⁶ Código Penal Brasileiro de 1940, Artigo 135: Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à [...] pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública.

³⁵⁷ Código Penal Brasileiro de 1940, Artigo 136: Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, [...] quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina.

³⁵⁸ Código Penal Brasileiro de 1940, Artigo 121: Homicídio qualificado. §2º Se o homicídio é cometido: I – mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe; II – por motivo fútil; III – com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum; IV – à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido; V – para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime: Pena – reclusão, de doze a trinta anos.

³⁵⁹ Ver peritagem de Renato Sergio de Lima (expediente de prova, folhas 14153 e 14154); Relatório da Comissão Nacional da Verdade, 2014 (expediente de prova, folha 808).

³⁶⁰ Lei de 16 de dezembro de 1830. Código Penal do Império do Brasil. Homicídio. Art. 192. Matar alguém com qualquer das circunstâncias agravantes mencionadas no artigo dezaseis, numeros dous, sete, dez, onze, doze, treze, quatorze, e dezasete.

Art. 16. São circunstâncias agravantes: [...] 6º Haver no delinquente superioridade em sexo, forças, ou armas, de maneira que o ofendido não pudesse defender-se com probabilidade de repellar a ofensa. [...] Art. 17. Também se julgarão agravados os crimes: [...] 2º Quando a dor physica fôr augmentada mais que o ordinario por alguma circunstancia extraordinaria. 3º Quando o mal do crime fôr augmentado por alguma circunstancia extraordinaria de ignominia. 4º Quando o mal do crime fôr augmentado pela natureza irreparavel do damno. [...] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Cf. FIGUEIRAS JUNIOR, Araujo. *Código Criminal do Império do Brasil anotado*. Rio de Janeiro, 1876, p.17, 20 e 214.

³⁶¹ Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Código Penal. Art. 294. Matar alguém.

306. Para a Corte, é absolutamente irrazoável sugerir que os autores desses crimes não eram conscientes da ilegalidade de suas ações e que, eventualmente, estariam sujeitos à ação da justiça. Ninguém pode alegar que desconhece a antijuridicidade de um homicídio qualificado ou agravado ou da tortura, aduzindo que desconhecia seu caráter de crime contra a humanidade, pois a consciência de ilicitude que basta para a censura da culpabilidade não exige esse conhecimento, o que só faz quanto à imprescritibilidade do delito, bastando, em geral, que o agente conheça a antijuridicidade de sua conduta, em especial em face da disposição restritiva da relevância do erro no artigo 16 do Código Penal brasileiro vigente no momento do fato (“A ignorância ou errada compreensão da lei não eximem de pena”).

307. Em atenção à proibição absoluta dos crimes de direito internacional e contra a humanidade no direito internacional, a Corte coincide com os peritos Roth-Arriaza e Mendez, no sentido de que para os autores dessas condutas nunca foram criadas expectativas válidas de segurança jurídica, posto que os crimes já eram proibidos no direito nacional e internacional no momento em que foram cometidos. Além disso, não há aplicação nem violação do princípio *pro reo*, já que nunca houve uma expectativa legítima de anistia ou prescrição que desse lugar a uma expectativa legítima de finalidade.³⁶² A única expectativa efetivamente existente era o funcionamento do sistema de acobertamento e proteção dos verdugos das forças de segurança. Essa expectativa não pode ser considerada legítima por esta Corte e suficiente para ignorar uma norma peremptória de direito internacional.

308. Sem prejuízo do exposto, a Corte reitera que a alegada “falta de tipificação dos crimes contra a humanidade” no direito interno não tem impacto na obrigação de investigar, julgar e punir seus autores. Isso porque um crime contra a humanidade não é um tipo penal em si mesmo, mas uma qualificação de condutas criminosas que já eram estabelecidas em todos os ordenamentos jurídicos: a tortura (o seu equivalente) e o assassinato/homicídio. A incidência da qualificação de crime contra a humanidade a essas condutas tem como efeito impedir a aplicação de normas processuais excludentes de responsabilidade como consequência da natureza de *jus cogens* da proibição dessas condutas. Não se trata de um novo tipo penal. Portanto, a Corte considera apropriada a postura do Ministério Público Federal brasileiro da dupla subsunção, ou seja, que o ato ilícito fosse previsto tanto na norma interna como no direito internacional. No caso dos crimes internacionais ou contra a humanidade, o elemento internacional se refere ao contexto de ataque planejado, massivo ou sistemático contra uma população civil. Esse segundo elemento proveniente do direito internacional é o que justifica a não aplicação de excludentes de responsabilidade (par. 229 a 231 *supra*).

Art. 39. São circunstâncias agravantes: [...] §5º Ter o delinquente superioridade em sexo, força ou armas, de modo que o ofendido não pudesse defender-se com probabilidade de repellar a ofensa; [...]

Art. 41. Também se julgarão agravados os crimes: [...] §2º Quando a dor physica for augmentada por actos de crueldade; §3º Quando o mal do crime for augmentado, ou por circumstancia extraordinaria de ignominia, ou pela natureza irreparavel do damno. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>. Cf. Alvarenga Netto. *Código Penal Brasileiro e leis penaes subseqentes*. Rio de Janeiro, 1929, p. 35, 36 e 141.

³⁶² Peritagem de Naomi Roth-Arriaza (expediente de prova, folha 13957).

309. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos se pronunciou nesse mesmo sentido,³⁶³ afirmando que, levando em conta o caráter flagrantemente ilegal dos maus-tratos e assassinatos ocorridos em 1944, o peticionário poderia ter previsto que os atos impugnados poderiam ser qualificados como crimes de guerra, e que, independentemente da tipicidade no direito interno, não é possível ignorar a ilegalidade dos crimes contra a humanidade.³⁶⁴ O Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas também declarou a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade.³⁶⁵ A mesma conclusão, *mutatis mutandi*, se aplica aos crimes contra a humanidade em face da gravidade das condutas adotadas contra Vladimir Herzog e o contexto no qual tiveram lugar.

310. Com base em todas as considerações anteriormente expostas, a Corte considera que o Estado não pode alegar a inexistência de normas internas, ou a incompatibilidade do direito interno, para não cumprir uma obrigação internacional imperativa e inderrogável. O Tribunal considera que o Estado deixou de garantir um recurso judicial efetivo para investigar, julgar e punir os responsáveis pela detenção, tortura e morte de Vladimir Herzog.

B.5. Conclusão

311. No presente caso, o Tribunal conclui que não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado que encerraram a investigação em 2008 e 2009. Do mesmo modo, em 2010, a decisão do Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da Lei de Anistia, sem considerar as obrigações internacionais do Brasil, decorrentes do direito internacional, particularmente as dispostas nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento. A Corte julga oportuno recordar que a obrigação de cumprir as obrigações internacionais voluntariamente contraídas corresponde a um princípio básico do direito sobre a responsabilidade internacional dos Estados, respaldado pela jurisprudência internacional e nacional, segundo a qual aqueles devem acatar suas obrigações convencionais internacionais de boa-fé (*pacta sunt servanda*). Como já salientou esta Corte, e conforme dispõe o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, os Estados não podem, por razões de ordem interna, descumprir obrigações internacionais. As obrigações convencionais dos Estados Partes vinculam todos os seus poderes e órgãos, os quais devem garantir o cumprimento das disposições convencionais e seus efeitos próprios (*effet utile*) no plano de seu direito interno.³⁶⁶

³⁶³ TEDH. *Caso Kononov vs. Letônia*, nº 36376/04. Sentença de 17 de maio 2010.

³⁶⁴ TEDH. *Caso Kolk e Kislyiy vs. Estônia*, N^{os}. 23052/04 e 24018/04. Decisão de inadmissibilidade, de 17 de janeiro de 2006; e *Caso Vasiliauskas vs. Lituânia* [GS], nº 35343/05. Sentença de 20 de outubro de 2015, par. 167, 168, 170 e 172.

³⁶⁵ Observações finais do Comitê de Direitos Humanos: Espanha, CCPR/C/ESP/CO/5, de 5 de janeiro de 2009, par. 9. Disponível em: <http://undocs.org/es/CCPR/C/ESP/CO/5>.

³⁶⁶ Cf. *Responsabilidade Internacional por Expedição e Aplicação de Leis Violatórias da Convenção (artigos 1 e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*. Parecer Consultivo OC-14/94, de 9 de dezembro de 1994. Série A nº 14, par. 35; *Caso do Presídio Miguel Castro Castro vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 25 de novembro de 2006. Série C nº 160, par. 394; e *Caso Zambrano Vélez e outros vs. Equador*.

312. Com base nas considerações acima, a Corte Interamericana conclui que, em razão da falta de investigação, bem como de julgamento e punição dos responsáveis pela tortura e pelo assassinato de Vladimir Herzog, cometidos num contexto sistemático e generalizado de ataques à população civil, o Brasil violou os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, previstos nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento, e em relação aos artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em detrimento de Zora, Clarice, André e Ivo Herzog. A Corte conclui também que o Brasil descumpriu a obrigação de adequar seu direito interno à Convenção, constante do artigo 2, em relação aos artigos 8.1, 25 e 1.1 do mesmo tratado, e aos artigos 1, 6 e 8 da CIPST, em virtude da aplicação da Lei de Anistia nº 6683/79 e de outras excludentes de responsabilidade proibidas pelo direito internacional em casos de crimes contra a humanidade, de acordo com os parágrafos 208 a 310 da presente Sentença.

VII-2 DIREITO A CONHECER A VERDADE (ARTIGOS 8 E 25 DA CONVENÇÃO AMERICANA)

A. Alegações das partes e da Comissão

313. A *Comissão* afirmou que não são necessárias a análise em separado e a determinação de uma violação autônoma dos artigos 4, 5, 7 e 13 da Convenção Americana por descumprimento do dever de garantir a verdade; para a Comissão, esse direito já se encontra protegido pelos artigos 8.1 e 25.

314. Não obstante, sustentou que o direito à verdade não pode ser restringido, entre outras formas, por meio de medidas legislativas como a expedição de leis de anistia, a prescrição ou a coisa julgada.

315. Os *representantes* afirmaram que o Estado é responsável pela violação do direito à verdade, na medida em que ocultou informação relevante sobre o caso e não estabeleceu os processos ou os mecanismos necessários para esclarecer a verdade sobre o ocorrido. Salientaram que o direito à verdade apresenta duas dimensões, uma individual, que salvaguarda os direitos das vítimas e dos familiares, e uma coletiva, que protege o direito da sociedade de conhecer a verdade, ter acesso à informação e reconstruir a memória coletiva. Propuseram que esse direito seja entendido como um direito autônomo e independente. No seu entender, apesar de não estar expressamente previsto na Convenção, esse direito se depreende do conjunto de proteções consagradas nos artigos 1.1, 5, 8, 13 e 25 da Convenção Americana.

Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 4 de julho de 2007. Série C nº 166, par. 104. Do mesmo modo, cf. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru. Cumprimento de Sentença.* Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 17 de novembro de 1999. Série C nº 59, Considerando 3; *Caso De la Cruz Flores vs. Peru. Supervisão de Cumprimento de Sentença.* Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 1º de setembro de 2010, Considerando 3; e *Caso Tristán Donoso vs. Panamá. Supervisão de Cumprimento de Sentença.* Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 1º de setembro de 2010, Considerando 5.

316. Segundo os representantes, a violação do direito à verdade teve lugar porque o Estado: a) publicou uma versão falsa da morte de Herzog; b) sistematicamente negou acesso aos documentos militares; e c) permitiu a impunidade como obstáculo para conhecer a verdade.

317. Com respeito à divulgação da falsa versão da morte de Herzog, os representantes afirmaram que a versão amplamente divulgada de sua morte foi o suicídio, com uma foto destinada a apoiar essa versão. Do atestado de óbito de Herzog constava como *causa mortis* a “asfixia mecânica por enforcamento”. Somente em 2013 a *causa mortis* foi modificada para “lesões e maus-tratos sofridos” enquanto era interrogado no DOI/CODI/SP. A reiteração dessa versão falsa por anos causou grande sofrimento à família de Herzog.

318. Com respeito à ocultação de arquivos militares, ressaltaram que a CNV afirmou que essa circunstância constitui um obstáculo à elucidação das mortes. Acrescentaram que outro obstáculo foi a ocultação sistemática de informação sobre os crimes, pela resistência das Forças Armadas em abrir seus arquivos de informação, o que se observou inclusive no período democrático constitucional (depois de 1988) e durante a vigência da CNV (2012-2014).

319. Sustentaram que a postura do Estado de não prestar informação para não “reabrir feridas” viola o direito à verdade. Declararam que não é possível, conforme afirmou a AGU ao negar informação ao MPF, que não exista documentação alguma sobre as pessoas que estiveram detidas ou morreram no DOI/CODI/SP.

320. Além disso, ressaltaram que a Ação Civil Pública iniciada pelo Ministério Público tinha como um de seus objetivos a declaração da obrigação das Forças Armadas de entregar todos os documentos referentes ao DOI/CODI do II Exército que estejam em seu poder, petição que se fundamenta no fato de que “até a presente data, o Exército brasileiro não trouxe ao conhecimento público os arquivos e as informações para que sejam conhecidas todas as circunstâncias e todos os responsáveis pelos ilícitos praticados naquele órgão federal”. Salientaram, ademais, que o Ministério Público declarou que as Forças Armadas obstruíram o acesso a “praticamente” todas as informações sobre as atividades do DOI/CODI do II Exército.

321. Com respeito à “impunidade como obstáculo para conhecer a verdade”, os representantes admitiram a importância histórica e informativa dos trabalhos da Comissão Nacional da Verdade. No entanto, salientaram que essa verdade histórica não completa nem substitui a obrigação estatal de estabelecer a verdade por meios processuais.

322. Salientaram também que a elucidação dos autores e das circunstâncias que cercaram a prática dos delitos é imprescindível, já que a verdade é, por sua própria conta, um componente integral da prestação de justiça, e não só um mero subproduto dos julgamentos ou de outras medidas persecutórias.

323. Nesse sentido, os representantes entenderam que a sistemática recusa, por parte do Estado brasileiro, a entregar os documentos militares que poderiam esclarecer as circunstâncias da morte de Herzog, e identificar os responsáveis materiais

e intelectuais, constitui uma violação do direito à verdade e uma obstrução do direito à justiça, em violação dos artigos 5, 8, 13, 25 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento.

324. O *Estado*, com respeito à divulgação de uma falsa versão sobre a morte de Herzog, afirmou que a sentença na ação declaratória de 1976 já havia atestado que não estava comprovada a versão do suicídio. Nesse mesmo sentido, a própria solicitação de instauração de um inquérito policial, feita em 1992, levando em conta os termos da sentença declaratória, mostra que a versão do suicídio já não era considerada pelas autoridades estatais. Salientou que a retificação do atestado de óbito no ano de 2013 não significa que a versão estatal sobre o suicídio tenha continuado até essa data, e que, em 2012, na resposta do Estado à Comissão sobre a admissão da petição no presente caso, reconheceu a responsabilidade pela morte e prisão arbitrária de Vladimir Herzog.

325. Com respeito à falta de acesso aos arquivos militares, o Estado afirmou que não são fatos que tenham sido apresentados pela Comissão, razão pela qual não devem ser objeto de análise pela Corte, sendo, ademais, acusações genéricas. Apesar disso, o Estado esclareceu que foi conduzido um procedimento investigativo, no âmbito das Forças Armadas, com a finalidade de determinar a irregularidade na destruição de documentos públicos do período de 1964 a 1990, o qual chegou à conclusão de que não houve irregularidades. Ressaltou que é impossível para o Estado produzir prova negativa no sentido de que não se estão ocultando arquivos e que, em todo caso, isso não é aplicável ao caso de Vladimir Herzog, pois as circunstâncias de sua morte vêm sendo esclarecidas com base na atuação do poder judiciário na ação declaratória de 1976, passando pela análise efetuada pela Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos e culminando com o relatório da Comissão Nacional da Verdade. Ademais, não houve esgotamento dos recursos internos por parte dos petionários, já que não foi interposta a ação de *habeas data*.

326. Com respeito à impunidade como obstáculo para conhecer a verdade, entendeu que esse direito fica incluído no direito da vítima e dos familiares de obter dos órgãos competentes do Estado o esclarecimento sobre os fatos e as responsabilidades, ou seja, o direito de acesso à justiça. Não obstante, o Estado afirmou que adotou diversas medidas com a finalidade de obter a verdade sobre o ocorrido.

327. O Estado alegou que se infere do artigo 2 da Convenção que a adoção de políticas públicas, administrativas ou legislativas deve ser confiada primeiramente aos representantes eleitos democraticamente pelo povo, que, por sua vez, estão sujeitos à lei interna e à Constituição. Por esse motivo, solicitou que esta Corte reconheça que o Estado tem o direito de exercer essas políticas de acordo com a “margem racional de apreciação”, à luz do artigo 2 da Convenção, com a devida discricionariedade para acolher os meios mais adequados para atribuir efetividade aos direitos protegidos na Convenção. Salientou que o reconhecimento dessa flexibilidade não afetaria o Sistema Interamericano, já que esta Corte poderia, mediante o controle de convencionalidade, avaliar e censurar as medidas adotadas pelo Estado.

B. Considerações da Corte

328. Este Tribunal considera pertinente recordar que, em conformidade com sua jurisprudência constante, toda pessoa, inclusive os familiares das vítimas de graves violações de direitos humanos, tem o direito de conhecer a verdade. Por conseguinte, os familiares das vítimas e a sociedade devem ser informados de todo o ocorrido com relação a essas violações.³⁶⁷ Embora o direito de conhecer a verdade tenha sido incluído, fundamentalmente, no direito de acesso à justiça,³⁶⁸ aquele tem uma natureza ampla e sua violação pode afetar diferentes direitos consagrados na Convenção Americana,³⁶⁹ dependendo do contexto e das circunstâncias particulares do caso. Nesse sentido, a Corte reitera que esse direito consta dos artigos 1.1, 8.1, 25, e é por eles protegido, assim como – em determinadas circunstâncias – o artigo 13 da Convenção,³⁷⁰ tal como ocorreu no *Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil*.

329. No presente caso, o Tribunal observa que as alegações relativas à suposta violação do direito à verdade teriam duas vertentes principais: i) a alegada violação desse direito em razão da impunidade em que se encontra a detenção, tortura e execução de Vladimir Herzog, bem como pela divulgação de uma versão falsa dos fatos; e ii) a suposta falta de acesso aos arquivos do DOI-CODI/SP.

330. O Tribunal constata que, com efeito, o Brasil envidou diversos esforços para atender ao direito à verdade das vítimas do presente caso e da sociedade em geral. A Corte avalia positivamente a criação e os respectivos relatórios da Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos, bem como da Comissão Nacional da Verdade. Este Tribunal considerou, anteriormente, que esse tipo de esforço contribui para a construção e preservação da memória histórica, para o esclarecimento de fatos e para a determinação de responsabilidades institucionais, sociais e políticas em determinados períodos históricos de uma sociedade.³⁷¹ Sem prejuízo do exposto, em

³⁶⁷ Cf. *Caso Trujillo Oroza vs. Bolívia. Reparações e Custas*. Sentença de 27 de fevereiro de 2002. Série C nº 92, par. 100; e *Caso Vereda La Esperanza vs. Colômbia. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de agosto de 2017. Série C nº 341, par. 220.

³⁶⁸ Cf., *inter alia*, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Mérito*, par. 181; *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Mérito*, par. 201; *Caso Barrios Altos vs. Peru. Mérito*. Sentença de 14 de março de 2001. Série C Nº 75, par. 48; *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C nº 154, par. 148; *Caso La Cantuta vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 29 de novembro de 2006. Série C nº 162, par. 222; *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*, par. 243 e 244; *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*, par. 117; *Caso Membros da Aldeia Chichupac e comunidades vizinhas do Município de Rabinal vs. Guatemala*, par. 260; e *Caso Vereda La Esperanza vs. Colômbia*, par. 220.

³⁶⁹ Nesse sentido, em seu estudo sobre o direito de conhecer a verdade, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos constatou que diferentes declarações e instrumentos internacionais reconheceram o direito de conhecer a verdade vinculado ao direito de obter e solicitar informação, ao direito à justiça, ao dever de combater a impunidade frente às violações de direitos humanos, ao direito a um recurso judicial efetivo e ao direito à vida privada e familiar. Cf. Relatório do Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. *Estudo sobre o direito à verdade*, U.N. Doc. E/CN.4/2006/91, de 8 de fevereiro de 2006.

³⁷⁰ Cf. *Caso Gelman vs. Uruguai*, par. 243; e *Caso Osorio Rivera e familiares vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 26 de novembro de 2013. Série C nº 274, par. 220, e *Caso Rodríguez Vera e outros (Desaparecidos do Palácio da Justiça) vs. Colômbia. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 14 de novembro de 2014. Série C nº 287, par. 511.

³⁷¹ *Caso Zambrano Vélez e outros vs. Equador. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 4 de julho de 2007. Série C nº 166, par. 128; e *Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*, par. 297.

conformidade com a jurisprudência constante deste Tribunal,³⁷² a “verdade histórica” que possa resultar desse tipo de esforço, de nenhuma forma, substitui ou dá por atendida a obrigação do Estado de estabelecer a verdade e assegurar a determinação judicial de responsabilidades individuais, por meio dos processos judiciais penais.³⁷³

331. A Corte considera que há diversos motivos que explicam a importância de que se apurem as responsabilidades individuais por graves violações de direitos humanos. Por um lado, as comissões da verdade não são instituições judiciais e, por motivo algum, devem assumir esse tipo de função. Embora as comissões possam identificar os responsáveis, não devem arrogar-se a autoridade de decidir sobre a responsabilidade penal de pessoas, pois se corre o risco de violar direitos fundamentais, tais como a presunção de inocência e, inclusive, o direito à vida privada das vítimas.³⁷⁴

332. Além disso, o Tribunal considera que esses processos judiciais têm um papel significativo na reparação das vítimas, que passam de sujeitos passivos diante do poder público a pessoas que reclamam direitos e participam dos processos “nos quais se definem o conteúdo, a aplicação e a força da lei”,³⁷⁵ ou seja, os processos judiciais trazem consigo um reconhecimento das vítimas como titulares de direitos.³⁷⁶ Atender ao direito à verdade dessa forma faculta à vítima, a seus familiares e ao público em geral buscar e obter toda a informação pertinente relativa à prática da violação,³⁷⁷ e, em casos como o presente, o processo mediante o qual se autorizou oficialmente essa violação.

333. Esta Corte se referiu a este tema em particular, de maneira expressa, no *Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil*. Naquela oportunidade, o Tribunal estabeleceu que, em casos de graves violações de direitos humanos – e na hipótese tratar-se da investigação de um fato eventualmente punível –, a decisão de qualificar como secreta a informação, e de impedir que esta seja prestada, jamais pode depender exclusivamente de um órgão estatal a cujos membros se atribui a prática desse ilícito.

334. Além disso, o Tribunal considerou também que toda recusa de prestar informação deve ser motivada e fundamentada, cabendo ao Estado o ônus da prova referente à impossibilidade de revelar a informação e que, diante da dúvida ou do vazio legal, deve primar o direito de acesso à informação. Por outro lado, a Corte recorda o disposto sobre a obrigação das autoridades estatais de não se amparar em

³⁷² *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, par. 150; *Caso Chitay Nech e outros vs. Guatemala. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 25 de maio de 2010. Série C nº 212, par. 234; *Caso Radilla Pacheco vs. México. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 23 de novembro de 2009. Série C nº 209, par. 179; e *Caso Membros da Aldea Chichupac e comunidades vizinhas do Município de Rabinal vs. Guatemala*, par. 287.

³⁷³ *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, par. 297; e *Caso Membros da Aldea Chichupac e comunidades vizinhas do Município de Rabinal vs. Guatemala*, par. 287.

³⁷⁴ ONU. *Relatório do Relator Especial sobre a Promoção da Verdade, da Justiça, da Reparação e das Garantias de Não Repetição*. A/67/368. 13 de setembro de 2012, par. 72.

³⁷⁵ ONU. *Relatório do Relator Especial sobre a Promoção da Verdade, da Justiça, da Reparação e das Garantias de Não Repetição*. A/HRC/27/56. 27 de agosto de 2014, par. 22.

³⁷⁶ ONU. *Relatório do Relator Especial sobre a Promoção da Verdade, da Justiça, da Reparação e das Garantias de Não Repetição*. A/HRC/24/42. 28 de agosto de 2013, par. 20.

³⁷⁷ ONU. *Relatório do Relator Especial sobre a Promoção da Verdade, da Justiça, da Reparação e das Garantias de Não Repetição*. A/HRC/24/42. 28 de agosto de 2013, par. 20.

mecanismos como o sigilo de Estado ou a confidencialidade da informação em casos de violações de direitos humanos.³⁷⁸ Do mesmo modo, tampouco pode ficar à sua discrição a decisão final sobre a existência da documentação solicitada.³⁷⁹

335. Nesse sentido, a Corte observa que não foi senão no final do ano de 2007 que o Estado finalmente divulgou a verdade extrajudicial dos fatos, com a publicação do relatório da Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos. Até esse ano, as instituições do Estado – em especial o exército – sustentaram uma versão dos fatos cuja falsidade havia sido estabelecida judicialmente desde 1978, quando foi emitida a sentença da Ação Declaratória (par. 132 a 134 *supra*). A Corte também constata que os familiares das vítimas conseguiram, em 2013, uma retificação da *causa mortis* no atestado de óbito de Vladimir Herzog. Isso implica que foram necessários 15 anos desde o reconhecimento da competência contenciosa da Corte para que os familiares do senhor Herzog deixassem de suportar – ainda que formalmente – manifestações do poder público que negavam a verdade dos fatos e, pior ainda, forjavam uma falsidade.

336. No presente caso, a Corte observa, ademais, que a CNV³⁸⁰ fez constar que um dos obstáculos à averiguação da verdade foi a recusa do exército em liberar o acesso a seus arquivos, alegando que haviam sido destruídos.

337. Em conformidade com o princípio de boa-fé no acesso à informação, o Tribunal considera que o Estado não pode eximir-se de suas obrigações positivas de garantir o direito à verdade e o acesso aos arquivos públicos, alegando simplesmente que a informação foi destruída. Pelo contrário, o Estado tem a obrigação de buscar essa informação por todos os meios possíveis. Para cumprir esse dever, o Estado deve envidar esforços substantivos e destinar todos os recursos necessários para reconstruir a informação que supostamente foi destruída.³⁸¹ Assim, por exemplo, os Estados devem permitir que juizes, promotores e outras autoridades independentes de investigação realizem visitas *in loco* aos arquivos militares e de inteligência. Garantir esse tipo de ação é especialmente imperativo quando as autoridades responsáveis negaram a existência de informação crucial para o curso da averiguação da verdade e da identificação dos supostos responsáveis por graves violações de direitos humanos, desde que haja razões que permitam pensar que essa informação pode existir. A Corte considera que todo o acima exposto faz parte da obrigação positiva do Estado de preservar os arquivos e outras provas relativas a graves violações de direitos humanos,³⁸² como forma de garantir o direito ao livre acesso à informação em sua dimensão tanto coletiva como individual.

338. Levando em conta o exposto, além do constatado no Capítulo VII-1, e ante as circunstâncias mencionadas *supra*, a Corte considera que, no presente caso, o Brasil

³⁷⁸ *Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*, par. 230.

³⁷⁹ *Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*, par. 202.

³⁸⁰ Relatório da Comissão Nacional da Verdade, p. 28, 29, 63, 64, 639 (expediente de prova, folhas 1533, 1534, 593, 594, 2144).

³⁸¹ CIDH. *O Direito de Acesso à Informação no Marco Jurídico Interamericano*. OEA/Ser.L/V/II, CIDH/RELE/INF. 9/12, 7 de março de 2011, par. 92.

³⁸² ONU. Comissão de Direitos Humanos. Relatório de Diane Orentlicher, perita independente encarregada de atualizar o conjunto de princípios para a luta contra a impunidade: *Conjunto de princípios atualizado para a proteção e a promoção dos direitos humanos mediante a luta contra a impunidade*, E/CN.4/2005/102/Add.1., 8 de fevereiro de 2005, Princípio 3.

violou o direito das vítimas de conhecer a verdade, pois não esclareceu judicialmente os fatos violatórios do presente caso e não apurou as respectivas responsabilidades individuais em relação à tortura e ao assassinato de Vladimir Herzog, por meio da investigação e do julgamento desses fatos na jurisdição ordinária, em conformidade com os artigos 8 e 25 da Convenção. Esse direito também foi violado por vários anos dentro da competência da Corte, sem que a versão do suicídio do senhor Herzog fosse aceita oficialmente pelo Estado, somada à recusa do exército de prestar informação e de permitir o acesso aos arquivos militares da época dos fatos.

339. Finalmente, o Tribunal nota que, apesar dos esforços envidados por entidades estatais para ter acesso aos arquivos militares do DOI-CODI, sua existência foi negada sistematicamente (par. 318 *supra*). Em especial, a Corte observa que os representantes alegaram que se configurou uma violação ao artigo 13 da Convenção, pelas recusas ocorridas no âmbito do processo de *Ação Civil Pública* (ACP) (par. 320 *supra*). Não obstante, a Corte reitera seu critério no *Caso Gomes Lund* quanto a que se trata de uma ação que não podia ser interposta pelas vítimas, razão pela qual o Tribunal considera que não pode analisar a garantia do direito dos familiares de buscar e receber informação por meio desse processo judicial. Por esse motivo, não fará considerações adicionais a esse respeito.³⁸³ Sem prejuízo do exposto, a Corte lembra que compete ao Estado a obrigação positiva de garantir o acesso à informação e aos arquivos públicos, conforme os princípios de boa-fé e máxima divulgação. Este último estabelece a presunção de que toda informação é acessível, com sujeição a um sistema restrito de exceções.³⁸⁴

VII-3 DIREITO À INTEGRIDADE PESSOAL (ARTIGO 5.1³⁸⁵ DA CONVENÇÃO AMERICANA)

A. Alegações das partes e da Comissão

340. A *Comissão* ressaltou que os familiares de vítimas de certas violações de direitos humanos podem ser considerados, por sua vez, vítimas, vendo afetadas sua integridade psíquica e moral, o que pode se agravar ante a ausência de recursos efetivos. Entendeu que as consequências da violência e da impunidade podem ter um efeito particularmente prejudicial nos familiares das vítimas que eram menores de idade.

341. Ressaltou também que, no presente caso, existe uma presunção *juris tantum* que permite presumir um dano à integridade psíquica e moral dos familiares de Vladimir Herzog. Observou, ademais, que o Estado divulgou informações falsas sobre as circunstâncias de sua morte, o que gerou um impacto particularmente grave na integridade psíquica e moral dos familiares.

³⁸³ *Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*, par. 216.

³⁸⁴ *Caso Claude Reyes e outros vs. Chile. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 19 de setembro de 2006. Série C n° 151, par. 92.

³⁸⁵ Artigo 5. Direito à Integridade Pessoal 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

342. Em especial, afirmou que Clarice Herzog experimentou intensos sentimentos de angústia, temor e apreensão, do momento em que seu esposo foi informado que seria detido até a presente data. Do mesmo modo, salientou que o grave dano a esse direito é evidente nos casos de Ivo e André Herzog, filhos do jornalista, que tinham nove e sete anos de idade, respectivamente, na época dos fatos.

343. A Comissão concluiu que o Estado violou o direito à integridade psíquica e moral, previsto no artigo 5.1 da Convenção Americana, em relação às obrigações estabelecidas no artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento de Zora Herzog (falecida em 18 de novembro de 2006); Clarice, André e Ivo Herzog.

344. Os *representantes* ressaltaram que, a partir das circunstâncias dos fatos denunciados, é possível concluir que houve danos à integridade psíquica e moral de Zora, Clarice Herzog, André e Ivo Herzog.

345. Nesse mesmo sentido, salientaram o clima de terror e intimidação provocado pelo contexto sistemático de violações, incentivado e tolerado pelas autoridades do Estado, e acrescentaram que Clarice foi ameaçada de morte em reiteradas ocasiões.

346. Salientaram também que Zora Herzog faleceu em 2006 sem ver atendido seu direito de conhecer a verdade e obter justiça. Quanto a esse aspecto, Clarice Herzog se referiu a quanto foi doloroso conviver com a falsa versão sobre a morte de seu esposo, por tempo tão prolongado, tanto para ela, como para a mãe e os filhos de Vladimir Herzog, e que o sofrimento dos familiares por não haver visto justiça permanece até o dia de hoje. Seus filhos se manifestaram no mesmo sentido. Ivo Herzog declarou que a luta por memória, verdade e justiça representou um peso que carrega, uma responsabilidade, uma cicatriz irreparável que os diferencia das demais pessoas; André Herzog enfatizou que a perda de seu pai trouxe à família múltiplas consequências na esfera de suas relações pessoais e afetivas, e expressou a dor, a exposição e o ônus que representava para toda a família cada nova ação judicial promovida em busca de verdade e justiça.

347. Os representantes concluíram que todos esses fatos, considerados em conjunto, causaram aos familiares de Vladimir Herzog sentimentos lesivos a sua integridade psíquica e emocional, caracterizando a responsabilidade internacional do Estado pela violação do artigo 5, em relação ao 1.1 da Convenção Americana, em detrimento de Zora, Clarice, André e Ivo Herzog.

348. O *Estado* reconheceu que a conduta estatal de prisão arbitrária, tortura e morte de Vladimir Herzog impôs aos familiares uma dor intensa, reconhecendo, portanto, sua responsabilidade pela violação do artigo 5.1 da Convenção Americana. Não obstante, o Estado afirmou que envidou múltiplos esforços com o propósito de reparar os danos sofridos.

349. O Estado entendeu que, embora todas as violações de direitos humanos possam deixar resultados nefastos no ser humano, isso não significa que todas as violações de direitos reconhecidos pela Convenção impliquem uma violação do artigo 5. Salientou que a suposta falta de proteção judicial não caracteriza uma violação do artigo 5. Concluiu que, se a falta de proteção judicial não está prevista no artigo 5, a pretendida violação da norma não pode ser constatada, pois se estaria criando uma hipótese não prevista na Convenção.

350. Ressaltou que, ainda que se possa entender que a negação da verdade viola o artigo 5 da Convenção, isso não ocorre no presente caso, pois grande parte da informação que as partes apresentaram com respeito à privação de liberdade, tortura e morte de Vladimir Herzog foi recolhida justamente em procedimentos e publicações realizados pelo próprio Estado. Tudo isso com o objetivo de tentar suprimir a eventual angústia que poderia ser provocada pela ausência de responsabilidade criminal. Ressaltou também que, no presente caso, não se trata de uma pessoa desaparecida da qual não se conhece o destino.

B. Considerações da Corte

351. Esta Corte considerou, em numerosos casos, que os familiares das vítimas de violações de direitos humanos podem ser, por sua vez, vítimas.³⁸⁶ Nesse sentido, o Tribunal considerou violado o direito à integridade psíquica e moral de familiares de vítimas, por motivo do sofrimento adicional por que passaram como resultado das circunstâncias particulares das violações cometidas contra seus seres queridos, e em virtude das posteriores ações ou omissões das autoridades estatais perante os fatos.³⁸⁷ Do mesmo modo, em casos que supõem uma violação grave de direitos humanos, como massacres,³⁸⁸ desaparecimentos forçados de pessoas,³⁸⁹ execuções extrajudiciais³⁹⁰ ou tortura,³⁹¹ a Corte considerou que a Comissão ou os representantes não necessitam provar a violação da integridade pessoal, já que opera uma presunção *juris tantum*.³⁹² Dessa forma, caberia ao Estado desvirtuá-la,³⁹³ caso considere que a citada ofensa não ocorreu.

352. Essa presunção é aplicada pela Corte a respeito de familiares diretos, como mães e pais, filhas e filhos, esposos e esposas, companheiros e companheiras permanentes, sempre que isso atenda às circunstâncias particulares do caso.³⁹⁴

353. Sem prejuízo do exposto, a Corte constata que não tem competência temporal para decidir sobre a alegada violação à integridade pessoal dos familiares próximos de Vladimir Herzog, por motivo direto de sua tortura e assassinato. Assim, a

³⁸⁶ Cf. *Caso Castillo Páez vs. Peru. Mérito*. Sentença de 3 de novembro de 1997. Série C nº 34, ponto resolutivo quarto; e *Caso Vereda La Esperanza vs. Colômbia. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de agosto de 2017. Série C nº 341, par. 249.

³⁸⁷ Cf. *Caso Blake vs. Guatemala. Mérito*. Sentença de 24 de janeiro de 1998. Série C nº 36, par. 114; e *Caso Vereda La Esperanza vs. Colômbia*, par. 249.

³⁸⁸ Cf. *Caso do "Massacre de Mapiripán" vs. Colômbia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 15 de setembro de 2005. Série C nº 134, par. 146.

³⁸⁹ Cf. *Caso Blake vs. Guatemala. Mérito*, par. 114; e *Caso Comunidade Camponesa de Santa Bárbara vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 1º de setembro de 2015. Série C nº 299, par. 274.

³⁹⁰ Cf. *Caso La Cantuta vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 29 de novembro de 2006. Série C nº 162, par. 218; e *Caso Cruz Sánchez e outros vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 17 de abril de 2015. Série C nº 292, par. 444.

³⁹¹ Cf. *Caso Espinoza González vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 20 de novembro de 2014. Série C nº 289, par. 297.

³⁹² *Caso Ruano Torres e outros vs. El Salvador. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 5 de outubro de 2015. Série C nº 303, par. 177.

³⁹³ Cf. *Caso Valle Jaramillo e outros vs. Colômbia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 27 de novembro de 2008. Série C nº 192, par. 119; e *Caso Vereda La Esperanza vs. Colômbia*, par. 249.

³⁹⁴ *Caso Valle Jaramillo e outros vs. Colômbia*, par. 119; e *Caso Vereda La Esperanza vs. Colômbia*, par. 249.

citada presunção *juris tantum* não pode ser reconhecida no presente caso, razão pela qual a Corte terá de analisar a prova testemunhal e pericial apresentada no presente litígio para confirmar o dano alegado.

354. O Tribunal constata, a partir do acervo probatório,³⁹⁵ que a existência e a divulgação de uma versão falsa da detenção, tortura e execução de Vladimir Herzog geraram um dano à integridade de todo o seu núcleo familiar. Além disso, os esforços infrutíferos dos familiares por conseguir reivindicar judicialmente seus direitos lhes causou angústia e insegurança, além de frustração e sofrimento. Isso, a juízo do Tribunal, também constitui dano à sua integridade psíquica e moral.

355. Além disso, a falta de investigação a respeito da morte de seu familiar provocou, nos demais membros da família de Vladimir Herzog, dano à integridade psíquica e moral, inclusive uma extrema angústia e insegurança, além de frustração e sofrimento, que perduram até a atualidade. A falta de identificação e punição dos responsáveis fez com que a angústia permanecesse por anos, sem que as vítimas se sentissem protegidas ou reparadas.³⁹⁶

356. A Corte observa, ademais, que o Estado, embora tenha apresentado algumas alegações jurídicas sobre esse aspecto, não apresentou prova alguma ou alegações que buscassem desvirtuar a prova apresentada pelos representantes.

357. Em vista do exposto, este Tribunal considera demonstrado que, em consequência da falta de verdade, investigação, julgamento e punição dos responsáveis pela tortura e pelo assassinato de Vladimir Herzog, os familiares diretos da vítima padeceram um profundo sofrimento e angústia, em detrimento de sua integridade psíquica e moral.

358. Desse modo, levando em consideração as circunstâncias do presente caso, o Tribunal conclui que o Estado violou o direito à integridade pessoal, previsto no artigo 5.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em prejuízo de Zora Herzog, Clarice Herzog, Ivo Herzog e André Herzog.

VIII. REPARAÇÕES (APLICAÇÃO DO ARTIGO 63.1 DA CONVENÇÃO AMERICANA)

359. Com base no disposto no artigo 63.1 da Convenção Americana,³⁹⁷ a Corte destacou que toda violação de uma obrigação internacional que tenha causado danos compreende o dever de repará-lo adequadamente, e que essa disposição

³⁹⁵ Declaração de Ivo Herzog (expediente de prova, folhas 14036 a 14045); declaração de André Herzog (expediente de prova, folhas 14575 a 14583); declaração de Clarice Herzog durante a audiência e partagem de Ana C. Deutsch (expediente de prova, folhas 14183 a 14913).

³⁹⁶ Declaração de Ivo Herzog (expediente de prova, folhas 14036 a 14045); declaração de André Herzog (expediente de prova, folhas 14575 a 14583); declaração de Clarice Herzog durante a audiência e partagem de Ana C. Deutsch (expediente de prova, folhas 14183 a 14913).

³⁹⁷ O artigo 63.1 da Convenção Americana estabelece que: Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for precedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.

abriga uma norma consuetudinária que constitui um dos princípios fundamentais do Direito Internacional contemporâneo sobre responsabilidade de um Estado.³⁹⁸

360. A reparação do dano ocasionado pela infração de uma obrigação internacional exige, sempre que possível, a plena restituição (*restitutio in integrum*), que consiste no restabelecimento da situação anterior. Caso isso não seja viável, como ocorre na maioria dos casos de violações de direitos humanos, o Tribunal determinará medidas para garantir os direitos violados e reparar as consequências que as infrações provocaram.³⁹⁹

361. Este Tribunal estabeleceu que as reparações devem ter um nexo causal com os fatos do caso, as violações declaradas e os danos comprovados, bem como com as medidas solicitadas para reparar os danos respectivos. Portanto, a Corte deverá observar essa simultaneidade para pronunciar-se devidamente e conforme o direito.⁴⁰⁰

362. Em consideração às violações declaradas no capítulo anterior, o Tribunal passará a analisar as pretensões apresentadas pela Comissão e pelos representantes das vítimas, assim como os argumentos do Estado, à luz dos critérios fixados na jurisprudência da Corte em relação à natureza e ao alcance da obrigação de reparar, com o objetivo de dispor as medidas destinadas a reparar os danos ocasionados às vítimas.⁴⁰¹

A. Parte Lesada

363. Este Tribunal reitera que se consideram partes lesadas, nos termos do artigo 63.1 da Convenção, as pessoas que tenham sido declaradas vítimas da violação de algum direito reconhecido nesse instrumento.⁴⁰² Portanto, esta Corte considera como “partes lesadas” Clarice Herzog, Ivo Herzog, André Herzog e Zora Herzog, que, na qualidade de vítimas das violações declaradas no capítulo VII desta sentença, serão consideradas beneficiárias das reparações que a Corte ordene a seguir.

B. Obrigação de investigar

i) Investigação dos fatos, julgamento e, caso seja pertinente, punição dos responsáveis, inaplicabilidade da Lei de Anistia e obstáculos à realização da justiça

364. A Comissão solicitou a determinação da responsabilidade criminal pela detenção arbitrária, tortura e assassinato de Vladimir Herzog, mediante uma investigação

³⁹⁸ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Reparaciones e Custas*, par. 25; e *Caso Trabajadores Demitidos da Petroperu e outros vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 23 de novembro 2017. Série C nº 344, par. 194.

³⁹⁹ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Reparaciones e Custas*, par. 26; e *Caso dos Trabalhadores Demitidos da Petroperu e outros vs. Peru*, par. 195.

⁴⁰⁰ Cf. *Caso Ticona Estrada e outros vs. Bolívia. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 27 de novembro de 2008. Série C nº 191, par. 110; e *Caso Lagos del Campo vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 31 de agosto de 2017. Série C nº 340, par. 193.

⁴⁰¹ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Reparaciones e Custas*, par. 25 a 27; e *Caso dos Trabalhadores Demitidos da Petroperu e outros vs. Peru*, par. 197.

⁴⁰² Cf. *Caso do Massacre de la Rochela vs. Colômbia. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 11 de maio de 2007. Série C nº 163, par. 233; e *Caso Andrade Salmón vs. Bolívia*, par. 190.

judicial completa e imparcial dos fatos, nos termos do devido processo legal, para identificar e punir os responsáveis por essas violações; e a publicação dos resultados da investigação.

365. A Comissão também recordou que o Estado deve considerar que os crimes de lesa-humanidade não podem ser anistiados ou objeto de prescrição, e que o Estado deve adotar todas as medidas necessárias para garantir que a Lei nº 6.683/79 (Lei de Anistia) e outras disposições de direito penal, como a prescrição, a coisa julgada e os princípios de irretroatividade e de *ne bis in idem*, não continuem representando obstáculo para a persecução penal de graves violações de direitos humanos como as do presente caso.

366. Os *representantes* solicitaram que o Estado realize uma investigação dos fatos, com a finalidade de identificar os autores materiais e intelectuais e os cúmplices, seu julgamento e punição adequada. Os familiares das vítimas deverão ter pleno acesso e capacidade de atuar em todas as etapas processuais, de acordo com a legislação interna e a Convenção. Além disso, os resultados da investigação deverão ser divulgados pública e amplamente, para que a sociedade brasileira os conheça.

367. Por outro lado, os representantes solicitaram que a Corte determine a obrigação do Estado de garantir que a Lei de Anistia não continue sendo um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, bem como para a investigação, persecução penal, julgamento e punição de todos os responsáveis pelos crimes denunciados, determinando que o Estado brasileiro exerça o controle de convencionalidade de suas decisões para reconhecer que a Lei de Anistia não tem efeitos jurídicos.

368. Salientaram, ademais, que todo o aparato judicial e outras instituições do Estado devem estar vinculados às decisões da Corte com respeito à resolução de demandas pendentes sobre o alcance da Lei de Anistia para a persecução penal de graves violações de direitos humanos e de crimes contra a humanidade.

369. Finalmente, solicitaram que a Corte determine que o Estado não pode se apoiar em nenhuma disposição de direito interno, nem em instrumentos jurídicos como a prescrição, a coisa julgada, os princípios de irretroatividade da lei penal e de *non bis in idem*, ou em qualquer excludente de responsabilidade similar, para eximir-se de seu dever de investigar, julgar ou punir os responsáveis por graves violações de direitos humanos ocorridas durante a ditadura militar brasileira.

370. O *Estado* afirmou que essa reparação se refere a fatos ocorridos com Vladimir Herzog, antes, portanto, da aceitação da competência da Corte por parte do Brasil, de modo que o Tribunal não tem competência temporal para analisá-la. Além disso, o Estado afirmou que não foi a Lei de Anistia que impossibilitou a abertura das investigações de 2008, e que o processo anterior, de 1993, não se encontra dentro da competência temporal da Corte. Afirmou ainda ter sido demonstrado que a prescrição, a coisa julgada e os princípios de irretroatividade da lei penal e de *non bis in idem* estão de acordo com a Convenção.

371. A *Corte* recorda que, no capítulo VII-1, declarou a violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, devido à falta de investigação, julgamento e

punição dos responsáveis pelos fatos do presente caso. Levando em conta o exposto, bem como sua jurisprudência, este Tribunal dispõe que o Estado deve conduzir de maneira eficaz a investigação penal dos fatos do presente caso, a fim de esclarecê-los, determinar as respectivas responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei disponha.⁴⁰³

372. Em virtude do acima exposto, assim como em outros casos já analisados,⁴⁰⁴ e em atenção ao caráter de crime contra a humanidade da tortura e do assassinato de Vladimir Herzog e às consequências jurídicas decorrentes dessas condutas para o direito internacional (par. 230 a 232 *supra*), a Corte dispõe que o Estado deve reiniciar, com a devida diligência, a investigação e o processo penal cabíveis, pelos fatos ocorridos em 25 de outubro de 1975, para identificar, processar e, se for o caso, punir os responsáveis pela tortura e assassinato de Vladimir Herzog, num prazo razoável. Em especial, o Estado deverá:

- a) realizar as investigações pertinentes, levando em conta o padrão de violações de direitos humanos existente na época (par. 238 a 240 *supra*), com o objetivo de que o processo e as investigações pertinentes sejam conduzidos em consideração à complexidade desses fatos e ao contexto em que ocorreram;
- b) determinar os autores materiais e intelectuais da tortura e morte de Vladimir Herzog. Além disso, por se tratar de um crime contra a humanidade, o Estado não poderá aplicar a Lei de Anistia em benefício dos autores, assim como nenhuma outra disposição análoga, prescrição, coisa julgada, *ne bis in idem* ou qualquer excludente similar de responsabilidade, para escusar-se dessa obrigação, nos termos dos parágrafos 260 a 310 desta Sentença;
- c) assegurar-se de que:
 - i) as autoridades competentes realizem as investigações respectivas *ex officio*, e que, para esse efeito, tenham a seu alcance e utilizem todos os recursos logísticos e científicos necessários para coletar e processar as provas e que, em especial, tenham a faculdade de acessar a documentação e as informações pertinentes para investigar os fatos denunciados e levar a cabo, com presteza, as ações e averiguações essenciais para esclarecer o sucedido à pessoa morta e aos desaparecidos do presente caso;

⁴⁰³ Cf. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Mérito*, par. 174; e *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, par. 256.

⁴⁰⁴ Entre outros, cf. *Caso García Prieto e outros vs. El Salvador*, par. 112; *Caso Membros da Aldeia Chichupac e comunidades vizinhas do Município de Rabinal vs. Guatemala. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 30 de novembro de 2016. Série C nº 328, par. 212; *Caso Barrios Altos vs. Peru. Mérito*, par. 41; *Caso Gelman vs. Uruguai*, par. 225 a 226; *Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil*, par. 292; e *Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil. Interpretação da Sentença de Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 5 de fevereiro de 2018. Série C nº 345, par. 28.

ii) as pessoas que participem da investigação, entre elas os familiares das vítimas, as testemunhas e os operadores de justiça, contem com as devidas garantias de segurança; e

iii) as autoridades se abstenham de obstruir o processo investigativo.

d) assegurar o pleno acesso e capacidade de agir das vítimas e seus familiares, em todas as etapas dessas investigações, de acordo com a legislação interna e as normas da Convenção Americana; e

e) garantir que as investigações e processos pelos fatos do presente caso se mantenham, em todo momento, sob conhecimento da jurisdição ordinária.

C. Medidas de não repetição

i) Imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade

373. A *Comissão* solicitou que o Estado considere que os crimes contra a humanidade ocorridos no presente caso, como a tortura, são imprescritíveis.

374. Os *representantes* solicitaram que a Corte determine que o Estado adote as medidas legislativas necessárias para adequar o seu ordenamento jurídico às normas internacionais de proteção à pessoa humana, e que garanta a imprescritibilidade do crime de tortura.

375. O *Estado* considerou inadequada e desnecessária a aprovação de uma lei, já que essa só poderia dispor uma obrigação de meio e não de resultado. Do mesmo modo, a aprovação de projetos de lei depende de votação dos representantes democraticamente eleitos. Além disso, afirmou que tramita no Senado brasileiro um projeto de reforma do Código Penal brasileiro, que estabelece que o crime de tortura é imprescritível, não pode ser anistiado e tampouco admitiria pagamento de fiança. Existe também um projeto de lei de iniciativa do Poder Executivo, que tipifica o delito de genocídio e define os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional.

376. Quanto à imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, a Corte concluiu, no capítulo VII-1, que a aplicação da figura da prescrição no presente caso representou uma violação do artigo 2 da Convenção Americana, porquanto foi um elemento decisivo para manter a impunidade dos fatos verificados. Do mesmo modo, a Corte constatou o caráter imprescritível dos delitos contra a humanidade no direito internacional (par. 214 *supra*). Além disso, a Corte recorda que, de acordo com sua jurisprudência constante,⁴⁰⁵ os delitos que impliquem graves violações de direitos

⁴⁰⁵ Ver, entre outros, *Caso Barrios Altos vs. Peru. Mérito*, par. 41; *Caso Trujillo Oroza vs. Bolívia. Reparações e Custas*. Sentença de 27 de fevereiro de 2002. Série C nº 92, par. 106; *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, par. 112; e *Caso Albán Cornejo e outros vs. Equador. Mérito, Reparaciones e Custas*, par. 111.

humanos e os crimes contra a humanidade não podem ser objeto de prescrição (par. 261 *supra*). Por conseguinte, Brasil não pode aplicar a prescrição e as demais excludentes de responsabilidade a este caso e a outros similares, nos termos dos parágrafos 311 e 312 da presente Sentença. Em virtude do exposto, a Corte considera que o Brasil deve adotar as medidas mais idôneas, conforme suas instituições, para que se reconheça, sem exceção, a imprescritibilidade das ações resultantes de crimes contra a humanidade e internacionais, em atenção à presente Sentença e às normas internacionais na matéria.

D. Medidas de satisfação

i) Reconhecimento da responsabilidade internacional do Estado

377. A *Comissão* solicitou o reconhecimento de responsabilidade estatal pela detenção arbitrária, tortura e assassinato de Vladimir Herzog, e pela dor de seus familiares.

378. Os *representantes* solicitaram que o Estado brasileiro realize um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional e pedido oficial de perdão das Forças Armadas, pela detenção arbitrária, tortura e assassinato de Vladimir Herzog. A responsabilidade deve ser reconhecida por ação e omissão, em especial pela denegação de justiça. Consideraram que devem participar do ato altos representantes dos Poderes Públicos e das Forças Armadas e também que seja elaborado e organizado com a participação das vítimas.

379. O *Estado* afirmou que sua responsabilidade pela detenção arbitrária, tortura e morte de Vladimir Herzog foi declarada pelo Estado por meio da entrega do atestado de óbito durante uma cerimônia da Caravana da Anistia, em 2013. Argumentou que a solicitação de pedido de perdão por parte das Forças Armadas não é possível porque se refere a fatos anteriores a 1998 e que, portanto, antecedem o reconhecimento de competência por parte do Estado.

380. A Corte julga necessário que o Estado realize um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional pelos fatos do presente caso, em desagravo à memória de Vladimir Herzog e à falta de investigação, julgamento e punição dos responsáveis por sua tortura e morte. Nesse ato, deverá ser feita referência às violações de direitos humanos declaradas na presente Sentença. Do mesmo modo, deverá ser levado a cabo mediante uma cerimônia pública na presença de altos funcionários do Estado, das Forças Armadas e das vítimas. O Estado e as vítimas e/ou seus representantes deverão acordar a modalidade de cumprimento do ato público de reconhecimento, além das particularidades que sejam necessárias, tais como o lugar e a data de sua realização.⁴⁰⁶

⁴⁰⁶ Cf. *Caso Radilla Pacheco vs. México. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 23 de novembro de 2009. Série C nº 209, par. 353; e *Caso I.V. vs. Bolívia. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 30 de novembro de 2016. Série C nº 329, par. 336.

ii) Publicação da sentença

381. Os *representantes* solicitaram que o Estado proceda à publicação das partes da sentença que se refiram aos fatos provados, à análise das violações à Convenção Americana e a parte dispositiva em dois jornais de circulação nacional.

382. O *Estado* reconheceu a relevância da publicação das sentenças da Corte e mencionou que mantém na página eletrônica da Secretaria Especial de Direitos Humanos as sentenças proferidas nos casos *Sétimo Garibaldi e Gomes Lund e outros*. O Estado se comprometeu a divulgar a presente Sentença nos mesmos termos dos casos mencionados. Com relação à publicação em jornais de circulação nacional, o Estado salientou o alto custo dessas publicações; e propôs que, em lugar de publicar a Sentença em jornais de circulação nacional, se ordene sua publicação em páginas eletrônicas oficiais e sua divulgação nas redes sociais de órgãos governamentais. Com essa proposta, o Estado considerou que poderia alcançar ampla repercussão pública da Sentença.

383. A Corte dispõe, como o fez em outros casos,⁴⁰⁷ que o Estado publique, no prazo de seis meses, contado a partir da notificação da presente Sentença: a) a Sentença integral, uma só vez, no Diário Oficial, em corpo de letra legível e adequado; b) o resumo oficial da presente Sentença, elaborado pela Corte, uma só vez, em jornal de grande circulação, em âmbito nacional, em corpo de letra legível e adequado; e c) a totalidade da presente Sentença e seu Resumo, por um período de pelo menos um ano, nas páginas eletrônicas oficiais da Secretaria Especial de Direitos Humanos do Ministério da Justiça e Cidadania e do Exército brasileiro, de maneira acessível ao público, e sua divulgação nas redes sociais, da seguinte maneira: as contas das redes sociais Twitter e Facebook da Secretaria Especial de Direitos Humanos e do Exército devem promover a página eletrônica onde figure a Sentença e seu Resumo, por meio de um *post* semanal, pelo prazo de um ano.

384. O Estado deverá informar a esta Corte, de forma imediata, tão logo tenha providenciado cada uma das publicações dispostas nos incisos a) e b) do parágrafo 383, independentemente do prazo de um ano para apresentar o primeiro relatório a que se refere o ponto resolutivo 10 desta Sentença. Do mesmo modo, no relatório estabelecido no ponto resolutivo 13, o Estado deverá apresentar prova de todos os *posts* semanais em redes sociais ordenados no inciso c) do parágrafo 383 da Sentença.

E. Outras medidas de reparação solicitadas pelos representantes

385. Os *representantes* solicitaram que se ordene ao Estado: i) fortalecer as medidas de proteção para pessoas sob a tutela estatal; garantir a efetiva implementação do Mecanismo Nacional de Prevenção da Tortura bem como a transparência e a independência do Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura; ii) a autonomia de peritos forenses e a elaboração de um protocolo nacional de devida diligência para combater a tortura; iii) conceder um terreno na cidade de São Paulo para a construção de um Museu; iv) fortalecer o Programa de Proteção aos Defensores

⁴⁰⁷ Cf. *Caso Cantoral Benavides vs. Peru. Reparaciones e Custas*, par. 79; e *Caso dos Trabalhadores Demitidos da Petroperu e outros vs. Peru*, par. 211.

de Direitos Humanos (PPDDH) para que se consolide como uma política pública efetiva de proteção aos defensores de direitos humanos e contemple também comunicadores; v) garantir que todas as instituições e autoridades estatais sejam obrigadas a cooperar com a prestação de informação e o pleno acesso a todos os arquivos e registros que possam conter dados sobre crimes, pessoas envolvidas e vítimas, e que inicie procedimentos administrativos e investigativos que permitam recuperar documentação extraviada ou destruída e determinar os culpados.

386. O Estado afirmou que: i) os crimes de tortura não são objeto do presente caso e apresentou seu marco normativo, as políticas públicas atuais e as ações para prevenir e combater a tortura, outros tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes no Brasil; ii) o pedido não é juridicamente possível, já que o Governo Federal não pode obrigar os estados federados a editar lei estadual. Afirmou também que a criação de uma carreira autônoma já foi objeto de iniciativas nos estados federados; iii) desenvolveu políticas de memória e verdade; iv) o PPDDH segue critérios e metodologia próprios, que atende também aos casos de comunicadores; além disso, afirmou que o pedido de fortalecimento é genérico e não permite eventual cumprimento, uma vez que o Programa é efetivo na atualidade; e v) as alegações de denegação de acesso e de reconstrução dos documentos são genéricas.

387. Em relação ao exposto, a Corte considera que o Mecanismo Nacional de Prevenção da Tortura já foi implementado, e valoriza as iniciativas do Brasil no sentido de preservar o direito à memória de Vladimir Herzog, razão pela qual julga que não cabe editar medidas de reparação adicionais a esse respeito. Do mesmo modo, a autonomia de peritos forenses e a elaboração ou implementação de um protocolo nacional de devida diligência para combater a tortura não foram objeto do presente caso, de maneira que a Corte considera essa solicitação improcedente. No que se refere às demais medidas de reparação solicitadas, a Corte avalia que não foram objeto do presente caso, de maneira que as considera improcedentes.

F. Indenização compensatória

i) Danos materiais

388. A *Comissão* solicitou o pagamento de indenização por danos materiais e imateriais às vítimas do caso.

389. Os *representantes* solicitaram o pagamento de US\$ 4.936.691,26 aos familiares do senhor Vladimir Herzog, a título de lucro cessante, com base em que Vladimir recebia na época um salário de Cr\$ 15.870,00, o que equivaleria hoje a aproximadamente R\$ 36.446 mensais, e em que a expectativa de vida para um homem no Brasil hoje é de 71 anos. Solicitaram também que a Corte fixe, de maneira justa, o valor de danos emergentes em benefício dos familiares.

390. O *Estado* afirmou que, primeiramente, as violações sofridas por Vladimir Herzog estão fora da competência temporal da Corte, o que impede a fixação de reparações em consequência desses fatos. Além disso, alegou que o valor final pago às

vítimas, previsto na Lei nº 9.140/95, já foi considerado adequado no caso *Gomes Lund e outros*. Portanto, solicitou que a Corte recuse o pedido de indenização por danos materiais.

391. A Corte recorda que o senhor Vladimir Herzog não é vítima no presente caso, de modo que não existe nexo causal entre a solicitação do pagamento de indenização por lucro cessante e o objeto do presente caso.

392. Quanto ao dano emergente, os representantes não apresentaram provas acerca de despesas realizadas. No entanto, em virtude da busca de justiça, é natural que os familiares do senhor Vladimir Herzog tenham enfrentado despesas decorrentes das numerosas gestões realizadas por eles para o atendimento do caso perante os tribunais nacionais e as instâncias internacionais durante 20 anos. Por esse motivo, a Corte julga pertinente fixar, de maneira justa, uma compensação, no montante de US\$ 20.000 (vinte mil dólares dos Estados Unidos da América), a título de dano emergente, os quais deverão ser entregues diretamente à senhora Clarice Herzog, em representação de todas as vítimas do presente caso.

ii) Danos imateriais

393. A *Comissão* solicitou o pagamento de indenização por danos materiais e imateriais às vítimas do caso.

394. Os *representantes* solicitaram o pagamento de US\$ 40.000 a cada uma das vítimas, como indenização por danos morais, pela omissão do Estado em seu dever de garantir a integridade e a liberdade de expressão de Vladimir Herzog, bem como pela denegação de justiça, verdade e reparação contra seus familiares.

395. O *Estado* reiterou suas alegações a respeito do dano material e solicitou que a Corte rechace o pedido de pagamento por danos imateriais.

396. A Corte recorda que as violações sofridas por Vladimir Herzog estão fora da competência temporal da Corte, razão pela qual a Corte considera improcedente essa solicitação. Não obstante, a Corte desenvolveu em sua jurisprudência o conceito de dano imaterial e estabeleceu que esse dano “pode compreender tanto os sofrimentos e as aflições causados à vítima direta e a seus familiares, e o desrespeito de valores muito significativos para as pessoas, como as alterações, de caráter não pecuniário, nas condições de vida da vítima ou de sua família”.⁴⁰⁸ Considerando as circunstâncias do presente caso, as violações cometidas, os sofrimentos ocasionados e experimentados em diferentes graus, o tempo transcorrido, a denegação de justiça, os comprovados danos à integridade pessoal e as demais consequências de ordem imaterial que sofreram, o Tribunal passa a fixar, de maneira justa, as indenizações por dano imaterial, em benefício das vítimas, as quais deverão ser pagas diretamente a cada uma delas.

397. A Corte considera que as vítimas do presente caso se viram afetadas pela denegação de justiça e verdade, o que se traduziu na vivência de grandes sofrimentos

⁴⁰⁸ *Caso das Crianças de Rua (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala. Reparaciones e Custas*, par. 84; e *Caso Furlan e familiares vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 31 de agosto de 2012. Série C nº 246, par. 319.

que repercutiram em sua dinâmica familiar. Por conseguinte, a Corte fixa, de maneira justa, a soma de US\$ 40.000,00 (quarenta mil dólares dos Estados Unidos da América) para cada uma, a título de dano imaterial, em favor de Clarice, André, Ivo e Zora Herzog. A respeito de Zora Herzog, considerando que faleceu em 2006, o montante determinado no presente parágrafo deverá ser pago diretamente a seus sucessores.

G. Custas e Gastos

398. Os *representantes* solicitaram o pagamento das despesas em que incorreram na tramitação do presente processo, da apresentação da petição à Comissão às diligências levadas a cabo perante a Corte.

399. Os gastos e custas do CEJIL alcançaram a quantia de US\$ 161.237,50. Os representantes dividiram essa soma da seguinte maneira: i) US\$ 14.241,13 referentes a despesas com reuniões e viagens; ii) US\$ 190,11 destinados a gastos de correio e fotocópias; iii) US\$ 977,30 despendidos em material de pesquisa e papelaria; iv) US\$ 145.239,62 relativos a salários; e v) US\$ 589,34 gastos em cartório e traduções.

400. O *Estado* solicitou que, caso não se declare sua responsabilidade internacional, não seja condenado a pagar nenhum montante a título de gastos e custas. Além disso, caso seja condenado a pagar custas e gastos, o Estado salientou que devem ser montantes razoáveis e devidamente comprovados, que tenham relação direta com o caso concreto. Em especial, o Brasil considerou que os gastos com salários de advogados não atendem a esses requisitos, pois se trata de simples estimativas impossíveis de serem corroboradas.

401. A Corte reitera que, conforme sua jurisprudência, as custas e gastos fazem parte do conceito de reparação, uma vez que as atividades realizadas pelas vítimas com a finalidade de obter justiça, em âmbito tanto nacional como internacional, implicam despesas que devem ser compensadas quando a responsabilidade internacional do Estado é declarada mediante uma sentença condenatória. Quanto ao reembolso de gastos, cabe à Corte apreciar prudentemente seu alcance, o qual compreende os gastos gerados perante as autoridades da jurisdição interna, bem como os gerados no curso do processo perante o Sistema Interamericano, levando em conta as circunstâncias do caso concreto e a natureza da jurisdição internacional de proteção dos direitos humanos. Essa apreciação pode ser realizada com base no princípio de equidade e levando em conta os gastos mencionados pelas partes, desde que seu *quantum* seja razoável.⁴⁰⁹ Conforme afirmou em outras ocasiões, a Corte recorda que não é suficiente o envio de documentos probatórios, mas que se exige que as partes desenvolvam uma argumentação que relacione a prova ao fato que se considera representado, e que, ao se tratar de alegados desembolsos econômicos, estabeleçam-se com clareza os objetos de despesa e sua justificação.⁴¹⁰

⁴⁰⁹ Cf. *Caso Garrido e Baigorria vs. Argentina. Reparaciones e Custas*. Sentença de 27 de agosto de 1998. Série C nº 39, par. 82; *Caso Andrade Salmón vs. Bolívia*, par. 210.

⁴¹⁰ Cf. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Ìñiguez vs. Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 21 de novembro de 2007. Série C nº 170, par. 277; e *Caso Andrade Salmón vs. Bolívia*, par. 211.

402. Da análise dos antecedentes apresentados, a Corte conclui que alguns montantes solicitados se encontram justificados e comprovados. Não obstante, alguns comprovantes se referem de maneira geral a gastos de material de escritório, de compra de produtos ou de salários de advogados, sem que se determine sua relação com o caso e sem que se detalhe o percentual específico que cabe aos gastos do presente caso. Esses montantes foram equitativamente deduzidos do cálculo estabelecido por este Tribunal. Além disso, serão reduzidos da apreciação realizada pela Corte os gastos cujo *quantum* não seja razoável.⁴¹¹

403. Por outro lado, a Corte considera que a rubrica referente aos honorários e gastos de viagem de funcionários da organização peticionária não foram justificados de maneira razoável, pois se limitam a indicar o percentual supostamente dedicado ao caso ou a reuniões sobre “casos de dívida histórica”, sem detalhar ou justificar com exatidão a relação específica com o Caso Herzog. Por conseguinte, a Corte determina, de maneira justa, que o Estado deve pagar a soma de US\$ 25.000 (vinte e cinco mil dólares dos Estados Unidos da América) ao CEJIL, a título de custas e gastos.

404. Na etapa de supervisão de cumprimento da presente Sentença, a Corte poderá dispor o reembolso, por parte do Estado, às vítimas ou a seus representantes, de gastos posteriores, razoáveis e devidamente comprovados.⁴¹²

H. Reembolso dos gastos ao Fundo de Assistência Jurídica

405. Os *representantes* das vítimas solicitaram o apoio do Fundo de Assistência Jurídica a Vítimas, da Corte, para financiar a participação no processo das pessoas que esta Corte convocasse para depor. Nesse sentido, solicitaram que fossem pagos os gastos de transporte aéreo, hospedagem, alimentação e serviços notariais para o depoimento de supostas vítimas, peritos e testemunhas. Mediante Resolução do Presidente, de 23 de fevereiro de 2017, declarou-se procedente a solicitação interposta pelas supostas vítimas, por meio de seus representantes, para recorrer ao Fundo de Assistência Jurídica da Corte e se autorizou conceder a assistência econômica necessária à apresentação de cinco depoimentos, seja em audiência, seja mediante *affidavit*.

406. Em 6 de novembro de 2017, foi enviado ao Estado um relatório de despesas, segundo o disposto no artigo 5 do Regulamento da Corte sobre o funcionamento do referido Fundo. O Estado teve a oportunidade de apresentar suas observações sobre as despesas realizadas, as quais chegaram à soma de US\$ 4.260,95. O Estado apresentou suas observações em 30 de novembro de 2017.

407. O Estado fez objeção à rubrica referente ao traslado aéreo à cidade de San José, Costa Rica, do perito Sérgio Gardenghi Suiama. O Brasil observou que os trechos aéreos financiados para a participação do perito na audiência foram Madrid/San José

⁴¹¹ Cfr. *Caso J. vs. Peru. Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 27 de novembro de 2013. Série C nº 275, par. 422; *Caso Lopez Lone vs. Honduras*, par. 333.

⁴¹² Cfr. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 24 de agosto de 2010. Série C nº 214, par. 331; e *Caso Andrade Salmón vs. Bolívia*, par. 213.

(em 19 de maio de 2017) e San José/Bogotá/Rio de Janeiro (em 25 de maio de 2017) e solicitou informação sobre os motivos que embasaram a escolha dos mencionados trechos aéreos, a fim de dirimir qualquer tipo de dúvida sobre a compatibilidade dos gastos com os princípios do artigo 37 da Constituição do Brasil.

408. A esse respeito, a Corte observa que, em 28 de abril de 2017, os representantes das vítimas informaram que, em virtude de compromissos previamente assumidos pelo senhor Sérgio Suiama, o perito teve de sair de Madri, Espanha, em 19 de maio de 2017, para participar da audiência pública convocada para o dia 24 de maio de 2017, razão pela qual os representantes solicitaram a este Tribunal a compra da passagem aérea para a data mencionada, levando em consideração que o Fundo de Assistência Jurídica a Vítimas se encarregaria das diárias unicamente para os dias 22 a 25 de maio, conforme o estipulado anteriormente. A esse respeito, a Corte corroborou que a mudança do trecho aéreo não representaria uma diferença significativa em prejuízo do Fundo de Assistência Jurídica a Vítimas e autorizou essa despesa. A Corte considera que a justificação dos representantes e do perito Suiama foi razoável e que o exposto representou um gasto razoável e adequado para o Fundo.

409. Portanto, em razão das violações declaradas na presente Sentença, e em vista do cumprimento dos requisitos para recorrer ao Fundo de Assistência Jurídica a Vítimas, a Corte ordena ao Estado o reembolso a esse Fundo do montante de US\$ 4.260,95 (quatro mil duzentos e sessenta dólares dos Estados Unidos da América e noventa e cinco centavos) pelos gastos efetuados para o comparecimento de uma vítima, uma testemunha e um perito à audiência pública do presente caso. Esse montante deverá ser reembolsado no prazo de seis meses, contado a partir da notificação da presente Sentença.

I. Modalidade de cumprimento dos pagamentos ordenados

410. O Estado deverá efetuar o pagamento das indenizações a título de dano emergente, dano imaterial, assim como o reembolso das custas e gastos estabelecidos na presente Sentença, diretamente às pessoas e organizações nela indicadas, nos prazos dispostos nos parágrafos 392, 397, 403 e 409, contados a partir da notificação da presente Sentença, nos termos dos parágrafos seguintes.

411. Caso algum dos beneficiários tenha falecido ou venha a falecer antes que lhe seja entregue a indenização respectiva, esta será paga diretamente a seus sucessores, conforme o direito interno aplicável.

412. O Estado deve cumprir suas obrigações monetárias mediante o pagamento em dólares dos Estados Unidos da América, ou seu equivalente em moeda brasileira, utilizando para o cálculo respectivo o tipo de câmbio que se encontre vigente na bolsa de Nova York, Estados Unidos da América, no dia anterior ao do pagamento.

413. Caso, por razões atribuíveis a algum dos beneficiários das indenizações ou a seus sucessores, não seja possível o pagamento do todo ou de parte dos montantes determinados, no prazo indicado, o Estado consignará esses montantes a seu favor, em uma conta ou certificado de depósito, em instituição financeira brasileira solvente, em

dólares dos Estados Unidos da América. Caso o pagamento não possa ser realizado nessa moeda, deverá ser realizado em moeda brasileira, utilizando para sua conversão o tipo de câmbio vigente na bolsa de Nova York, Estados Unidos da América, no dia anterior ao do pagamento e nas condições financeiras mais favoráveis que permitam a legislação e a prática bancária do Estado. Caso não se reclame a indenização respectiva, uma vez transcorridos 10 anos, os montantes serão devolvidos ao Estado com os juros percebidos.

414. Os montantes designados na presente Sentença como indenização por dano emergente, dano imaterial e reembolso de custas e gastos deverão ser entregues de forma integral às pessoas e organizações indicadas, conforme o estabelecido nesta Sentença, sem reduções decorrentes de eventuais ônus fiscais.

415. Caso o Estado incorra em mora, deverá pagar juros sobre o montante devido, já convertido em reais brasileiros, correspondentes ao juro bancário moratório na República Federativa do Brasil.

IX. PONTOS RESOLUTIVOS

416. Portanto,

A CORTE

DECIDE,

Por unanimidade,

1. Declarar improcedentes as exceções preliminares interpostas pelo Estado, relativas à inadmissibilidade do caso na Corte por incompetência *ratione materiae* quanto a supostas violações da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura; à falta de esgotamento prévio de recursos internos; ao descumprimento do prazo para a apresentação da petição à Comissão; à incompetência *ratione materiae* para revisar decisões internas; à publicação do Relatório de Mérito pela Comissão; e à incompetência *ratione materiae* para analisar fatos diferentes daqueles submetidos pela Comissão, nos termos dos parágrafos 36 a 38, 49 a 53, 66 a 71, 80 a 83, 88, 97 e 98 da presente Sentença.

2. Declarar parcialmente procedentes as exceções preliminares interpostas pelo Estado, relativas à incompetência *ratione temporis* a respeito de fatos anteriores à adesão à Convenção Americana, fatos anteriores à data de reconhecimento da jurisdição da Corte por parte do Estado e fatos anteriores à entrada em vigor da CIPST para o Estado brasileiro, nos termos dos parágrafos 27 a 30 da presente Sentença.

DECLARA:

Por unanimidade, que:

3. O Estado é responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, previstos nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento, e em relação aos artigos 1, 6 e 8 da

Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em prejuízo de Zora, Clarice, André e Ivo Herzog, pela falta de investigação, bem como do julgamento e punição dos responsáveis pela tortura e pelo assassinato de Vladimir Herzog, cometidos em um contexto sistemático e generalizado de ataques à população civil, bem como pela aplicação da Lei de Anistia nº 6.683/79 e de outras excludentes de responsabilidade proibidas pelo Direito Internacional em casos de crimes contra a humanidade, nos termos dos parágrafos 208 a 312 da presente Sentença.

Por unanimidade, que:

4. O Estado é responsável pela violação do direito de conhecer a verdade de Zora Herzog, Clarice Herzog, Ivo Herzog e André Herzog, em virtude de não haver esclarecido judicialmente os fatos violatórios do presente caso e não ter apurado as responsabilidades individuais respectivas, em relação à tortura e assassinato de Vladimir Herzog, por meio da investigação e do julgamento desses fatos na jurisdição ordinária, em conformidade com os artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, nos termos dos parágrafos 328 a 339 da presente Sentença.

Por unanimidade, que:

5. O Estado é responsável pela violação do direito à integridade pessoal, previsto no artigo 5.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em prejuízo de Zora Herzog, Clarice Herzog, Ivo Herzog e André Herzog, nos termos dos parágrafos 351 a 358 da presente Sentença.

E DISPÕE:

Por unanimidade, que:

6. Esta Sentença constitui, por si mesma, uma forma de reparação.

7. O Estado deve reiniciar, com a devida diligência, a investigação e o processo penal cabíveis, pelos fatos ocorridos em 25 de outubro de 1975, para identificar, processar e, caso seja pertinente, punir os responsáveis pela tortura e morte de Vladimir Herzog, em atenção ao caráter de crime contra a humanidade desses fatos e às respectivas consequências jurídicas para o Direito Internacional, nos termos dos parágrafos 371 e 372 da presente Sentença. Em especial, o Estado deverá observar as normas e requisitos estabelecidos no parágrafo 372 da presente Sentença.

8. O Estado deve adotar as medidas mais idôneas, conforme suas instituições, para que se reconheça, sem exceção, a imprescritibilidade das ações emergentes de crimes contra a humanidade e internacionais, em atenção à presente Sentença e às normas internacionais na matéria, em conformidade com o disposto na presente Sentença, nos termos do parágrafo 376.

9. O Estado deve realizar um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional pelos fatos do presente caso, em desagravo à memória de Vladimir Herzog e à falta de investigação, julgamento e punição dos responsáveis por sua tortura e morte. Esse ato deverá ser realizado de acordo com o disposto no parágrafo 380 da presente Sentença.

10. O Estado deve providenciar as publicações estabelecidas no parágrafo 383 da Sentença, nos termos nele dispostos.

11. O Estado deve pagar os montantes fixados nos parágrafos 392, 397 e 403 da presente Sentença, a título de danos materiais e imateriais, e de reembolso de custas e gastos, nos termos dos parágrafos 410 a 415 da presente Sentença.

12. O Estado deve reembolsar ao Fundo de Assistência Jurídica a Vítimas, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a quantia despendida durante a tramitação do presente caso, nos termos do parágrafo 409 desta Sentença.

13. O Estado deve, no prazo de um ano contado a partir da notificação desta Sentença, apresentar ao Tribunal um relatório sobre as medidas adotadas para seu cumprimento.

14. A Corte supervisionará o cumprimento integral desta Sentença, no exercício de suas atribuições e no cumprimento de seus deveres, conforme a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e dará por concluído o presente caso, uma vez tenha o Estado cumprido cabalmente o que nela se dispõe.

Corte IDH. *Caso Herzog e outros vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 15 de março de 2018 da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT
Presidente

EDUARDO VIO GROSSI

HUMBERTO A. SIERRA PORTO

ELIZABETH ODIO BENITO

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

L. PATRICIO PAZMIÑO FREIRE
PABLO SAAVEDRA ALESSANDRI
Secretário

Comunique-se e execute-se,

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT
Presidente

PABLO SAAVEDRA ALESSANDRI
Secretário



Detalhe da imagem da capa

Noticiário





MPRJ conquista o 3º lugar no prêmio A3P com o projeto “Doação de Medicamentos”

A campanha “Doação de Medicamentos”, do Núcleo de Sustentabilidade do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ), foi agraciada com o 3º lugar da 7ª edição do Prêmio A3P, na categoria Inovação na Gestão Pública. Promovida pelo Ministério do Meio Ambiente, a premiação foi realizada no dia 23 de agosto, no auditório da Imprensa Nacional, em Brasília/DF.

O projeto foi idealizado pelo coordenador do eixo temático de qualidade de vida do Núcleo de Sustentabilidade, Sergio Ribeiro, e pela enfermeira do Núcleo de Saúde, Márcia Borges, que estiveram na cerimônia e receberam o prêmio pelo Núcleo de Sustentabilidade.

O programa premiado estimula todos os integrantes do MPRJ a doarem medicamentos que não lhes tenham mais utilidade e que, naturalmente, ainda se encontrem dentro do prazo de validade. Estes medicamentos ficam disponíveis para retirada por outros integrantes, formando assim uma espécie de rede solidária. A campanha já arrecadou mais de 12 mil itens e mais de 7.300 já foram doados.

O selo A3P é fornecido pelo Ministério do Meio Ambiente para instituições públicas que comprovam seu engajamento em ações ambientais fomentadas pelo Governo Federal. A premiação reconhece ações de sustentabilidade desenvolvidas nos órgãos públicos, com projetos já implementados.



AMPERJ na palma da mão

Em 19 de junho, ocorreu o lançamento do aplicativo da Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (AMPERJ) para as plataformas IOS e Android. Idealizado pelo setor de Informática do órgão, o aplicativo visa a facilitar o acesso a todos os serviços da Associação.

O APP AMPERJ apresenta uma área pública, onde se encontram disponíveis funcionalidades como textos legislativos e notícias ao público em geral. Além desta, há ainda uma área reservada, exclusiva para seus associados, a qual oferece serviços, notícias de interesse exclusivo do associado, classificados, busca de colegas por diversos campos de pesquisa, entre outros. Conforme ressalta o Gerente de TI e Comunicação da AMPERJ, Allan Julianelli, “um interessante diferencial do aplicativo se encontra na seção convênios: a partir de um mapa interativo, o associado poderá descobrir, de forma bastante prática, os estabelecimentos conveniados à AMPERJ que estão ao seu redor.”

Para fazer o download, basta acessar a App Store (para aparelhos Apple/iPhones) ou a Google Play (para aparelhos Android) e realizar a busca por AMPERJ. Com o APP instalado, o acesso à área restrita se dá por meio do *log-in* e da senha já utilizados na intranet da Associação.

9º Congresso Brasileiro de Gestão e entrega do Prêmio CNMP

Por ocasião da abertura do 9º Congresso Brasileiro de Gestão do Ministério Público, realizado no Instituto Serzedello Corrêa, em Brasília, nos dias 13 e 14 de setembro, a Procuradora-Geral da República e Presidente do CNMP, Raquel Dodge, falou sobre a garantia da integridade pública em todas as relações sociais. Para ela, o assunto vem ao encontro do atual cenário político no qual o país se encontra. A proposta do Congresso é trazer temas orientados à sociedade com o objetivo de gerar reflexões no âmbito do Ministério Público sobre a garantia da integridade pública em todas as relações sociais.

Em seguida à solenidade de abertura, a Procuradora-Geral da República e Presidente do CNMP, Raquel Dodge, e o Conselheiro Sebastião Caixet, Presidente da Comissão de Planejamento Estratégico (CPE), deram início à entrega do Prêmio CNMP.

O Ministério Público do Rio de Janeiro venceu na categoria “Tecnologia da Informação” (TI) com o projeto “Observatório SUAS”, elaborado pelo Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Cidadania (CAO Cidadania/MPRJ).



O prêmio foi recebido pelo Subprocurador-Geral de Justiça de Relações Institucionais e Defesa de Prerrogativas do MPRJ, Procurador de Justiça Marfan Martins Vieira, representando o Procurador-Geral de Justiça Eduardo Gussem; e pela Promotora de Justiça Patrícia do Couto Villela, Coordenadora do CAO Cidadania.



O “Observatório SUAS” é uma plataforma digital que reúne dados do Sistema Único de Assistência Social (SUAS) e auxilia na fiscalização das iniciativas do sistema em todos os 92 municípios do Estado do Rio, com o propósito de facilitar o controle social, o acompanhamento da gestão e das políticas públicas para a área.

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

ANISTIA

9, 11, 249-250, 434-437, 439, 446, 448-451, 460, 467-468, 471-474, 477-481, 483, 489, 493-494, 506-509, 514-520, 527-529, 539-543, 551;

ATIVIDADES PRIVADAS DE INTERESSE PÚBLICO

213, 218, 220, 250;

ATO ADMINISTRATIVO

9, 11, 137, 141, 164, 213-215, 217, 219, 221-222, 250, 339, 341;

BENS PÚBLICOS

213, 215-216;

CELERIDADE PROCESSUAL

9, 175, 177, 181-182, 359;

CIBERNÉTICA

11, 159-167, 169-174;

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

11, 334-355, 359-360, 380, 383, 387-388, 392-397, 407, 410, 412-414;

COISA JULGADA PENAL

11, 59, 61, 63, 65, 67, 69, 71, 73;

CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS

140, 223-224, 230-234, 241, 244;

CRIMES FUNCIONAIS

223, 226, 234-236, 244, 338, 342;

DEMOCRACIAS CONSTITUCIONAIS

17, 22, 24;

DITADURA MILITAR

11, 249, 302, 318, 435, 445, 460, 462, 465, 477, 493, 495-498, 507, 540;

EMENDAS PARLAMENTARES

135, 154-156;

ERRO

9, 59, 61-73, 259, 351, 449, 450, 455, 515, 527;

ERROS MATERIAIS

11, 59, 61-67, 69-73;

ESTADO

75-76, 78, 83, 88, 91-92, 97, 105-117, 119, 121-123, 126-133, 135, 147-149, 154-156, 166, 168-169, 175-176, 178, 184, 189-190,

192, 196-198, 201-202, 208, 210-211, 213, 217, 221, 223-226, 228, 230-232, 238, 242-243, 245, 249, 251-252, 257, 259, 261, 265-278, 280-281, 283-290, 295, 297-299, 301-303, 305, 307-309, 311, 313, 315, 317, 319, 321, 323, 334, 346, 373, 377, 380, 385, 389-392, 396, 399-402, 404-405, 407-408, 412, 417, 419-420, 427, 431, 435-461, 463, 467, 469, 471-472, 475-488, 490-492, 494, 496-498, 503-507, 509-514, 516, 518-522, 524-526, 528-531, 533-552, 557, 559, 562, 566, (PLURAL) 12, 21-23, 60, 75, 93, 107, 119, 124, 126-127, 184, 193, 226, 230-233, 261-262, 267, 279-280, 283-285, 431, 443-445, 453, 476, 478-479, 481, 486, 488-490, 492-493, 495, 504, 508-509, 511, 515-525, 528, 534, 545-550;

ESTATUTO DA INCLUSÃO

11, 189, 191-193, 195-197, 199-203, 205-209, 211;

ÉTICA

78, 80, 87, 89, 93, 97, 99, 103, 159-160, 169-170, 173, 313;

EXCLUDENTES

11, 105, 107, 109, 111-113, 115, 117, 119, 121, 123, 125, 127, 129, 131, 133, 251, 493, 509, 519, 525, 527, 529, 540-541, 543, 551;

FINANCIAMENTO

9, 11-12, 119, 251-253, 265-266, 268, 272-273, 276, 278, 280-283, 287-288;

FORÇAS ARMADAS

249, 495, 505, 530-531, 543;

GARANTISTA

22-23, 29-30, 163;

INICIATIVA LEGISLATIVA

135, 145, 289;

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

9, 159-160, 162-163, 170, 172-173;

INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

9, 17-21, 23-25, 27-29, 32;

INVESTIGATÓRIO POLICIAL

17, 22;

JUIZ INSTRUTOR

17-21, 25-26;

JURISPRUDÊNCIA

9, 12-13, 47-48, 51, 54, 59, 61, 64-65, 69-71, 89, 105, 113-115, 120-122, 130-133, 140, 145, 162-163, 170, 173, 194, 202, 223-225, 228, 230-232, 234-235, 239, 327, 329, 331, 333-335, 337, 339-341, 343-345, 347, 349, 351, 355, 357, 359, 361, 363, 365, 367, 369-371, 373-375, 377, 379-383, 385, 387, 389, 391-393, 395-397, 399, 401, 403, 405, 409, 411, 413-415, 417, 420-421, 423, 425-427, 431, 441, 443-444, 450, 452, 456-458, 481-483, 494, 505, 509, 524, 528, 532-533, 539, 541-542, 546-547;

MINISTÉRIO PÚBLICO

9, 11, 12, 17-33, 35, 37, 39, 43, 47, 48, 50, 51, 54, 56-57, 60-64, 69, 70, 75, 115, 120, 124, 128-129, 132, 135, 147, 151-154, 175, 184-187, 189, 197-202, 204, 209-210, 213, 223, 225, 228, 231, 239, 241-243, 245, 257, 261-263, 265-266, 272, 276, 288, 295, 297-298, 300, 303-304, 306, 310-322, 329, 332-333, 337-340, 351, 353-355, 358-362, 364-365, 367-372, 374-379, 381, 383, 385, 387-388, 390, 392, 395, 397, 400, 401-404, 409, 414, 419, 420, 421, 427, 434, 451, 460, 462, 465, 468, 471, 473-474, 479, 481, 483, 495-498, 506, 508, 515, 527, 530;

MODELO INVESTIGATÓRIO

17, 19-22;

NATURALISMOS

75, 77-80, 82-84, 86, 97-98, 101;

NEOCONSTITUCIONALISMO

75-76, 87, 95-98;

OMISSÃO

41, 105-108, 110-115, 117, 123-125, 131, 192, 335, 339, 341, 367, 407, 410, 414-415, 421, 425, 437, 441, 443, 454, 473, 479-480, 543, 546;

ORDENAMENTO JURÍDICO

39, 43-45, 59, 107, 114, 116, 124, 138, 152, 175-176, 181, 208, 213-215, 279, 336, 351, 358, 364, 367, 374, 421, 492, 508-509, 526, 542;

ÓRGÃO LEGISLATIVO

251;

PARLAMENTO

230, 234, 251, 319, 511, 517;

PARTIDOS POLÍTICOS

251-252;

PLANO DIRETOR

135-152, 154-157;

PODER PÚBLICO

44, 114, 118-120, 124, 136-137, 153, 159-162, 166-168, 173-174, 190, 204, 216-218, 266, 273, 370, 467, 469, 504, 507, 533-534, 543;

POSITIVISMOS

75, 76-77, 79, 81-91, 93-96, 98, 83-84, 98;

PÓS-POSITIVISMO

75, 77, 87, 95;

PRERROGATIVA DE ATRIBUIÇÃO

223, 239, 241, 243, 245;

PRERROGATIVA DE FORO

223-226, 228, 230-233, 235-241, 244, 354, 360-361, 365, 384, 393;

PRINCÍPIO DO TECNICISMO

135, 141;

PROCESSO LEGISLATIVO

130, 135, 140-142, 145-147, 155;

PROCESSO PENAL

17-18, 21, 23, 25, 27-29, 35-37, 39-42, 45-57, 60, 62, 65, 69, 73, 127, 229, 239, 334, 355, 357, 359-360, 367, 369, 372, 375, 380, 383, 387-388, 390, 392-397, 407, 410, 412-414, 476, 518, 541, 551;

PROJETO DE LEI

44, 105, 123, 131, 135, 144-147, 153-154, 156, 304, 542;

PROMOTOR INVESTIGADOR

17, 19, 24, 29-30;

REFORMA PSIQUIÁTRICA

189-191, 200;

REPARAÇÃO DO DANO

35-36, 38, 41-43, 44-48, 50-51, 52-53, 56, 107, 127, 132, 539;

RES JUDICATA

59-60, 515;

RESPONSABILIDADE CIVIL

105-114, 121-124, 127-131, 178;

SAÚDE MENTAL

189-191, 208, 490-491;

SENTENÇA CONDENATÓRIA

35, 45-48, 53, 56, 67, 330, 334, 340, 342,
346-347, 404, 407-411, 414-416, 547;

SISTEMA ACUSATÓRIO

17-18, 21, 24-26, 29-30, 48, 56, 69, 240;

TEORIAS NATURALISTAS

75, 77, 80, 83, 85;

TEORIAS POSITIVISTAS

75, 81, 87, 89-90;

VÍTIMA

29, 35-56, 105, 107, 109-110, 112-113,
121, 125-127, 132, 190, 205, 435, 437-
440, 445-446, 448-449, 451-452, 455,
457, 462, 469, 477, 479-481, 483, 486,
491, 496, 499-502, 514, 518-520, 522-
523, 529, 531-535, 537-540, 542-543,
545-549, 552;

VITIMIZAÇÃO

35-37, 39-40, 42-43, 55;

VITIMOLOGIA

35, 40-41.

Assinatura da Versão Digital

A *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* está com inscrições abertas para todos os interessados em assinar sua versão digital.

A inscrição pode ser feita pelo *e-mail*:

revista.assina@mprj.mp.br

Envio de trabalhos para publicação

A *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* está sempre selecionando trabalhos a serem publicados em suas edições regulares. Informações sobre formato e sobre critérios de seleção de trabalhos para publicação podem ser encontradas na seção da Revista no *site*:

www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp

Trabalhos para publicação podem ser enviados para o *e-mail*:

revista.publica@mprj.mp.br

Outras informações podem ser solicitadas pelo *e-mail*:

revista@mprj.mp.br